

# 2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2008 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. 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

### Konfliktlösung durch Mediation bei Gesellschafterstreitigkeiten

Von Rechtsanwältin Prof. Dr. *Renate Dendorfer*, LL. M., MBA,  
und Rechtsanwalt *Thomas Krebs*, München

„Drei Freunde wollen wir sein, verbunden im unternehmerischen Erfolg“ – so der Beginn einer Kooperation von dynamischen, ideenreichen und zukunftsorientierten Unternehmerpersönlichkeiten, die Anfang der 90er-Jahre ein Geschäftsmodell entwickeln, eine GmbH gründen, sich je ein Drittel der Geschäftsanteile per Satzung zuschreiben und danach 15 Jahre lang erfolgreich zusammenarbeiten. Jedoch: Menschen und Zeiten verändern sich, Ideen und Begeisterung für die gemeinsame Sache ebenfalls, Konflikte entstehen und Sperrminoritäten<sup>1</sup> werden „gezogen“.<sup>2</sup> Es kommt zu spannungsgeladenen und existenzgefährdenden Gesellschafterstreitigkeiten, die Gerichte, Rechtsanwälte und Notare meist intensiv und – wenn streitig ausge tragen – auch langwierig beschäftigen.

Wirtschaftlich belasten fortdauernde Gesellschafterstreitigkeiten erheblich: Lieferanten, Kunden und Arbeitnehmer werden einbezogen, das operative Geschäft leidet, ebenso das Image und die Fortentwicklung des Unternehmens.<sup>3</sup> Die beteiligten Gesellschafter müssen einen solchen Streit zudem persönlich und psychisch durchstehen, insbesondere in kleineren und mittelständischen Gesellschaften kann dies zu erbitterten Lebensfeindschaften führen.<sup>4</sup> Kostenrisiken durch eine lange Prozessdauer, Belastungen durch internen Arbeitsaufwand und damit verbundene Transaktions- sowie Opportunitätskosten<sup>5</sup> sowie notwendige Rückstellungen führen zu weitergehenden Spannungen. Damit stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten, derartige Konflikte entweder präventiv zu vermeiden oder alternativ zu lösen.

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit dem Einsatz von Mediation bei Gesellschafterstreitigkeiten, insbesondere bezogen auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dazu werden zunächst in einem kurzen Abriss die Grundsätze der Mediation erläutert (I.) und das Konfliktpotential im Gesellschafterbereich skizziert (II.). Wenn Konflikte zwischen Gesellschaftern eingetreten sind, kann der Einsatz eines Mediators zu zeitnahen, schonenden und die Gerichtsöffentlichkeit vermeidenden Lösungen führen (III.). Dazu sind Überlegungen zur Einleitung von Ad-hoc-Mediationsverfahren ebenso notwendig (IV.), wie präventive Überlegungen für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen (V.).

#### I. Grundsätze der Mediation – ein Überblick

Der Begriff Mediation steht für ein strukturiertes außergerichtliches Verfahren, in dem ein neutraler Dritter (Mediator) versucht, gemeinsam mit den Konfliktparteien eine Einigung zu erarbeiten.<sup>6</sup> Das Verfahren ist freiwillig und parteiautonom, der Mediator steht als Entscheider des Konflikts nicht

zur Verfügung.<sup>7</sup> Der Mediator hat vielmehr eine vermittelnde und schlichtende Aufgabe, indem er versucht, ohne Einwirkung auf die Sachentscheidung die Verhandlungsabläufe zu

<sup>1</sup> Solche sind insbesondere denkbar bei Satzungsänderungen gemäß § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, Kapitalerhöhungen gemäß § 57 c Abs. 4 i. V. m. § 53 Abs. 2 GmbHG oder der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG sowie aufgrund von satzungsbedingten Mehrheitserfordernissen.

<sup>2</sup> So geschehen in einem Praxisfall der Verfasserin, der nach mehr als zweijährigen Auseinandersetzungen durch Übertragung der Geschäftsanteile auf einen einzigen Gesellschafter – letztendlich gültlich – beigelegt werden konnte.

<sup>3</sup> *Heckschen*, NotBZ 2002, 200 m. w. N.; *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, 2000, S. 3.

<sup>4</sup> *Heckschen*, NotBZ 2002, 200.

<sup>5</sup> Vgl. *Ditges*, IDR 2005, 74.

<sup>6</sup> *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, S. 5.

<sup>7</sup> *Kramer*, NZA 2005, 135, 137.

optimieren. Vornehmliches Ziel der Mediation ist es, interessengerechte Lösungen zu erarbeiten und dabei alle Aspekte eines Konfliktes zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Die Parteien müssen sich also nicht auf juristisch relevante Punkte beschränken, vielmehr können auch wirtschaftliche, persönliche und emotionale Aspekte in die Diskussion eingeführt werden. Die Mediation folgt keinen starren Verfahrensregeln, dennoch verläuft sie üblicherweise in verschiedenen Verfahrensschritten, zumeist als „Phasen der Mediation“ bezeichnet.<sup>9</sup>

Die erste Phase dient dazu, die Parteien „ankommen“ zu lassen und gibt dem Mediator die Möglichkeit, das Verfahren der Mediation zu erklären und Verhandlungsregeln mit den Parteien zu vereinbaren. Formelle Fragen, wie Ort, Zeit, Dauer und Kosten der Sitzungen werden besprochen. Wenn die Mediationsvereinbarung<sup>10</sup> nicht bereits vor der ersten Mediationsitzung abgeschlossen worden ist, so wird dies spätestens in der ersten Phase der Mediation geschehen.

In der zweiten Phase erhält jede Partei Gelegenheit, den Konflikt aus ihrer Sicht zu schildern. Dabei wird der Mediator bestrebt sein, Fragen zu stellen, die helfen, alle Seiten des Konfliktes aufzudecken sowie die zu bearbeitenden Themen gemeinsam mit den Parteien herauszuarbeiten. Diese Phase ist häufig geprägt von emotionalen Ausbrüchen, Vorwürfen und vergangenheitsbezogenen Sichtweisen.

Die Kunst des Mediators besteht dann darin, mit den Parteien den Blick in die Zukunft zu richten und in der dritten Phase die Interessen der Parteien zu erkunden sowie das jeweilige Verständnis für die Sichtweise der Gegenseite zu wecken. Wie soll die Zukunft für jede Partei aussehen? Was muss in der Zukunft anders werden? Was ist jeder bereit, in der Zukunft anders zu machen, um den Konflikt zu lösen?

Danach wird – in der vierten Phase – begonnen, nach Lösungen zu suchen. Jede Seite erhält die Gelegenheit, sich zu den Vorstellungen der anderen Seite zu äußern.

Den Abschluss bildet die fünfte Phase, in der konkrete, einvernehmliche Lösungen schriftlich in der sog. Abschlussvereinbarung fixiert und dann gegebenenfalls den jeweiligen Rechtsanwältinnen zur Prüfung und weiteren Bearbeitung übergeben werden.<sup>11</sup>

## II. Konfliktpotential bei Gesellschafterstreitigkeiten

Die Auslöser für Gesellschafterstreitigkeiten sind vielfältig: Beginnend mit Differenzen zu der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft oder zu operativen Maßnahmen der Geschäftsführung, über Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Verwendung oder der Ausschüttung des Jahresgewinns (§§ 29, 46 Nr. 1 GmbHG) oder hinsichtlich der Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundkapitals (§§ 55 ff., 58 ff. GmbHG), der

Leistung der Bareinlage (§§ 19, 21 GmbHG) oder von Nachschüssen (§§ 26 ff. GmbHG) bis hin zu solchen über Investitionen, die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern (§§ 6, 35, 38 GmbHG), die Erschließung neuer Märkte oder die Rechte von Minderheitsgesellschaftern (§§ 50 Abs. 1, 50 Abs. 2, 61 Abs. 2, 66 Abs. 2 GmbHG).

Diese Streitigkeiten führen meist zu Misstrauen, Fehlinterpretation der Handlungen der Mitgesellschafter und zu emotionalen Reaktionen. Ist die Vertrauensbasis einmal gestört, suchen die Gesellschafter häufig einen Weg, die eigenen Vorstellungen ohne Berücksichtigung der Interessen der Mitgesellschafter durchzusetzen.<sup>12</sup> Der Ausschluss des unliebsamen Mitgesellschafters wird betrieben (§§ 140 Abs. 1, 133 Abs. 1 HGB),<sup>13</sup> die Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern beschlossen (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 GmbHG), die Zwangseinziehung der Geschäftsanteile vorbereitet (§ 34 Abs. 2 GmbHG) oder gar die Auflösung der Gesellschaft (§ 61 Abs. 1 GmbHG) erzwungen. Beschlussmängelstreitigkeiten sind an der Tagesordnung, die damit verbundenen – langwierigen – Anfechtungsklagen (§§ 248 Abs. 1 Satz 1, 249 Abs. 1 AktG, für die GmbH analog anzuwenden) ebenso.

Besondere Relevanz gewinnen diese Maßnahmen immer dann, wenn die streitenden Gesellschafter einer Familie angehören oder schon lange befreundet waren. Es besteht dann die Gefahr, dass sich persönliche Differenzen der Familienmitglieder auf die Gesellschaftsverhältnisse direkt auswirken.

## III. Konfliktlösung durch Einsatz von Mediation

Es stellt sich nun die Frage, ob und inwieweit der Einsatz von Mediation einen Ausweg aus dem Dilemma eskalierter Gesellschafterstreitigkeiten bieten kann.

### 1. Verhandlungsführung durch einen neutralen Dritten

Bereits die bloße Anwesenheit eines neutralen, am Streit nicht beteiligten Dritten führt dazu, dass die Verhandlungen der Parteien eine andere Dynamik erhalten.<sup>14</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn vorherige Interventionen eines Beirats, Aufsichtsrats oder durch Mitgesellschafter zu keiner Befriedung geführt haben.

Der Mediator koordiniert die Verhandlungen der Parteien und hilft diesen, bestehende Verhandlungsbarrieren zu überwinden. Zu denken ist dabei an taktische und strategische Verhandlungs- und Einigungsbarrieren,<sup>15</sup> an psychologische Barrieren<sup>16</sup> sowie an die immer wieder feststellbare – reaktive –

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Ponschab/Mauder/von Thun*, NZA Sonderbeilage 1/2004, 12, 13 f.

<sup>9</sup> *Risse*, Wirtschaftsmediation, S. 147 ff.; *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2003, S. 71 ff.

<sup>10</sup> Unter Mediationsvereinbarung (auch Mediationsvertrag oder Mediatorvertrag genannt) ist ein Vertrag zwischen den Mediationsparteien und dem Mediator einerseits und zwischen den Mediationsparteien als Grundlage der Mediation andererseits zu verstehen. Meist werden diese Verträge in einem einzigen Vertragsdokument zusammengefasst. Dazu im Detail: *Hacke*, Der ADR-Vertrag, 2001; *Nöltling*, Mediatorenverträge, 2003; *Risse*, Wirtschaftsmediation, S. 134 ff.

<sup>11</sup> *Risse*, NJW 2000, 1614, 1617.

<sup>12</sup> *Duve*, AnwBl 2007, 389.

<sup>13</sup> Das GmbHG nennt neben den §§ 21, 28 Abs. 1 und 34 Abs. 1 GmbHG keine Ausschlussstatbestände. Die Zulässigkeit des Ausschlusses von Gesellschaftern aus wichtigem Grund ist jedoch auch ohne besondere Satzungsregelung i. S. v. § 34 Abs. 1 GmbHG allgemein anerkannt (vgl. hierzu *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, Anh. § 34 Rdnr. 2 m. w. N.). Zu weiteren Verfahren zur Ausschließung eines Gesellschafters, wie *Russian Roulette* oder *Texas Shoot Out* vgl. *Duve*, AnwBl 2007, 389, 391; *Schwarz* in *Walz*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, 2006, Kap. 7 § 20, S. 308 ff.

<sup>14</sup> *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, 2000, S. 154.

<sup>15</sup> *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, S. 154 ff.

<sup>16</sup> *Klinger/Bierbrauer* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2002, Kap. 2 § 10 Rdnr. 11 ff.

Abwertung<sup>17</sup> von Vorschlägen und Argumenten der Gegenpartei. Der Mediator kann dazu die Möglichkeiten von Einzelgesprächen (Caucus)<sup>18</sup> ebenso nutzen, wie Kommunikationstechniken<sup>19</sup> und prozedurale Strategien, z. B. die Präsentation des Vorschlages der Gegenseite als seinen eigenen, oder die Techniken der Risiko- und Entscheidungsanalyse<sup>20</sup> sowie der Fairness-Kontrolle<sup>21</sup>.

Bei Gesellschafterstreitigkeiten unterliegt der Ablauf des Mediationsverfahrens jedoch in besonderer Weise der Disposition der Parteien. Ändert der Mediator den mit den Parteien abgestimmten Verfahrensablauf, besteht die Gefahr, dass die zwischen den Parteien gefundenen Vergleichsabreden nicht wirksam zustande gekommen sind.<sup>22</sup>

Als Mediatoren in Gesellschafterstreitigkeiten eignen sich insbesondere Rechtsanwälte und Notare, zum einen aufgrund der dafür notwendigen gesellschaftsrechtlichen Kenntnisse, zum anderen aufgrund der gesetzlich für beide Berufsgruppen geregelten Verschwiegenheitspflicht.<sup>23</sup>

## 2. Geheimhaltung und Vermeidung von Öffentlichkeit

Im Falle eines streitigen Gerichtsverfahrens wird der zwischen den Gesellschaftern bestehende Konflikt in der Gerichtsöffentlichkeit (§ 169 Satz 1 GVG) ausgetragen. Ein Abweichen von dem Grundsatz der Öffentlichkeit<sup>24</sup> ist im Rahmen von Gesellschafterstreitigkeiten nur ausnahmsweise denkbar, so bei wichtigen Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnissen, deren öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen der Beteiligten verletzen würde (§ 172 Nr. 3 GVG).<sup>25</sup>

Bei Gesellschafterstreitigkeiten geht es jedoch meist um Fragen der gesellschaftsinternen Meinungsfindung, der Strategie oder der Organisation, die dann regelmäßig im Gerichtssaal öffentlich ausgetragen werden müssen.<sup>26</sup>

Dieser – von den Unternehmen durchweg als negativ angesehene – Effekt kann durch Mediation vermieden werden. Zu diesem – privaten – Verfahren haben weder die Öffentlichkeit, noch Mitarbeiter, die Presse, Lieferanten oder Kunden Zugang.<sup>27</sup> Die dort diskutierten Punkte bleiben – die Redlichkeit der Parteien vorausgesetzt – geheim. Zudem können Sprachregelungen für Presse- oder sonstige Erklärungen gegenüber Mitarbeitern, Lieferanten, Kunden oder Banken abgestimmt werden, die sowohl die Interessen der beteiligten Gesellschafter, als auch diejenigen des Unternehmens wahren.

17 *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, S. 161 ff.

18 *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, S. 155 ff.; *Duve*, ZKM 2001, 108; *Leiss*, ZKM 2006, 74.

19 *Dörrenbacher* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 2 § 14, S. 339 ff.

20 *Böhm*, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, S. 102 ff.

21 Vgl. *Diez*, Werkstattbuch Mediation, 2005, S. 127 ff.

22 Zu einer Moderation in einer BGB-Gesellschaft: BGH, DStR 1999, 383 m. Anm. *Goette*.

23 Für Notare: vgl. *Heckschen*, NotBZ 2002, 200, 201; *Walz*, DNotZ 2003, 164; für Rechtsanwälte: *Hartmann* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 5 § 27 Rdnr. 10.

24 *Thomas/Putzo*, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 169 GVG Rdnr. 1.

25 *Zöller*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 172 GVG Rdnr. 8.

26 *Risse/Wagner* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 6 § 38 Rdnr. 38.

27 *Risse/Wagner*, in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 6 § 38 Rdnr. 38.

## 3. Vertraulichkeit

Mit den vorstehenden Überlegungen geht der Grundsatz der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens einher.<sup>28</sup> Innerhalb eines Mediationsverfahrens wird der Mediator stets versuchen, möglichst viele Informationen zu sammeln, um damit die Lösung des Konfliktes durch die Parteien vorzubereiten. Dabei wird es sich oft um Informationen handeln, die im Falle eines streitigen Verfahrens der Gegenseite vorenthalten blieben.

Es ist daher ein elementares Anliegen der Mediation, offenkundige Faktoren auszuschließen<sup>29</sup> und zu verhindern, dass entweder während des Mediationsverfahrens Informationen an Dritte gegeben oder in einem möglichen Folgeprozess Informationen aus der Mediation gegen die andere Partei verwendet werden.

Wurde zwischen den Parteien ein Klima der Vertraulichkeit geschaffen, schafft dies auch mehr Verständnis für die Interessen der jeweils anderen Partei.<sup>30</sup> Die Offenlegung der beiderseitigen Interessen vergrößert die Verhandlungsmasse.<sup>31</sup> Gerade bei Gesellschafterstreitigkeiten bietet die Diskussion im vertraulichen Umfeld die Chance, entweder zu Regelungen einer weiteren Zusammenarbeit oder zu einem vernünftigen, gegenseitig wertschätzendem Auseinandergehen zu gelangen.

Grundlage für die Vertraulichkeit ist die Mediationsvereinbarung.<sup>32</sup> Um einer entsprechenden Vereinbarung mehr Gewicht zu verleihen, können die Parteien für den Fall eines Verstoßes gegen das Vertraulichkeitsgebot Sanktionen, z. B. eine Vertragsstrafe, vereinbaren.<sup>33</sup>

## 4. Zeitnahe und kostenschonende Entscheidung

Die eingangs geschilderten – wirtschaftlichen, finanziellen und persönlichen – Belastungen, die durch Gesellschafterstreitigkeiten sowohl für das Unternehmen als auch für die beteiligten Personen entstehen, werfen immer die Frage nach der zeitlichen Komponente auf. Jahrelange Gerichtsverfahren können in einer solchen Situation den Ruin der Gesellschaft bedeuten. Die Mediation bietet hingegen die konkrete Möglichkeit, den Streit – in die eine oder andere Richtung – in überschaubarer Zeit einer Entscheidung zuzuführen. Die Dauer eines Mediationsverfahrens ist bei Gesellschafterstreitigkeiten häufig nur mit einem oder zwei Tagen anzusetzen, selbst eine angemessene Vor- und Nachbereitungszeit eingerechnet, kann ein solches Mediationsverfahren innerhalb eines Zeitraums von maximal zwei bis drei Monaten erledigt sein.<sup>34</sup> Die zeitnahe Einleitung des Mediationsverfahrens und die damit verbundene kurzfristige Behandlung des Konflikts

28 *Hartmann* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 5 § 27 Rdnr. 2.

29 *Hartmann* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 5 § 27 Rdnr. 2.

30 *Mähler/Mähler*, ZKM 2001, 4, 6.

31 Ebenso *Casper/Risse*, ZIP 2000, 437, 440.

32 *Hartmann* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 5 § 27 Rdnr. 19. Als Beispiel für eine Vertraulichkeitsvereinbarung kann auf *Bülow* in *Walz*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 57 verwiesen werden.

33 *Kracht* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 3 § 15 Rdnr. 132.

34 *Casper/Risse*, ZIP 2000, 437, 439 mit der Annahme, dass Mediationsverfahren in den Fällen von Gesellschafterstreitigkeiten selten länger als ein paar Wochen dauern.

haben zudem den Vorteil, dass die Gesellschafter die streitigen Tatsachen noch frisch in Erinnerung haben und die dahinterliegenden Interessen für die Parteien noch direkt nachvollziehbar sind.

Zwar entstehen mit der Einleitung eines Mediationsverfahrens zusätzliche Kosten für den Einsatz des Mediators, die für den Fall einer streitigen Auseinandersetzung vor Gericht nicht erstattungsfähig sind. Die Chance, weitergehende Gerichtskosten, aber auch zusätzliche Transaktionskosten und interne Kosten für die Vorbereitung und Betreuung eines Gerichtsverfahrens zu vermeiden, wird den Kostenaufwand für den Mediator jedoch regelmäßig rechtfertigen.<sup>35</sup> Hinzu kommt, dass selbst eine fehlgeschlagene Mediation nicht ohne Nutzen für die Parteien ist – zusätzlicher Informationsgewinn, nochmalige Kommunikation und weitergehende Erkenntnisse über die Positionen und Interessen der jeweils anderen Partei sind häufig die Grundlage für Vergleichsgespräche in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren.<sup>36</sup>

Es wird überwiegend vereinbart, dass die Kosten für den Mediator<sup>37</sup> jeweils hälftig von den Parteien getragen werden.<sup>38</sup> Zudem können die Kosten des Mediationsverfahrens möglicherweise auch von der Gesellschaft übernommen werden.

## 5. Nachhaltigkeit der Konfliktbewältigung

Gesellschafterstreitigkeiten werden meist innerhalb komplexer Beziehungsgefüge ausgetragen. Häufig besteht zwischen den Beteiligten nicht nur eine unternehmerische Verbindung. Gerade bei mittelständischen Unternehmen waren sich die Gesellschafter oft freundschaftlich verbunden oder kommen aus einer Familie.

Im Rahmen eines Gerichtsverfahrens wird der Sachverhalt auf das rechtlich Notwendige reduziert. Dies hat jedoch häufig mit den tatsächlichen Konfliktauslösern nur wenig zu tun.<sup>39</sup> Die „Objektivierung“ der tatsächlichen Ereignisse führt zu einer ausschnittweisen Konflikterfassung, die Interessen, Beweggründe und Emotionen bleiben unbeachtet. Der eigentliche Konflikt wird dadurch nicht bewältigt, eine dauerhafte Lösung kann auf einer solchen Basis nur schwer erzielt werden.

Die Mediation versucht hingegen, alle Konfliktbeteiligten einzubeziehen und alle offen gelegten Probleme anzusprechen. Abgesehen davon, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Einbeziehung aller Gesellschafter rechtlich geboten ist, so um z. B. Beschlussmängelstreitigkeiten durch einen rechtlich tragfähigen Abschlussvergleich zu erledigen,<sup>40</sup> ist diese vor allem zur psychologischen Konfliktbewältigung häufig unabdingbar. Damit erhalten die Parteien die Chance einer persönlichen und umfassenden Konfliktbewältigung mit nachhal-

tigen Lösungen. Durch die eigenständige Aufarbeitung des Konflikts können die Parteien besser damit abschließen und das gemeinsam gefundene Ergebnis akzeptieren. Hinzu kommt, dass die Mediation einen möglichen Gerichtsverlust vermeidet, indem keine der beteiligten Parteien als Verlierer das Streitfeld verlassen muss.<sup>41</sup>

## 6. Kreative Lösungsfindung und Ergebnisqualität

Die richterliche Entscheidungsfindung ist begrenzt durch das für den Streit maßgebliche Normengefüge. Die Mediation bietet hingegen die Möglichkeit, auch außerhalb der gesetzlichen Vorgaben Lösungswege zu finden, sofern dabei rechtliche Mindestvoraussetzungen (§§ 134, 138, 242 BGB) eingehalten und Dritte nicht benachteiligt werden. Eine kreative Lösungsfindung, die Vermeidung voreiliger Entscheidungen und die Ausrichtung der Vereinbarung an einer Win-Win-Lösung gibt den Parteien die Chance, auf sie angepasste Lösungsmodelle zu entwickeln. Dies führt regelmäßig zu einer höheren Ergebnisqualität,<sup>42</sup> die sich wiederum auf die Nachhaltigkeit der gefundenen Lösungen auswirkt.

Nicht selten vereinbaren zerstrittene Gesellschafter zwar die Trennung in dem gemeinsamen Unternehmen, jedoch auch die Zusammenarbeit auf anderer Ebene, sei es durch Beraterverträge, sei es durch Kooperationsvereinbarungen oder in sonstiger Weise.

## 7. Nachteile des Einsatzes von Mediation in einem Gesellschafterstreit

Natürlich gibt es keine Sonne ohne Schatten – so auch im Bereich der Mediation. Einige – für Gesellschafterstreitigkeiten maßgebliche – Nachteile bedürfen gesonderter Erwähnung.

### a) Mediator als Zeuge

Sollte die Mediation scheitern,<sup>43</sup> besteht die Gefahr, dass die am Mediationsverfahren beteiligten Personen, insbesondere der Mediator, in einem späteren Gerichtsverfahren als Zeugen benannt werden.<sup>44</sup> Inwieweit die Zeugenbenennung des Mediators einen strategischen Vorteil für eine Partei bringen kann, hängt entscheidend davon ab, ob dem Mediator ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Nach § 383 Abs. 1 ZPO steht Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, im Zivilprozess ein Aussageverweigerungsrecht zu. Hierzu zählen nach zunehmend vertretener Meinung nicht nur Rechtsanwälte und Notare, sondern auch Mediatoren.<sup>45</sup> Zur Vermeidung des Risikos, dass ein Gericht im Ernstfall der vorgenannten Auffassung nicht folgt und – insbesondere nichtanwaltlichen – Mediatoren den Schutz des § 383 Abs. 1 ZPO verweigert, muss jede sorgfältig erarbeitete Mediationsvereinbarung ein Zeugnisverweigerungsrecht für den Mediator vorsehen.<sup>46</sup> Eine solche Rege-

<sup>35</sup> Vgl. hierzu *Hardenberg*, IDR 2004, 25, 26 m. w. N. Die Wahrscheinlichkeit, einen Konflikt in einem Mediationsverfahren – sobald ein solches eingeleitet wurde – beizulegen, liegt bei 80 %. Vgl. hierzu *Alexander/Gottwald/Trenczek* in *Alexander*: Global Trends in Mediation, 2006, S. 305 f. und Abschlussbericht zur gerichtsnahen Mediation in Niedersachsen, 2005, S. 26.

<sup>36</sup> *Baumann*, ZEV 2004, 108, 110.

<sup>37</sup> Bei Gesellschafterstreitigkeiten ist von einem Stundensatz von 200 bis 300 € auszugehen.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Bülow* in *Walz*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 58.

<sup>39</sup> *Haft* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, Kap. 1 § 2 Rdnr. 26 ff.

<sup>40</sup> BGH, NJW 1996, 1753 = DNotZ 1996, 694. Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter V 4 a).

<sup>41</sup> *Bülow* in *Walz*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 47.

<sup>42</sup> *Casper/Risse*, ZIP 2000, 437, 440.

<sup>43</sup> Die Mediation kann jederzeit von den Parteien und/oder dem Mediator beendet werden. Dies gebietet schon das der Mediation immanente Prinzip der Freiwilligkeit. Vgl. hierzu auch *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Kap. 3 § 15 Rdnr. 99 ff.

<sup>44</sup> *Groth/von Bubnoff*, NJW 2001, 338, 339.

<sup>45</sup> *Zöller*, ZPO, § 383 Rdnr. 20; *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, Kap. 5 § 27 Rdnr. 46.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu das Formulierungsbeispiel bei *Groth/von Bubnoff*, NJW 2001, 338, 340; *Bülow* in *Walz*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 57.

lung ist als Prozessvertrag grundsätzlich zulässig und von der Vertragsfreiheit der Parteien gedeckt.<sup>47</sup>

### b) Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung

Das Mediationsergebnis wird regelmäßig in einem Vergleich gemäß § 779 BGB niedergelegt. Maßgeblich ist dann die Frage, inwieweit die vereinbarten Ergebnisse vollstreckbar sind.<sup>48</sup>

Es bedarf keiner weiteren Vertiefung, dass der bloße Vergleichsvertrag für sich genommen nicht vollstreckbar ist. Sollte der Vergleich von einer Partei nicht erfüllt werden, muss der sich daraus ergebende Anspruch – gegebenenfalls im Wege des Urkundenverfahrens – eingeklagt werden. Um dieses zu vermeiden, empfiehlt sich entweder der Abschluss einer vollstreckbaren Vereinbarung gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO (vor einer anerkannten Gütestelle), nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO (zu notarieller Urkunde) oder gemäß § 796 a ZPO (gerichtlich oder notariell für vollstreckbar erklärter Anwaltsvergleich).

Da mit der Lösung von Gesellschafterstreitigkeiten häufig Satzungsänderungen, der Verkauf und die Übertragung von Geschäftsanteilen oder die Beendigung von bereits laufenden Anfechtungsklagen einhergehen, bieten sich die notarielle Beurkundung der Abschlussvereinbarung oder ein das Gerichtsverfahren beendender Vergleich an, um damit gleichzeitig die Vollstreckbarkeit der Abschlussvereinbarung zu erreichen.

### c) Verfahrensverschleppung

Es ist nicht auszuschließen, dass sich eine Partei nur zum Schein auf die Mediation einlässt, um die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen zu vermeiden oder Informationen bzw. taktische Vorteile für einen Anschlussprozess zu erlangen.<sup>49</sup> Dem können zum einen Regelungen in der Mediationsvereinbarung, z. B. zu Verzug, Kündigungsmöglichkeiten, Stillhalteabkommen usw., entgegenwirken.<sup>50</sup> Zum anderen wird die Verjährung von Ansprüchen durch das Mediationsverfahren gemäß § 203 BGB gehemmt.<sup>51</sup> Letztendlich ist es aber auch Aufgabe des Mediators, auf die Lauterkeit der Parteien zu achten und die unlautere Nutzung des Mediationsverfahrens gegebenenfalls durch dessen Beendigung zu vermeiden.<sup>52</sup>

### d) Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand

Eine Besonderheit in Gesellschafterstreitigkeiten, die sich nachteilig auf die Durchführbarkeit eines Mediationsverfahrens auswirken kann, ist die Frage der Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand. Entsprechend der *actus-contrarius*-Theorie kann ein Gesellschafterbeschluss nicht von einem einzelnen Gesellschafter und/oder der Gesellschaft aufgehoben werden, die Aufhebung muss vielmehr durch alle Gesellschafter erfolgen.<sup>53</sup> Deshalb ist es bei der

Durchführung eines Mediationsverfahrens im Falle von Gesellschafterstreitigkeiten unabdingbar, dass alle Gesellschafter die Möglichkeit bekommen, sich an dem Verfahren zu beteiligen.<sup>54</sup> In Gesellschaften mit einem großen Gesellschafterkreis könnten diese in Interessensgruppen eingeteilt werden, die dann jeweils einen Vertreter bestimmen und entsprechend für die Mediation bevollmächtigen.<sup>55</sup>

## IV. Einleitung von Ad-hoc-Mediationsverfahren

Wenn der Konflikt einmal in der Welt ist, haben die beteiligten Parteien häufig Schwierigkeiten, sich einen anderen Weg, als denjenigen zu den Gerichten vorzustellen.

### 1. First Move-Barriere

Zunächst stellt sich immer die Frage, welche der Parteien den ersten Schritt in Richtung einer alternativen Streitbeilegung unternimmt. Häufig sind damit strategische Überlegungen verbunden, wie z. B. die Befürchtung, Positionen preiszugeben, als die schwächere Partei wahrgenommen zu werden oder den Eindruck zu erwecken, man habe keine hinreichenden Beweise oder Argumente. Eine entscheidende Rolle spielen dabei die beteiligten Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater. Wenn deren Beratungsspektrum nur auf eine Konfliktlösung durch die Anrufung der Gerichte ausgerichtet ist, dann bedarf es schon sehr informierter und gegenüber den Beratern emanzipierter Parteien, um den Weg der Mediation einzuschlagen. Es ist somit nicht nur die Bereitschaft der betroffenen Gesellschafter nötig, um im Konfliktfall auch die Einleitung eines Mediationsverfahrens in das Entscheidungsspektrum einzubeziehen, sondern insbesondere auch die entsprechende Offenheit der in dem jeweiligen Konflikt beteiligten Berater.<sup>56</sup> Inwieweit eine Hinweispflicht auf die Möglichkeiten des Einsatzes alternativer Streitbeilegungsmethoden besteht, ist abschließend nicht geklärt. Es sprechen aber erhebliche Gründe, nicht zuletzt der Wortlaut des § 1 Abs. 3 BORA, dafür, dass eine solche für Rechtsanwälte anzunehmen ist.<sup>57</sup>

### 2. Notwendige Maßnahmen zur Einleitung eines Mediationsverfahrens

Hinzu kommt, dass die Parteien und die Berater im Konfliktfall gefordert sind, die Einleitung eines Mediationsverfahrens zu initiieren. Es stellen sich dabei im Wesentlichen folgende Fragen: Woher erhalten wir Informationsmaterial zu Mediation? Welche Kosten kommen auf die Parteien zu? Wie kommen wir an Namen von qualifizierten Mediatoren? Wer kontaktiert die andere Seite, um eine Mediation vorzuschlagen – die Partei oder der Mediator? Wo kann die Mediation durchgeführt werden?

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, für die Auswahl des Mediators auf einen der Mediationsverbände<sup>58</sup> oder auf im Internet veröffentlichte Mediatorenlisten<sup>59</sup> zurückzugreifen.

<sup>47</sup> Groth/von Bubnoff, NJW 2001, 338, 341; Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 786, 790.

<sup>48</sup> Bülow in Walz, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 63.

<sup>49</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 440.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu Formulierungsvorschlag von Bülow in Walz, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 3 § 6, S. 56.

<sup>51</sup> Hierzu ausführlich: Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, 163.

<sup>52</sup> Zum Abbruch des Verfahrens zur Vermeidung von unfairen Ergebnissen vgl. auch Kracht in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 3 § 15 Rdnr. 110.

<sup>53</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 443.

<sup>54</sup> Heckschen, NotBZ 2002, 200, 203.

<sup>55</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 443.

<sup>56</sup> Vgl. dazu Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851, 1855; Brinkamp/Spillner, AnwBl 2007, 701; Koch, AnwBl 2007, 661.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu auch Risse, Wirtschaftsmediation, S. 470 ff.

<sup>58</sup> Z. B. Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt (BMWA), Centrale für Mediation (CfM), Bundesverband Mediation (BMFM), Europäisches Institut für Conflict Management (EUCON).

<sup>59</sup> Zu finden z. B. im Anwaltsverzeichnis der Rechtsanwaltskammer München oder im Mediatorenpool der EUCON ([www.eucon-institut.de/mediatorenpool.php](http://www.eucon-institut.de/mediatorenpool.php))

Es ist Sache der Parteien, und eben auch die Schwierigkeit im eskalierten Konflikt, die Mediation der anderen Partei vorzuschlagen und sich auf einen Mediator zu einigen.<sup>60</sup> Eine Brücke kann dabei die Co-Mediation<sup>61</sup> schlagen, indem jede Partei einen Mediator benennt, vorausgesetzt, die beiden Mediatoren sind mit einer Zusammenarbeit einverstanden. Zu den Kosten geben ebenfalls die Mediationsverbände weiterführende Hinweise.<sup>62</sup>

### 3. Gefährdung des Anfechtungsrechts durch Mediation

Sofern die Satzung eine Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage für Gesellschafter- und Beschlussmängelstreitigkeiten vorsieht, kann diese – selbst im Einvernehmen der Gesellschafter – nicht ohne weiteres verlängert werden. Es ist daher ratsam, fristwährend Anfechtungsklage zu erheben und mit den anderen Gesellschaftern ein *pactum de non petendo* für den Zeitraum des Mediationsverfahrens zu vereinbaren.<sup>63</sup> Sollte in der Satzung eine Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage nicht vorgesehen sein, so kann mit einer Verlängerung der bei der GmbH im Einzelfall zu bestimmenden Anfechtungs- und Klagefrist argumentiert werden, jedenfalls für den Zeitraum der Einigungsverhandlungen der Gesellschafter.<sup>64</sup>

## V. Prävention durch Mediationsklauseln

Die mit der Einleitung von Ad-hoc-Mediationsverfahren verbundenen Probleme lassen sich bei weitsichtiger Gestaltung von Unternehmensverträgen, insbesondere der Satzung und der Dienstverträge für Gesellschafter-Geschäftsführer, vermeiden.

### 1. Beseitigung der First Move-Barriere durch Mediationsklauseln

Die Aufnahme von Mediationsklauseln in die Satzung oder in sonstige Verträge entbindet die Parteien im Streitfall von der Entscheidung, ob der Gerichtsweg oder der Weg der alternativen Streitbeilegung eingeschlagen werden soll. Keiner der am Streit beteiligten Gesellschafter muss sich damit die „Blöße“ geben, den ersten Schritt zu einer gütlichen Streitbeilegung getan zu haben. Sorgfältig formulierte Mediationsklauseln regeln sowohl die Durchführung eines Mediationsverfahrens als auch das Procedere zur Auswahl des Mediators und die Folgen für den Fall der Nichteinleitung oder der Verweigerung eines Mediationsverfahrens.<sup>65</sup> Diese Klauseln verstößen auch nicht gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit eines Mediationsverfahrens. Freiwilligkeit bedeutet, dass sich die Parteien ohne äußeren Zwang auf das Verfahren einlassen und dieses jederzeit abbrechen können.<sup>66</sup> Letzteres steht den Par-

teien auch im Falle einer vereinbarten Mediationsklausel offen.<sup>67</sup> Ersteres ist lediglich auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Satzung bzw. des Vertragsabschlusses vorgelegt. Es stand zu diesem Zeitpunkt den Gesellschaftern oder Vertragspartnern ohne weiteres frei, von einer solchen Klausel abzusehen.

### 2. Durchführung der Mediation als gerichtliche Zulässigkeitsvoraussetzung

Wird im Rahmen einer Mediationsklausel festgelegt, dass der ordentliche Gerichtsweg für die Dauer der Mediation ausgeschlossen sein soll, liegt ein Prozessvertrag mit dilatorischem Klageverzicht (*pactum de non petendo*) bis zur Beendigung des Mediationsverfahrens vor.<sup>68</sup> Dies hat zur Folge, dass eine dennoch eingereichte Klage als – derzeit – unzulässig abzuweisen wäre. Eine solche – schlichtungsklauselartige – Abrede wird aufgrund der Dispositionsmaxime prozessual als wirksam angesehen.<sup>69</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die Parteien eine klare und eindeutige Regelung getroffen haben und die entsprechende Vereinbarung nicht gegen höherrangiges Recht<sup>70</sup> oder die guten Sitten verstößt.<sup>71</sup>

Solche Klauseln sind auch unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Gesichtspunkte als wirksam anzusehen. Allerdings ist zur Schaffung von Rechtssicherheit zu empfehlen, von den Regelungen des Klageverzichts die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes auszunehmen.<sup>72</sup> Zu berücksichtigen ist zudem, dass Ausschlussfristen von einem entsprechenden *pactum de non petendo* nicht erfasst werden können. Insoweit kann eine Mediationsklausel vorsehen, dass eine Klage zur Wahrung von Ausschlussfristen ausdrücklich zugelassen wird und die Parteien sich zur Stellung eines Antrags auf Ruhen des Verfahrens (§§ 251, 495 ZPO) verpflichten.<sup>73</sup>

### 3. Parallel laufendes Gerichtsverfahren

Liegt hingegen eine Mediationsklausel ohne Klageverzicht vor, stellt sich die Frage nach der parallelen Durchführung von Gerichtsverfahren und Mediation. Hinsichtlich des Gerichtsprozesses kann für die Laufdauer der Mediation das Ruhen des Verfahrens gemäß § 251 Satz 1 ZPO beantragt werden. Grundsätzlich wäre dabei die Regelung des § 204 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach die durch Klageerhebung eingetretene Verjährungshemmung nach Ablauf von sechs Monaten, gerechnet ab der letzten Verfahrenshandlung, endet. Aufgrund der Verjährungshemmung nach § 203 BGB besteht jedoch auch bei Überschreiten der 6-Monats-Frist des § 204 Abs. 2 BGB für die Dauer des Mediationsverfahrens nicht die Gefahr des Verjährungseintrittes.

Beim Vorliegen einer Mediationsklausel ist davon auszugehen, dass die Verjährung ab dem Zeitpunkt gehemmt ist, zu dem ein Beteiligter das Mediationsverfahren einleitet, sofern nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt verhandelt wurde.<sup>74</sup>

<sup>60</sup> Vgl. zur Verfahrenseinleitung Böhm, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, S. 177 ff.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu Diez, Werkstattbuch Mediation, S. 228 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Fn. 58.

<sup>63</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 443.

<sup>64</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 443.

<sup>65</sup> Zur Vereinfachung kann auf die Verfahrensordnungen von Mediationsverbänden zurückgegriffen werden, die meist sowohl das Mediationsprocedere als auch die Auswahl des Mediators regeln. Beispielhaft sei auf die Verfahrensordnung der EUCON (www.eucon-institut.de/download/regel-werk/eucon\_1\_verfahrensordnung.pdf) verwiesen.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu auch Kracht in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, Kap. 3 § 15 Rdnr. 101.

<sup>67</sup> Siehe von Hardenberg, IDR 2004, 25, 26.

<sup>68</sup> Vgl. dazu BGH, NJW-RR 1989, 1084; Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1249.

<sup>69</sup> BGH, NJW 1999, 647.

<sup>70</sup> Vgl. zur Einhaltung der einmonatigen Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG die Ausführungen zu V. 4 a) sowie Heckschen, NotBZ 2002, 200, 202.

<sup>71</sup> Heckschen, NotBZ 2002, 200, 202.

<sup>72</sup> Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1250 m. w. N.

<sup>73</sup> Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1251.

<sup>74</sup> Eidenmüller, SchiedsVZ 2003, 163, 167.

Des Weiteren ist an ein vertragliches „Stillhalteabkommen“ der Parteien im Rahmen der Mediationsvereinbarung zu denken. Solange die Mediationsverhandlungen andauern, ist die Gefahr der Verjährung durch § 203 BGB gebannt, auch ohne dass ein Gerichtsverfahren eingeleitet werden muss. Etwaige Ausschlussfristen sind hingegen zu beachten.

Letztendlich kann auch daran gedacht werden, einen Teil des Konflikts im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu klären, den anderen Teil im Rahmen der Mediation. Dies bietet sich z. B. dann an, wenn zu bestimmten Punkten eine grundsätzliche gerichtliche Klärung herbeigeführt werden soll, z. B. zur Auslegung von streitigen Satzungsbestimmungen. Allerdings gehen dann die Vorteile eines Mediationsverfahrens weitgehend verloren.

#### 4. Besonderheiten im Gesellschaftsrecht

Nachfolgend werden einige Besonderheiten von Gesellschafterstreitigkeiten beleuchtet, die für Mediationsverfahren zu beachten sind.

##### a) Beschlussmängelstreitigkeiten

Grundsätzlich können auch Beschlussmängelstreitigkeiten Gegenstand einer Mediation sein.<sup>75</sup> Sobald die in einer Gesellschafterversammlung unterlegenen GmbH-Gesellschafter von ihrem Anfechtungsrecht gemäß § 246 Abs. 1, § 249 Abs. 1 AktG analog Gebrauch machen, tritt regelmäßig eine Verschärfung der bestehenden Konfliktlage ein. Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit in der Satzung der Vorrang eines Mediationsverfahrens vor Erhebung der Anfechtungsklage verankert werden kann.

Grundsätzlich ist eine Einschränkung des Anfechtungsrechts durch den Gesellschaftsvertrag nicht möglich.<sup>76</sup> Es handelt sich dabei um ein nicht entziehbares Gesellschafterrecht,<sup>77</sup> und zwar unabhängig von einem eventuellen Einverständnis der betroffenen Gesellschafter.<sup>78</sup> Unproblematisch ist insoweit eine Satzungsbestimmung, die lediglich dazu verpflichtet, parallel zur Anfechtungsklage ein Mediationsverfahren durchzuführen. Es ist auch möglich, das Anfechtungsrecht in der GmbH weitergehend zu modifizieren, sofern dadurch die – gesetzlich in § 246 Abs. 1 AktG vorgesehene – Monatsfrist, die für die GmbH Leitbildfunktion hat,<sup>79</sup> nicht unterschritten wird. Hierzu kann satzungsgemäß die Länge der Anfechtungsfrist so bemessen werden, dass ein Mediationsverfahren vor Fristablauf durchgeführt werden kann.<sup>80</sup> In dem Gesellschaftsvertrag kann zudem vorgesehen werden, dass Anfechtungsfristen erst nach dem Abschluss einer Mediation zu laufen beginnen (Regelung des Fristbeginns).<sup>81</sup> Allerdings müs-

sen in beiden Fällen Vorkehrungen getroffen werden, die Missbräuche dahingehend verhindern, dass entweder Mediationsverfahren durch die betroffenen Gesellschafter gar nicht eingeleitet oder verzögert werden.<sup>82</sup> Alternativ wird die Hemmung der Anfechtungsfrist – unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 203 BGB – vorgeschlagen.<sup>83</sup>

Grundsätzlich sind Beschlussmängelstreitigkeiten auch vergleichsfähig, sofern alle Gesellschafter an der Mediation mitwirken.<sup>84</sup> Insoweit kann die Mediation als Fortsetzung der Gesellschafterversammlung angesehen werden.<sup>85</sup> Somit eignet sich eine Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten insbesondere für Gesellschaften mit einer kleinen Zahl an Gesellschaftern.<sup>86</sup> Bei größeren Gesellschaften besteht jedoch die Möglichkeit, dass sich Gesellschafter mit gleichgerichteten Interessen auf einen gemeinsamen Vertreter im Mediationsverfahren einigen und diesem eine entsprechende Stimmrechtsvollmacht erteilen.<sup>87</sup>

##### b) Mediationsungeeignete Streitigkeiten

Während die Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern zu strategischen oder operativen Fragen, zur Besetzung von Geschäftsführerpositionen, zur Verwendung oder Ausschüttung des Jahresgewinns oder zu Investitionen bzw. zur Erschließung neuer Märkte regelmäßig im Rahmen von Beschlussmängelverfahren ausgetragen werden, stellt sich die Frage, bei welchen Gesellschafterstreitigkeiten Mediation nicht einsetzbar ist. Zu denken ist dabei an den Streit zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft über die wirksame Leistung einer Bareinlage.<sup>88</sup> Insoweit können sich die Parteien im Rahmen einer Mediation nicht über die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer Bareinlage einigen, da jegliche Abrede die Gläubigerinteressen unberücksichtigt ließe.<sup>89</sup> Aus gleichem Grund sind sämtliche, der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals dienenden Vorschriften einer Einigung im Wege einer Mediation unzugänglich. Zu denken ist dabei z. B. an die Differenzhaftung bei Überbewertung von Sacheinlagen (§ 9 GmbHG) oder die Ausfallhaftung der Gesellschafter für anders nicht aufzubringende Einlagen (§ 24 GmbHG).<sup>90</sup>

##### c) Ausscheiden von Gesellschaftern

Die Mediation kann zudem bei Streitigkeiten aus Gesellschafter-Geschäftsführerverträgen oder bei Abfindungsstreitigkeiten wegen des Ausschlusses von Mitgesellschaftern zu einer ressourcenschonenden Streitbeilegung führen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Abfindungsstreitigkeiten häufig zu einer erheblichen Kostenbelastung durch Gutachten und Rechtsberater führen können.<sup>91</sup> Da es sich bei diesen Streitigkeiten ausschließlich um solche zwischen Gesell-

<sup>75</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437; ebenso Heckschen, NotBZ 2002, 200; abgelehnt für Schiedsgerichtsverfahren bei Beschlussmängelstreitigkeiten: BGH, ZIP 1996, 830 = DNotZ 1996, 694; BGH, NZG 2002, 83 = NJW-RR 2002, 387; BGH, DB 2000, 1166 = DNotZ 2000, 690; BayObLG, BB Beilage Nr. 8/2000, 15; OLG Hamm, GmbHR 1995, 736; OLG Karlsruhe, GmbHR 1995, 455 = ZIP 1995, 915.

<sup>76</sup> BGH, ZIP 1996, 830, 831 f. = DNotZ 1996, 694; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 47 Rdnr. 119.

<sup>77</sup> BGH, ZIP 1996, 830 = DNotZ 1996, 694.

<sup>78</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 III 3, S. 470.

<sup>79</sup> BGH, GmbHR 1998, 891; OLG Düsseldorf, GmbHR 1999, 543, 548; Heckschen, NotBZ 2002, 200, 202 m. w. N.

<sup>80</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 441.

<sup>81</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 441; Duve, AnwBl 2007, 389, 393; Heckschen, NotBZ 2002, 200, 202.

<sup>82</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 441.

<sup>83</sup> Duve, AnwBl 2007, 389, 393; Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 441 f.

<sup>84</sup> Vgl. zur Problematik der Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten: BGH, NJW 1996, 1753 = ZIP 1996, 830; OLG Hamm, GmbHR 1995, 736; Heckschen, NotBZ 2002, 200, 203 m. w. N.; Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 442.

<sup>85</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 442 ff.

<sup>86</sup> Duve, AnwBl 2007, 389, 393.

<sup>87</sup> Casper/Risse, ZIP 2000, 437, 442 f.

<sup>88</sup> Dazu instruktiv Heckschen, NotBZ 2002, 200, 203 m. w. N.

<sup>89</sup> Hinsichtlich der Unwirksamkeit einer entsprechenden Schiedsgerichtsabrede vgl. OLG Köln, GmbHR 1998, 143.

<sup>90</sup> Weitere dem Gläubigerschutz dienende Vorschriften finden sich bei Baumbach/Hueck, GmbHG, Einl. Rdnr. 27.

<sup>91</sup> Heckschen, NotBZ 2002, 200, 203 m. w. N.

schaft und Gesellschafter handelt und Drittinteressen davon nicht berührt sind, können diese – die Einbeziehung aller Gesellschafter in die Abschlussvereinbarung unterstellt – durch Mediation gelöst werden.<sup>92</sup>

## 6. Mediationsklauseln

Nachfolgend werden Vorschläge sowohl für Mediationsklauseln als auch für eine Eskalationsklausel unterbreitet.

### Einfache Mediationsklausel, geeignet für Gesellschafter-Geschäftsführerverträge oder für Gesellschaftsverträge:

Die Gesellschafter/Vertragsparteien verpflichten sich, zur gütlichen Beilegung von Streitigkeiten aus diesem (Gesellschafts-)Vertrag ein Mediationsverfahren nach der Verfahrensordnung des <Name>-Verbandes <Anschrift> durchzuführen. Die Benennung des Mediators erfolgt nach den Regelungen des <Name>-Verbandes.

Die Durchführung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens ist erst zulässig, wenn ein Gesellschafter/eine Vertragspartei die Mediation nach der ersten gemeinsamen Mediationssitzung schriftlich gegenüber dem Mediator und den Mitgesellschaftern/der anderen Partei für gescheitert erklärt hat oder wenn seit Eingang des Antrages auf Durchführung der Mediation <Anzahl> Monate vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediationssitzung gekommen ist. Die Einleitung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens ist auch zulässig, wenn die Streitigkeit nicht innerhalb von <Anzahl> Monaten nach der ersten Mediationssitzung abschließend beigelegt ist.

Gerichtliche Eilverfahren, insbesondere Arrest- oder einstweilige Verfügungsverfahren, bleiben zu jedem Zeitpunkt zulässig.

### Eskalationsklausel oder „Multistep Clause“:<sup>93</sup>

Die Gesellschafter/Vertragsparteien werden zunächst versuchen, alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit diesem (Gesellschafts-)Vertrag oder über seine Gültigkeit ergeben, gütlich durch Verhandlungen zu lösen.

Gelingt es den Gesellschaftern/Vertragsparteien nicht, ihre Streitigkeiten binnen <Anzahl> Monaten nach der Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen gütlich beizulegen, werden sie ein Mediationsverfahren gemäß der Verfahrensordnung des <Name>-Verbandes <Anschrift> durchführen. Die Benennung des Mediators erfolgt nach den Regelungen des <Name>-Verbandes. Entsprechendes gilt, wenn die Verhandlungen nicht binnen <Anzahl> Monat(en) nach Zugang der Aufforderung aufgenommen werden.

Wenn ein Gesellschafter/eine Vertragspartei die Mediation nach der ersten gemeinsamen Mediationssitzung schriftlich gegenüber dem Mediator und den Mitgesellschaftern/der anderen Partei für gescheitert erklärt hat oder wenn seit Eingang des Antrages auf Durchführung der Mediation <Anzahl> Monate vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediationssitzung gekommen ist, verpflichten sich die Gesellschafter/Vertragsparteien, soweit rechtlich zulässig, für alle vorgenannten Streitigkeiten unter Ausschluss

des ordentlichen Rechtsweges zur Durchführung eines Schiedsverfahrens nach den Regelungen der <Name der Organisation>. Das Schiedsgericht besteht aus <Anzahl> Schiedsrichter(n), die nach den Bestimmungen der vorgenannten Schiedsordnung ernannt werden. Sitz des Schiedsgerichts ist <Ort>. Das Schiedsverfahren wird in <Sprache> abgehalten. Die Entscheidung des Schiedsgerichts beruht auf <Rechtswahl> Recht.<sup>94</sup>

Gerichtliche Eilverfahren, insbesondere Arrest- oder einstweilige Verfügungsverfahren, bleiben zu jedem Zeitpunkt zulässig.

### Gesonderte Mediationsklausel für Beschlussmängelstreitigkeiten:<sup>95</sup>

Die Gesellschafter verpflichten sich, zur gütlichen Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Gesellschafterbeschlüssen ein Mediationsverfahren durchzuführen. Das Verfahren richtet sich nach der Verfahrensordnung des <Name> Verbandes. Sämtliche Gesellschafter werden an den Mediationssitzungen teilnehmen oder einen bevollmächtigten Vertreter entsenden.

Die Erhebung der Anfechtungsklage ist erst zulässig, wenn ein Gesellschafter die Mediation nach deren Beginn schriftlich gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern für gescheitert erklärt hat oder wenn seit Eingang des Antrages auf Durchführung der Mediation <Anzahl> Monate vergangen sind, ohne dass es zu einer gemeinsamen Mediationssitzung gekommen ist.

Weigern sich einzelne Gesellschafter, an der ersten Mediationssitzung teilzunehmen, und führen sie so das Scheitern der Mediation herbei, tragen sie die Kosten des nachfolgenden Anfechtungsprozesses als Gesamtschuldner, unabhängig von dessen Ausgang.

Durch diese Vereinbarung ist keine Partei gehindert, ein gerichtliches Eilverfahren, insbesondere ein Arrest- oder einstweiliges Verfügungsverfahren durchzuführen.

Die Kosten des Mediationsverfahrens trägt die Gesellschaft, sofern vorstehend keine anderweitige Regelung getroffen ist. Entstehende Anwaltskosten und Auslagen trägt jeder Gesellschafter selbst.<sup>96</sup>

## VI. Fazit und Schlussbetrachtung

Gesellschafterstreitigkeiten können die Existenz von Unternehmen, Arbeitsplätzen, Vertragsbeziehungen und persönlichen Beziehungen substantiell gefährden oder gar zerstören. Solche Konflikte vor Gericht auszutragen ist häufig eine suboptimale Lösung, die weder den zeitlichen, noch den persönlichen und schon gar nicht den finanziellen Interessen der Beteiligten gerecht wird. Die Berater, insbesondere Rechtsanwälte, Steuerberater und die Notare, sind gefordert, im besten Interesse aller Beteiligten alternative Wege der schonenden, zeitnahen und kostenreduzierten Konfliktlösung zu suchen. Eine Möglichkeit ist die Durchführung eines Mediationsverfahrens. Die Basis dafür kann in jedem Gesellschafts- und Unternehmensvertrag durch die Aufnahme von Mediationsklauseln geschaffen werden.

<sup>92</sup> Heckschen, NotBZ 2002, 200, 203 m. w. N.

<sup>93</sup> Böttcher/Laskawy, DB 2004, 1247, 1251; Cremades in CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2004, Appendix H; Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, S. 65 f.

<sup>94</sup> Zu Schiedsklauseln bei Beschlussmängelstreitigkeiten vgl. *Bandel* in Walz, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, Kap. 8 § 25, S. 507.

<sup>95</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Casper/Risse*, ZIP 2000, 437, 444 f.

<sup>96</sup> *Risse*, Wirtschaftsmediation, S. 112.

# Die Reform des Rechts der wiederkehrenden Leistungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Zum 1.1.2008 ist das Recht der wiederkehrenden Leistungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge durch das JStG 2008 einer grundlegenden Reform unterzogen worden (BGBl 2007 I, S. 3150). Die Rechtsgrundsätze der sog. Versorgungsleistungen gelten nur noch bei bestimmten Vermögensarten; die Unterschiede zwischen dauernder Last und Leibrente fallen weg. Der folgende Beitrag zeigt die gesetzgeberischen Änderungen auf und schildert die Folgerungen für die Gestaltungspraxis. Die ursprünglich vom Gesetzgeber angedachte faktische Rückwirkung für Altverträge ab 2013 ist nicht Gesetz geworden.

## I. Grundlagen

Das Recht der wiederkehrenden Leistungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (Versorgungsleistungen) ist in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG und § 22 Nr. 1 b EStG geregelt. Diese Vorschriften sind durch das Jahressteuergesetz 2008<sup>1</sup> einer grundlegenden Reform unterzogen worden, der ein wechselhaftes Gesetzgebungsverfahren vorangegangen ist.<sup>2</sup> Während ursprünglich die Bundesregierung das Recht der Versorgungsleistungen auf Fälle der Übertragung von Mitunternehmeranteilen, Betrieben, Teilbetrieben gewerblicher, freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Unternehmen beschränken wollte, ist auf Anregung und Druck des Bundesrates dieses Bestreben wieder deutlich zurückgedreht worden. Nach dem neu gefassten § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG können als Sonderausgaben abgezogen werden

„auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, wenn der Empfänger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. Dies gilt nur für

- a) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft, die eine Tätigkeit i. S. d. §§ 13, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder des § 18 Abs. 1 EStG ausübt,
- b) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs, sowie
- c) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines mindestens 50 Prozent betragenden Anteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit nach der Übertragung übernimmt.

Satz 2 gilt auch für den Teil der Versorgungsleistungen, der auf den Wohnteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft entfällt.“

<sup>1</sup> Siehe dazu *Schmidt/Schwind*, NWB Fach 3, S. 14887; *Neufang*, Stbg 2007, 592; *Schulze zur Wiesche*, BB 2007, 2379; *Spiegelberger*, DStR 2007, 1277; *Fleischer*, ZEV 2007, 475; *Häuselmann*, BB 2007, 1533; *Messner*, AktStR 2007, 319; *Thouet*, RNotZ 2007, 475; *Risthaus*, ZErB 2007, 314; *Knebel/Spahn/Plenker*, DB 2007, 2733; *Levedag*, GmbHR 2007, R 214, R 262 und R 358; *Seltenreich*, ErbStB 2007, 338; *Kratzsch*, GStB 2007, 292; *Grewe*, ErbBStG 2007, 190; *Melchior*, DStR 2007, 2233; *Everts*, ZEV 2007, 571; *Schulze zur Wiesche*, BB 2007, 2379; *Brinkmeier*, GmbH-StB 2007, 385; allgemein rechtspolitisch *Risthaus*, DB 2007, 240; erbschaftsteuerlich *Götz*, INF 2007, 104; rechtspolitisch auch Stellungnahme der Centrale für GmbH, GmbHR 2007, 924.

<sup>2</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung: BR-Drucks. 544/07; Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung: BT-Drucks. 16/6739; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Bundestages: BT-Drucks. 16/6981; Bericht des Finanzausschusses des Bundestages: BT-Drucks. 16/6037 und den Gesetzesbeschluss des Bundestages: BR-Drucks. 747/07, der so vom Bundesrat bestätigt wurde.

In § 22 Nr. 1 b EStG wird nunmehr ausdrücklich das sog. Korrespondenzprinzip<sup>3</sup> normiert, wonach Einkünfte aus Versorgungsleistungen insoweit der Besteuerung nach § 22 Nr. 1 b EStG unterliegen, als sie beim Zahlungsverpflichteten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 a EStG als Sonderausgaben abgezogen werden können und umgekehrt ein Sonderausgabenabzug nur bei Steuerpflicht des Zahlungsempfängers möglich ist.

Nach dem bisherigen Recht gehörte es nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, dass der Zahlungsempfänger der Versorgungsleistungen in Deutschland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. Diese Voraussetzung wurde nunmehr zusätzlich in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG aufgenommen. Hierin könnte eine Diskriminierung von Steuerpflichtigen der EU liegen. Zur Vermeidung<sup>4</sup> einer europarechtswidrigen Diskriminierung<sup>5</sup> hat der Gesetzgeber § 1 a Abs. 1 Nr. 1 a EStG eingefügt, wonach auch für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der europäischen Union oder eines Staates des europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) gleichwohl entsprechende Versorgungsleistungen abgezogen werden können, sofern die Zahlungen bei dem im europäischen Ausland ansässigen Zahlungsempfänger steuerpflichtig sind und dies durch eine Bescheinigung der zuständigen ausländischen Steuerbehörde nachgewiesen wird. Probleme können durch diese Neuregelung ausgelöst werden, wenn zunächst die Voraussetzungen des Rechtes der Versorgungsleistungen vorliegen, die Übergeber jedoch später ins Ausland ziehen und die Vorgaben des Korrespondenzprinzips nicht mehr eingehalten sind. Dann stellt sich die Frage, ob der Erwerber des Vermögens weiterhin den gleichen Betrag wie vereinbart zahlen muss, obwohl er den Sonderausgabenabzug nicht mehr hat. Dies ist m. E. zu verneinen. Um die Schwierigkeiten einer ergänzenden Vertragsauslegung<sup>6</sup> zu vermeiden, kann es sich in geeigneten Fällen empfehlen, für diesen Fall eine vorsorgliche Regelung in die Überlassungsverträge aufzunehmen.

<sup>3</sup> Bisher war dies nur in dem einschlägigen BMF-Schreiben normiert: BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Tz. 46. Es wurde auch bisher bereits von der BFH-Rechtsprechung so vertreten, BFH, BStBl II 2004, S. 830 = NJW 2004, 3000. Für Auslandssachverhalte konnten allerdings auch Ausnahmen von dem Korrespondenzprinzip entstehen. Zu den bisherigen Grundsätzen der Versorgungsleistungen siehe allgemein *Michael*, RNotZ 2007, 237; *Everts*, MittBayNot 2005, 13.

<sup>4</sup> Siehe Begründung des Regierungsentwurfs, BR-Drucks. 544/07, S. 67.

<sup>5</sup> Siehe zu dem vergleichbaren Problem im Rahmen des Ehegattenunterhaltes EuGH, IStR 2005, 565.

<sup>6</sup> Siehe auch *Fleischer*, ZEV 207, 475, 480 f.

**Formulierungsvorschlag:**

Soweit die Zahlungen beim Zahlungspflichtigen nicht (mehr) als Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abzugsfähig sind, reduziert sich der vereinbarte Betrag um den Durchschnittssteuersatz des Erwerbers.<sup>7</sup>

Die Übergangsregelung für diese Neufassung des Rechts der Versorgungsleistungen findet sich in § 52 Abs. 23 e EStG. Danach gelten diese Neuregelungen grundsätzlich für schuldrechtliche Verträge, die ab dem 1.1.2008 vereinbart werden; lediglich für bestimmte Fälle einer ertragbringenden Wirtschaftseinheit, die lediglich Erträge durch ersparte Aufwendungen gewähren, sollen auch Altverträge mit Vertragsabschluss vor dem 1.1.2008 ab dem 1.1.2008 den neuen gesetzlichen Regelungen unterworfen werden.

**II. Begünstigtes Vermögen****1. Grundsatz**

Nach dem bisherigen Recht konnte jegliches Vermögen, das Erträge erwirtschaftet, zur Grundlage von sog. Versorgungsleistungen gemacht werden. Auch ertragbringende Aktien oder sonstige Wertpapierdepots und Immobilien, sogar selbst genutzte Immobilien konnten eine sog. ertragbringende Wirtschaftseinheit sein,<sup>8</sup> dessen Erträge sich der Übergeber im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge vorbehalten konnte. Dogmatische Grundlage dieses Rechtsinstituts der Versorgungsleistungen war, dass eine Nießbrauchsgleichstellung erfolgen sollte – weitgehend aus traditionellen Gründen.<sup>9</sup> Derjenige Übergeber, der sich Versorgungsleistungen vorbehielt, sollte nicht anders stehen als ein Übergeber, der sich einen Nießbrauch oder ein sonstiges Nutzungsrecht vorbehielt. Während die Überlassung gegen Nießbrauchsvorbehalt stets unentgeltlich war und auch noch ist, sollte dies bei vorbehaltenen Versorgungsleistungen ebenso sein. Eine ertragsteuerliche Gegenleistung, also ein ertragsteuerliches Entgelt wurde mit der Begründung verneint,<sup>10</sup> dass der Veräußerer sich ja lediglich die Erträge vorbehalten habe, welche nunmehr vom Erwerber erwirtschaftet werden müssten. Diese dogmatische Grundlage, die bisher nie Eingang in das Gesetz gefunden hatte, wird nunmehr ins Gesetz gegossen.

**2. Mitunternehmeranteile**

Wichtigster Eingriff in das Recht der sog. Versorgungsleistungen ist die Beschränkung auf bestimmte Vermögensarten. Begünstigt sind einerseits Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Mitunternehmeranteils an einer gewerblichen, freiberuflichen oder land- und forstwirtschaftlichen Mitunternehmerschaft (Personengesellschaft). Der Mitunternehmeranteil erfasst grundsätzlich auch das da-

zugehörige Sonderbetriebsvermögen,<sup>11</sup> also Wirtschaftsgüter, die der Personengesellschaft zur Nutzung überlassen und dem Betrieb der Gesellschaft zu dienen bestimmt sind (Sonderbetriebsvermögen I) und das sog. Sonderbetriebsvermögen II, also Wirtschaftsgüter, die der Stärkung der Beteiligung des Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft dienen. M. E. muss § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. a) EStG jedoch entsprechend der Bestimmung des § 6 Abs. 3 EStG ausgelegt werden. Danach ist es unschädlich, wenn im Einzelfall Sonderbetriebsvermögen zwar zurückgehalten wird, sich jedoch weiterhin im Zusammenhang mit der Mitunternehmerschaft befindet.<sup>12</sup> Vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst ist ein Teilanteil an einem Mitunternehmeranteil. Dies wäre relevant, wenn ein Gesellschafter mit beispielsweise 50 % Gesellschaftsbeteiligung an einer gewerblich tätigen GmbH & Co. KG lediglich einen hälftigen Anteil hiervon, nämlich insgesamt 25 % Gesellschaftsbeteiligung, auf seinen Nachfolger überträgt. Auch ein solcher Fall ist m. E. begünstigt. Eindeutig geklärt ist dies jedoch weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte.

Nicht mehr begünstigt sind gewerblich geprägte Mitunternehmerschaften, insbesondere GmbH & Co. KGs i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.<sup>13</sup> Dabei handelt es sich um Gesellschaften, die keine eigene gewerbliche Tätigkeit ausüben, sondern lediglich aufgrund ihrer Rechtsformkombination als GmbH & Co. KG oder GmbH & Co. OHG gewerblich fingiert werden. Hingegen wäre es unschädlich, wenn in einer geringfügig gewerblich tätigen GmbH & Co. KG zusätzlich weit überwiegendes fremdvermietetes Grundstücksvermögen vorhanden ist. Das Gesamtvermögen wäre in diesem Fall gewerbliches Betriebsvermögen (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG) und damit begünstigt.

**3. Betrieb/Teilbetrieb**

Begünstigt ist ferner die Vereinbarung von Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines gewerblichen, freiberuflichen oder land- und forstwirtschaftlichen Betriebes oder Teilbetriebes. Gemeint ist damit nicht die Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter, wohl aber aller wesentlichen Betriebsgrundlagen. Der Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlage ist in diesem Fall so auszulegen, dass hierunter nur die funktional, also für die Betriebsfortführung wesentlichen Wirtschaftsgüter mitübertragen worden sein müssen.<sup>14</sup> Auf das Vorhandensein besonderer stiller Reserven in den Wirtschaftsgütern kommt es vorliegend nicht

<sup>7</sup> Diese Formulierung begünstigt grds. den Erwerber, da er so gestellt wird, als ob er den Betrag als dauernde Last abziehen könnte. Gleichzeitig benachteiligt sie den Veräußerer, da der Zahlbetrag gekürzt wird. Um dieses Ungleichgewicht ein wenig zu glätten, stellt die Formulierung nicht auf den Grenzsteuersatz, sondern den Durchschnittssteuersatz ab.

<sup>8</sup> Siehe *Fleischer*, ZEV 2007, 475, 477.

<sup>9</sup> Siehe die Argumentation des Großen Senats des BFH, BStBl II 1990, S. 847 = NJW 1991, 254; Beschluss des Großen Senats des BFH, BStBl II 2004, S. 95 = MittBayNot 2004, 306. *Seltenreich*, ErbStB 2007, 338.

<sup>10</sup> Ganz h. M., ebenso *Everts*, ZEV 2007, 571, 572.

<sup>11</sup> *Schmidt/Wacker*, EStG, 26. Aufl. 2007, § 16 Rdnr. 407 m. w. N.; BFH, BStBl II 2001, S. 26 = BFH/NV 2001, 91 = BB 2000, 2503 = DStR 2000, 2080 = DStZ 2001, 86; BFH, BStBl II 2005, S. 173 = BFH/NV 2000, 1554 = BB 2000, 2187 = DB 2000, 2147 = DStR 2000, 1768 = DStRE 2000, 1138 = DStZ 2000, 867.

<sup>12</sup> Siehe BMF v. 3.3.2005, ZEV 2005, 200 = BStBl I 2005, S. 458 = GmbHR 2005, 503 = DB 2005, 52 = DStR 2005, 475, dort jeweils Tz. 10. Vgl. zu dem Erlass auch *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448; *Geck*, ZEV 2005, 196; *Kai*, DB 2005, 794; *Neufang*, BB 2005, 1595; *Neumann*, EStB 2005, 140; *Rogall/Stangl*, DStR 2005, 1073; *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139; *Wendt*, FR 2005, 468; *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416.

<sup>13</sup> *Schulze zur Wiesche*, BB 2007, 2379, 2380.

<sup>14</sup> Siehe zu dem vergleichbaren Problem im Rahmen des § 6 Abs. 3 EStG BMF v. 3.3.2005, ZEV 2005, 200 = BStBl I 2005, S. 458 = GmbHR 2005, 503 = DB 2005, 52 = DStR 2005, 475, dort jeweils Tz. 3; *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139, 141; *Schmidt/Glanegger*, EStG, § 6 Rdnr. 477; *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 6 Rdnr. 1010.

an. Ein Teilbetrieb ist dabei ein organisch geschlossener, selbständig lebensfähiger und vom übrigen Betrieb bereits getrennter, mit einer gewissen Selbständigkeit geführter Betriebsteil. Die Abgrenzung, ob ein bloßer unselbständiger Betriebsteil oder ein selbständiger Teilbetrieb vorliegt, bereitet üblicherweise erhebliche Schwierigkeiten.<sup>15</sup>

#### 4. Anteile an Kapitalgesellschaften

Besonderes Augenmerk verdienen die Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit nach der Übertragung übernimmt. Der Wortlaut des Gesetzes ist in vielerlei Hinsicht verfehlt.<sup>16</sup> Einerseits vermag es nicht zu überzeugen, dass in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. c) EStG nur von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) die Rede ist. Gleiches muss – entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht<sup>17</sup> – auch bei jeder beliebigen Kapitalgesellschaft wie einer AG gelten, wenn die übrigen Voraussetzungen für eine vorweggenommene Erbfolge erfüllt sind. Auch ausländische Gesellschaften, die die Anforderungen an eine Kapitalgesellschaft erfüllen, können hiernach begünstigt sein. Jede andere Auslegung, die die Ltd., BV, SARL oder SRL beispielsweise diskriminierte, wäre europarechtlich im Hinblick auf Art. 43, 48 EG nicht hinzunehmen, auch wenn der Gesetzgeber<sup>18</sup> augenscheinlich im Gesetzgebungsverfahren nur an die GmbH dachte.

Gleichzeitig kommt es anders als in § 17 EStG oder in § 13 a ErbStG hier nicht auf eine 1%- oder 25%-Grenze an. Vielmehr muss nicht nur der Übergeber zu mindestens 50 % an der Gesellschaft beteiligt gewesen sein, sondern auch einen Gesamtanteil von mindestens 50 % am Stammkapital der Gesellschaft auf den Erwerber übertragen. Damit ist die Begünstigungsvoraussetzung in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG wesentlich strenger als im Erbschaftsteuerrecht, wo lediglich der Veräußerer zu mehr als 25 % beteiligt gewesen sein muss, während es für § 13 a ErbStG gleichgültig ist, wie hoch der tatsächlich übertragene Anteil ist. Während das Erbschaftsteuerrecht eine unmittelbare Beteiligung an der Kapitalgesellschaft voraussetzt, ist dies für § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG nicht erforderlich. Nach der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. c) EStG lägen keine begünstigten Versorgungsleistungen vor, wenn der Erwerber bereits vor Erwerb des 50%-Anteils als Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt gewesen wäre. Denn nach dem Wortlaut muss der Erwerber nach der Übertragung die Geschäftsführertätigkeit des Veräußerers übernehmen. Dies wäre bereits bei einem vor der Übertragung als Geschäftsführer mitarbeitenden Erwerber nicht erfüllt. Zur Vermeidung dieser Problematik sollte in Zukunft vor einer entsprechenden vorweggenommenen Erbfolge der Erwerber zum Prokuristen anstelle zum Geschäftsführer bestellt werden. Gleichzeitig muss der Übergeber nach dem Wortlaut mit der Übertragung aus der Geschäftsführung ausscheiden. Auch hier kann wiederum eine Bestellung des Übergebers zum Prokuristen eine gleichwertige aber unschädliche Lösung ermöglichen.

<sup>15</sup> Vgl. dazu BFH/NV 1998, 690; BFH, BStBl II 1996, S. 409, 410 m. w. N.; BFH/NV 1994, 694, 695; BFH/NV 1992, 516; BFH/NV 1991, 291; BFH, BStBl II 1989, S. 653, 654 sowie Wälzholz, Der Teilbetriebsbegriff im Steuerrecht, 1999.

<sup>16</sup> Kritisch auch Schmidt/Schwind, NWB Fach 3, S. 14887, 14891.

<sup>17</sup> So wohl Knebel/Spahn/Plenker, DB 2007, 2733, 2734.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 16/7036, S. 15, 16.

Eine bestimmte Mindestdauer der Übernahme der Geschäftsführertätigkeit ist nicht gesetzlich vorgesehen<sup>19</sup>. Es sollten lediglich angemessene Mindestfristen im Hinblick auf § 42 AO (Gestaltungsmisbrauch) eingehalten werden.

#### 5. Problemfall Betriebsaufspaltung

Problematisch ist die Handhabung der vorweggenommenen Erbfolge bei einer Betriebsaufspaltung. Hier wird einerseits ein Besitzeinzelunternehmen übertragen, gleichzeitig aber auch ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft. Es stellt sich daher die Frage, ob insoweit die Voraussetzungen beider Normen [lit. a) und c)] gleichzeitig erfüllt sein müssen. Diese Problematik stellt sich in allen Fällen, in denen sich im Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft, eines Betriebes oder Teilbetriebes eine Kapitalgesellschaftsbeteiligung befindet. M. E. sind ausschließlich die Anforderungen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. a) EStG maßgeblich, nicht hingegen die strengeren Anforderungen des lit. c). Insoweit ist es nicht schädlich, wenn der Anteil im Betriebsvermögen beispielsweise nur 20 % ausmacht. Denn die Begünstigungsalternativen stehen selbständig nebeneinander, so dass das Eingreifen eines Begünstigungstatbestandes ausreichen muss. Eine Aufspaltung eines einheitlichen Übertragungsvorgangs in die begünstigte Übertragung eines Betriebes und eine nicht begünstigte Überlassung eines Geschäftsanteils widerspräche der natürlichen Betrachtung, würde einen einheitlichen, zusammengehörigen Vorgang auseinanderreißen und stünde im Widerspruch zur sonstigen steuerrechtlichen Praxis,<sup>20</sup> nach der die Überlassung eines Betriebes, Teilbetriebes oder Mitunternehmeranteils sonst als einheitlicher Vorgang zu betrachten ist. Daher können die wiederkehrenden Leistungen auch nicht künstlich in einen Teil, der auf die Anteile an der Kapitalgesellschaft entfällt und in übrige wiederkehrende Leistungen aufgespalten werden. Gleichwohl gilt § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. c) EStG nicht nur für Anteile im Privatvermögen. Er kann auch für Anteile im Betriebsvermögen eingreifen; beispielsweise wenn nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG Geschäftsanteile an einer Kapitalgesellschaft zwischen dem Sonderbetriebsvermögen mehrerer Mitunternehmer gegen wiederkehrende Bezüge übertragen werden.

#### 6. Landwirtschaftlicher Wohnteil

Begünstigt sind auch Versorgungsleistungen, deren Erträge auf den Wohnteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft (§ 34 Abs. 3 BewG) entfallen. Insoweit können beim Erwerber ersparte Aufwendungen zu begünstigten Erträgen führen.

#### 7. Nicht mehr begünstigtes Vermögen

Nicht mehr begünstigt sind insbesondere

- Grundstücke des Privatvermögens oder betriebliche Grundstücke bei der Übertragung außerhalb eines ganzen Betriebes/Teilbetriebes,
- Typisch stille Gesellschaften,
- Aktien, Kapitalvermögen und Kapitalgesellschaftsanteile, die nicht die oben geschilderten Anforderungen erfüllen.

Damit ist auch das sog. Stuttgarter Modell<sup>21</sup> für alle zukünftigen Fälle obsolet.

<sup>19</sup> Siehe auch Schmidt/Schwind, NWB Fach 3, S. 14887, 14892.

<sup>20</sup> Siehe die Einheitstheorie, Schmidt/Glanegger, EStG, § 6 Rdnr. 158 – h. M.

<sup>21</sup> Ebenso Fleischer, ZEV 2007, 475, 480. Siehe dazu allgemein Hipler, ZERB 2004, 110; ders., ZEV 2004, 194; Spiegelberger, DStR 2004, 1105.

### III. Rechtsfolgen vereinbarter Versorgungsleistungen nach neuem Recht

#### 1. Stets dauernde Last

Handelt es sich um begünstigte Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, so handelt es sich um eine dauernde Last. Die Unterscheidung zwischen einer Leibrente, bei der lediglich der Ertragsanteil der Zahlungen beim Zahlenden abzugsfähig und beim Zahlungsempfänger steuerpflichtig ist, und einer dauernden Last, bei der die vollständigen nominalen Zahlungsbeträge als Sonderausgaben abzugsfähig und beim Zahlungsempfänger nach § 22 Nr. 1 b EStG steuerpflichtig sind, ist entfallen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers<sup>22</sup> handelt es sich stets um dauernde Lasten. Auf eine Bezugnahme auf § 323 ZPO kommt es damit in Zukunft nicht mehr an. Auch bei Ausschluss des § 323 ZPO liegen weiterhin Versorgungsleistungen vor. Damit entfällt m. E. für die Zukunft auch das Problem, inwieweit die Ausklammerung des Pflegefallrisikos zu einer Versagung der Anerkennung als dauernde Last führt.<sup>23</sup> Zivilrechtlich entspricht es im Übrigen häufig den Vorstellungen der Beteiligten, unabänderliche Leistungen zu vereinbaren; dem stehen nun keine steuerlichen Erwägungen mehr entgegen. Dem Zivilrecht kann insoweit leichter zur Geltung verholfen werden.

#### 2. Korrespondenz und Unentgeltlichkeit

Das Korrespondenzprinzip findet nunmehr in § 22 Abs. 1 Nr. 1 b EStG seinen ausdrücklichen Niederschlag. Damit kann der Zahlungsverpflichtete die gesamten begünstigten Versorgungsleistungen bei der Einkommensteuer abziehen, der Zahlungsempfänger hat den gesamten Betrag zu versteuern. Gleichwohl handelt es sich bei begünstigten Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft. Beim Erwerber fallen also keine Anschaffungskosten an. Der Veräußerer tätigt kein Veräußerungsgeschäft,<sup>24</sup> so dass er keine stillen Reserven realisiert und damit weder ein Spekulationsgeschäft i. S. d. § 23 EStG noch ein Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 17 EStG, noch eine steuerpflichtige Betriebsveräußerung nach §§ 14, 16, 18 Abs. 4 EStG auslöst. Die Übertragung gilt ertragsteuerlich als unentgeltliche Übertragung mit der Möglichkeit der Buchwertfortführung gemäß § 6 Abs. 3 EStG, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG eingehalten sind, es sei denn, es könnte nachgewiesen werden, dass Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen vereinbart worden sind.

#### 3. Dauer der Versorgungsleistungen

Die Formulierung des Wortlautes in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG<sup>25</sup> deutet darauf hin, dass nur noch *lebenslange* Versor-

gungsleistungen begünstigt sind. Demgegenüber ist nach bisher herrschender Meinung<sup>26</sup> auch bei abgekürzten Versorgungsleistungen eine dauernde Last angenommen worden, wenn die zeitliche Beschränkung nicht auf einem Gleichstellungsinteresse beruhte (sonst Entgelt), sondern lediglich der Schließung einer Versorgungslücke, beispielsweise bis zum Erwerb einer allgemeinen Altersrente, diene. Die Formulierung in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, wonach lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen begünstigt sind, ist mehrdeutig. Sie ist m. E. dahingehend zu verstehen, dass es sich entweder um lebenslange *oder* um sonstige wiederkehrende Versorgungsleistungen handelt, die den bisherigen Anforderungen entsprechen.<sup>27</sup> Der Charakter als Versorgungsleistung muss jedoch stets gewährleistet sein. Dementsprechend können zeitlich abgekürzte Versorgungsleistungen nur dann anerkannt werden, wenn die zeitliche Abkürzung aus einem Versorgungsinteresse resultiert. Eine zeitliche Abkürzung zum Zwecke einer Gleichstellung mit Geschwistern führt hingegen wie im bisherigen Recht<sup>28</sup> zu einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft. Als sicherster Weg sollte bis zu einer gerichtlichen Klärung trotz der hier vertretenen Ansicht stets zu lebenslänglichen Leistungen geraten werden, wenn der Vorgang unter § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG fallen soll.

### IV. Übergangsregelung

Entgegen den bisherigen Vorhaben der Bundesregierung soll das neue Recht nicht rückwirkend in bereits abgeschlossene Verträge eingreifen, sondern grundsätzlich nur solche Verträge erfassen, die ab dem 1.1.2008 abgeschlossen werden. Dabei kommt es m. E. auf den Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes an. Bei Vertragsgestaltungen mit Angebot und Annahme müssen beide Willenserklärungen bis zum 1.1.2008 abgegeben und zugegangen<sup>29</sup> sein, um noch das alte Recht zur Anwendung zu bringen. Auf die Erteilung staatlicher Genehmigungen, einschließlich der vormundschaftsgerichtlichen oder familiengerichtlichen Genehmigung, kann es m. E. insoweit nicht ankommen, da vom Gesetz nicht auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes oder eine dadurch eintretende Bindungswirkung abgestellt wird.

Lediglich für einen bestimmten Fall hat der Gesetzgeber eine Rückwirkung auch auf Altverträge, die vor dem 1.1.2008 abgeschlossen wurden, angeordnet. Dabei handelt es sich um solche Fälle, bei denen bereits bisher die Finanzverwaltung eine Begünstigung abgelehnt hat. Dies betrifft Sachverhalte, in denen die ertragbringende Wirtschaftseinheit nur dadurch dargestellt wurde, dass der Erwerber sich Aufwendungen erspart. Ersparte Aufwendungen durch eine selbst genutzte Wohnung werden hingegen weiterhin in Altverträgen anerkannt. Nur wenn andere Formen ersparter Aufwendungen, wie das Ersparen von Zinsen als ertragbringende Vermögens-

<sup>22</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 544/07, S. 86; siehe auch *Thouet*, RNotZ 2007, 475, 476; *Seltenreich*, ErbStB 2007, 338, 339.

<sup>23</sup> Siehe dazu *Risthaus*, DB 2007, 2109 unter Hinweis auf die Entscheidung des BFH vom 9.5.2007 – X B 162/06, mit dem dieser eine FG-Entscheidung hält, die wiederkehrende Zahlungen wegen der Ausklammerung des Pflegefallrisikos als nicht abänderbar und damit als Leibrente eingestuft hat. Siehe auch *Everts*, ZEV 2007, 571, 572.

<sup>24</sup> So zum bisherigen Recht BFH, BStBl II 2004, S. 830; BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Rdnr. 2.

<sup>25</sup> Im Gesetz heißt es „auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen ...“.

<sup>26</sup> BMF-Erlass v. 16.9.2004, BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182 = ZEV 2004, 415 Tz. 34, 58; ebenso bisher BFH, BStBl II 1994, S. 633; BFH, BStBl II 1996, S. 676.

<sup>27</sup> A. A. *Schulze zur Wiesche*, BB 2007, 2379, 2380 und *Schmidt/Schwind*, NWB Fach 3, S. 14887, 14890, die nur noch lebenslängliche Leistungen als anerkennungsfähig ansehen. Wie hier wohl BayLfSt v. 16.1.2008, n. v.

<sup>28</sup> BMF-Erlass v. 16.9.2004, BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182 = ZEV 2004, 415 Tz. 34, 58; *Everts*, ZEV 2007, 571, 572.

<sup>29</sup> Es sei denn auf den Zugang der Annahmeerklärung wurde verzichtet.

einheit geltend gemacht werden, soll dies nach neuem Recht auch für Altverträge nicht mehr anerkannt werden.<sup>30</sup>

## V. Vermögensumschichtung

Nach bisherigem Recht war es auch möglich, nichtbegünstigtes Vermögen, also nichtertragbringende Vermögenseinheiten zu übertragen, wenn bei der Übertragung des Vermögens eine der Art nach bestimmte ertragbringende Vermögenseinheit bestimmt wurde, in die der Erwerber das erworbene, nichtertragbringende Vermögen umschichten musste.<sup>31</sup> Ab dem Zeitpunkt der Umschichtung konnten dann Versorgungsleistungen als dauernde Last berücksichtigt werden. Hiervon ist der Gesetzgeber mit seiner neuen gesetzlichen Normierung in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG jedoch abgerückt. Denn die wiederkehrenden Versorgungsleistungen müssen nunmehr im Zusammenhang mit der Übertragung eines entsprechenden Vermögensgegenstandes stehen. Für den Vertragsgestalter bereitet diese Vorgabe keine weitere Schwierigkeit, löst jedoch regelmäßig zusätzliche Kosten aus. Anstelle der Übergabe von Bargeld zum Zwecke des Erwerbs einer bestimmten ertragbringenden Vermögenseinheit entsprechend den Grundsätzen einer mittelbaren Grundstücks- oder Betriebschenkung muss der Veräußerer zunächst die ertragbringende Vermögenseinheit selbst erwerben, gegebenenfalls eine Schamfrist zur Vermeidung eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO abwarten und anschließend die ertragbringende Vermögenseinheit i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG auf den Vermögensnachfolger übertragen. Dies ist auch erbschaftsteuerlich regelmäßig geboten, da für Betriebsvermögen mittelbare Zuwendungen nicht anerkannt werden.<sup>32</sup> In einem solchen Fall können auch entsprechende Versorgungsleistungen begünstigt vereinbart werden. Die Abkürzung dieser Vertragswege wird nach neuem Recht nicht mehr möglich sein.

## VI. Folgerungen für die Praxis der Vertragsgestaltung

### 1. Folgerungen bei Übertragung begünstigten Vermögens

In Fällen, in denen weiterhin begünstigtes Vermögen übertragen wird, können unschädlich<sup>33</sup> weiterhin Versorgungsleistungen vereinbart werden. Es handelt sich stets um dauernde Lasten. Die Vereinbarung einer Leibrente ist nicht mehr möglich.

<sup>30</sup> Vgl. dazu BFH, BStBl II 2007, S. 103 samt Nichtanwendungserlass des BMF v. 19.1.2007, IV C 8 – S 2255–2/07, BStBl I 2007, S. 188 = DB 2007, 603 = DStR 2007, 534 = FR 2007, 358; BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Rdnr. 21 a. E. – entgegen BFH, BStBl II 2004, S. 95 = MittBayNot 2004, 306, der ersparte Aufwendungen, auch ersparte Zinsen, allgemein als Ertrag betrachtet. Dies lehnte das BMF bisher ab und verankert dies nunmehr im Gesetz.

<sup>31</sup> BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Tz. 13.

<sup>32</sup> BFH, BStBl II 2007, S. 443; siehe dazu Wälzholz, BB 2007, 2035; ebenso für GmbH-Anteile bereits vorher BFH, BStBl II 2005, S. 411 = ZEV 2005, 264 m. kritischer Anm. Ziegler = BB 2005, 1092 = NZG 2005, 606; a. A. Hübner, DStR 2003, 4, 9.

<sup>33</sup> Der Vorgang bleibt also unentgeltlich, Schmidt/Schwind, NWB Fach 3, S. 14887, 14890.

### 2. Ausweichen auf den Nießbrauch/ Quotennießbrauch

In den Fällen, in denen ab dem 1.1.2008 keine Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG vereinbart werden können, wird der Vertragsgestalter regelmäßig in erster Linie darüber nachsinnen müssen, ob sich die dauernde Last auch durch einen Nießbrauch ersetzen lässt. Nießbrauchsrechte lassen sich an Grundstücken und GmbH-Geschäftsanteilen vereinbaren, so dass typisches, nach dem neuen Recht nicht mehr begünstigtes Vermögen insoweit durch einen Nießbrauch hinsichtlich der Erträge vorbehalten werden kann. Soweit bisher durch die dauernde Last nur ein Teil der Erträge vorbehalten werden sollte, wird man in Zukunft häufiger auf den Quotennießbrauch<sup>34</sup> zurückgreifen müssen, wonach der Nießbraucher hinsichtlich einer bestimmten Quote die Erträge erhält und hinsichtlich einer bestimmten Quote die entsprechenden Aufwendungen des Vertragsgegenstandes zu tragen hat. Es kommt insoweit zu einer Ertrags- und Aufwandsteilung zwischen Nießbraucher und Eigentümer. Der Grundstücksnießbrauch wird insoweit unproblematisch anerkannt. Gleiches gilt für den Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen als Vorbehaltsnießbrauch gemäß § 20 Abs. 2 a EStG.

Nach dem geplanten Erbschaftsteuerrecht wird gegen den Nießbrauch auch nicht mehr das Abzugsverbot des § 25 ErbStG eingewandt werden können, da dieses mit der ErbSt-Reform abgeschafft werden soll,<sup>35</sup> so dass künftig der Nießbrauch ebenso wie die dauernde Last in gleichem Umfang vom Wert der Bereicherung abgezogen werden kann.

Trotz der Empfehlung des Ausweichens auf den Nießbrauch darf nicht verkannt werden, dass dauernde Last und Nießbrauch sich zivilrechtlich wesentlich unterscheiden. Insbesondere die Verteilung der Risiken und Pflichten bei Nießbrauch entsprechen bei älteren Übergebern meist nicht dem eigentlich gewünschten.<sup>36</sup> Ferner unterscheiden sich die Rechtsfolgen beispielsweise im Rahmen der Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB.

### 3. Gleichwohl vereinbarte wiederkehrende Bezüge

Wird in Fällen der Übertragung nichtbegünstigten Vermögens gleichwohl eine lebenslange wiederkehrende Zahlungsverpflichtung nach neuem Recht begründet, die jedoch nicht unter § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG fällt, so handelt es sich in Zukunft um einen (teil-)entgeltlichen Veräußerungsvorgang.<sup>37</sup> Dieser führt bei steuerverstricktem Vermögen zu einer Aufdeckung stiller Reserven, soweit ein Gewinn erzielt wird. Dies gilt sowohl für Immobilien, die erst weniger als zehn Jahre vor der Übertragung angeschafft wurden, als auch für Kapitalgesellschaftsanteile, die den in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 lit. c) EStG aufgestellten Anforderungen nicht genügen. Beachtlich ist insoweit, dass auch in Fällen, in denen betriebswirtschaftlich keine Gewinne realisiert werden gleichwohl aufgrund des sog. Aufteilungsgrundsatzes<sup>38</sup> steuerliche Gewinne entstehen können.

<sup>34</sup> Siehe dazu BMF v. 24.7.1998, IV B 3 – S 2253–59/98, DStR 1998, 1175 = FR 1998, 749 = BStBl I 1998, S. 914, Tz. 16.

<sup>35</sup> Siehe den Entwurf der Bundesregierung vom 11.12.2007.

<sup>36</sup> Fleischer, ZEV 2007, 475, 478; siehe auch Spiegelberger, DStR 2007, 1277, 1279.

<sup>37</sup> Ebenso Korn/Strahl, KÖSDI 2007, 15783, 15806.

<sup>38</sup> Siehe BMF v. 5.10.2000, IV C 3 – S 2256–263/00, DStR 2000, 1867 = FR 2000, 1158 = BStBl I 2000, S. 1383, Tz. 30 f. Dazu bereits ausführlich Tiedtke/Wälzholz, ZEV 2000, 293.

**Beispiel:**

Die Mutter M hat eine Immobilie im Jahre 1999 zu 200.000 € Grundstückswert und 500.000 € Gebäudewert angeschafft und zwischenzeitlich um 200.000 € abgeschrieben. Nunmehr soll diese Immobilie gegen monatlich wiederkehrende Zahlungen des Sohnes in Höhe eines kapitalisierten Wertes von 350.000 € übertragen werden. 100.000 € des kapitalisierten Wertes entfallen auf den Grund und Boden, 250.000 € auf das Gebäude.

Wenn das Gebäude immer noch einen gemeinen Wert von 500.000 € hat, ist der Vorgang zur Hälfte entgeltlich und zur anderen Hälfte unentgeltlich. Als Folge dieses Aufteilungsgrundsatzes werden nunmehr die anteiligen, nach Abschreibung verbleibenden Anschaffungskosten von 150.000 € dem kapitalisierten Wert der dauernden Last von 250.000 € gegenübergestellt. Es entsteht ein entgeltlicher Veräußerungsgewinn nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Höhe von 100.000 €. Hinsichtlich des entgeltlich angeschafften Anteils sind vom Erwerber neue Abschreibungen nach seinen eigenen Anschaffungskosten vorzunehmen.<sup>39</sup> Darüber hinaus sind in den monatlichen Zahlungen Zinsanteile enthalten, die beim Erwerber als Werbungskosten abgezogen werden können, soweit der Erwerber die erworbene Immobilie zu Zwecken der Einkunftszielung verwendet; beim Veräußerer führen sie insoweit zu Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Siehe BFH, BStBl II 1995, S. 169; BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Rdnr. 51.

<sup>40</sup> Vgl. bereits zu entsprechenden Konstellationen des bisherigen Rechts BFH, BStBl II 1995, S. 47; BFH, BStBl II 1996, S. 666 – auch zur Ermittlung des Zinsanteils; BMF v. 16.9.2004, IV C 3 – S 2255–354/04, DB 2004, 2182 = DStR 2004, 1696 = BStBl I 2004, S. 922 = FR 2004, 1182, Rdnr. 53 f.

Entsprechende Konstellationen können sich auch bei Kapitalgesellschaftsanteilen i. S. d. § 17 EStG, bei altrechtlichen<sup>41</sup> einbringungsgeborenen Anteilen oder bei steuerverstrickten Geschäftsanteilen als Folge von Einbringungsvorgängen gemäß §§ 20, 21 UmwStG ergeben.

**VII. Zusammenfassung**

Das Recht der Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der vorweggenommenen Erbfolge von ertragbringenden Wirtschaftseinheiten ist durch das Jahressteuergesetz 2008 wesentlich erschwert worden. Grundbesitz, gewerblich geprägte Personengesellschaften gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG und zahlreiche Fälle der Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen sind nunmehr aus dem Anwendungsbereich der dauernden Last ausgenommen. Leibrenten im Zusammenhang mit der Übertragung ertragbringenden Vermögens gegen Versorgungsleistungen können in Zukunft nicht mehr vereinbart werden. Im Übrigen bleiben bei begünstigtem Vermögen die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechts der Versorgungsleistungen grundsätzlich unverändert. Bei Übertragung nichtbegünstigten Vermögens gegen wiederkehrende Zahlungsverpflichtungen werden die Vorgänge in Zukunft hingegen als entgeltliche Rechtsgeschäfte mit potentiell steuerpflichtiger Gewinnrealisierung (§ 17 EStG, § 23 EStG) behandelt. Zusätzlich werden regelmäßig die in wiederkehrenden Leistungen enthaltenen Zinsanteile der Besteuerung unterworfen. Die Vertragsgestaltungspraxis wird regelmäßig auf Nießbrauchsrechte umstellen müssen.

<sup>41</sup> Also solche, die nach der Reform des UmwStG durch das SStEG noch aufgrund alter Einbringungsvorgänge fortbestehen, siehe dazu *Haritz*, GmbHR 2007, 169.

## Gegenleistungen in Überlassungsverträgen und ihre Behandlung im Zugewinnausgleich

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.11.2006, XII ZR 8/05<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. Jürgen Schlögél, Vilshofen

Mit dem o. g. Urteil hat der BGH seine frühere Rechtsprechung, wonach vereinbarte Gegenleistungen im Rahmen von § 1374 Abs. 2 BGB unterfallenden Zuwendungen unberücksichtigt bleiben, in einem wesentlichen Punkt geändert. Der folgende Beitrag untersucht den Inhalt der Entscheidung, seine Folgen und Reaktionsmöglichkeiten in der notariellen Praxis.

**I. Frühere Rechtsprechung des BGH**

Gemäß § 1374 Abs. 2 BGB sind Zuwendungen, die – unter anderem – „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ erfolgen, nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung ist der Gedanke, dass einerseits der die Zuwendung empfangende Ehegatte in diesen Fällen nicht zum Erwerb beigetragen hat, vor allem aber, dass die zugrundeliegende persönliche Beziehung zwischen Erwerber und Zuwendendem Grundlage

für Übertragungen von Todes wegen bzw. mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht sind, an denen der Ehegatte nicht beteiligt werden soll.<sup>2</sup> Dass der erste Aspekt für den Gesetzgeber nicht wesentlich war, zeigt die Tatsache, dass Wertsteigerungen des privilegierten Vermögens (etwa bei Immobilien) voll dem Zugewinnausgleich unterliegen, nicht jedoch die durch den Kaufkraftschwund eintretende Wertsteigerung, die herauszurechnen ist.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Vgl. BGH, MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft) unter II. 2 a) der Entscheidungsgründe.

<sup>3</sup> MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl., § 1374 Rdnr. 15.

Übertragungen im Wege vorweggenommener Erbfolge sind die Vereinbarung von Gegenleistungen verschiedenster Art (Nutzungsrechte, regelmäßige Geldzahlungen usw.) geradezu wesensimmanent, so dass sich der BGH schon wiederholt mit der Frage beschäftigt haben musste, ob und inwieweit solche Gegenleistungen, die vom Erwerber zu erbringen waren, im Rahmen der Zugewinnausgleichsberechnung zu berücksichtigen sind. Nach früherer, nicht unwidersprochen gebliebener<sup>4</sup> Rechtsprechung wollte der BGH solche Belastungen unberücksichtigt lassen, und zwar unabhängig davon, ob die Belastung bei Güterstandsende (§ 1384 BGB) noch vorhanden oder bereits erloschen ist.<sup>5</sup> Der Ehegatte habe sein Erbe von vornherein mit der sicheren Aussicht erworben, dass die Belastung wegfällt; die teilweise Verwirklichung durch das Absinken des Werts der vorbehaltenen Nutzung sei gleichfalls unter § 1374 Abs. 2 BGB zu subsumieren, da andernfalls eine – vom Gesetzgeber nicht gewünschte – Beteiligung am Erbe des Ehegatten erfolge.<sup>6</sup> Diese Rechtsprechung wurde für die Belastung mit Leibgedingsrechten (Wohnrecht, Wart und Pflege) ausdrücklich bestätigt, dabei jedoch klargestellt, dass Ausgleichszahlungen an Dritte (v. a. weichende Geschwister) hiervon nicht erfasst sind.<sup>7</sup>

## II. Rechtsprechungsänderung bzgl. geldwerter Leistungen

Diese Rechtsprechung hatte der BGH bereits im Jahre 2005 insoweit korrigiert, als es um die Einbeziehung von Geld- bzw. geldwerten Leistungen im privilegierten Vermögen ging.<sup>8</sup> Hier hatte er bereits anerkannt, dass solche Leistungen, die der Zuwendungsempfänger zu erbringen hat mit ihrem ggf. zu kapitalisierenden Wert das Anfangsvermögen i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB mindern. Der durch die Erbringung dieser Leistungen sich ergebende Wertzuwachs sei nicht unentgeltlich i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB und damit auch nicht privilegiert.<sup>9</sup>

## III. Ausweitung der geänderten Rechtsprechung auf sonstige Gegenleistungen

Eine weitere Korrektur erfolgt nunmehr durch das vorliegende Urteil, soweit nicht Leistungen betroffen sind, die aus dem eigenen Vermögen des Erwerbers zu erbringen sind, wie bei der reinen Gewährung eines Wohnungsrechts. Demnach ist nunmehr der Wert der Gegenleistung (im entschiedenen Fall des Wohnungsrechts) sowohl im Anfangsvermögen als auch im Endvermögen abzubilden, wobei auch der gleitende Erwerb durch allmähliches Absinken des Wertes der Gegenleistung zu berücksichtigen ist.

### 1. Fallbeispiel unter Zugrundelegung der früheren Rechtsprechung

Wie sich diese Rechtsprechungsänderung im konkreten Fall auswirken kann, lässt sich anschaulich wohl nur an einem konkreten Rechenbeispiel (für den Fall der Belastung durch

ein Wohnungsrecht) ersehen.<sup>10</sup> Ohne Berücksichtigung der Gegenleistung entsprechend der bisherigen Rechtsprechung wird im Ergebnis nur der reine – indexierte – Grundstücksvermögen in die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens einbezogen.

So ergibt sich beispielsweise folgende Rechnung:

Grundstück im Endvermögen:	200.000 €
Grundstück im Anfangsvermögen:	100.000 €
Indexierung durch Anstieg der Lebenshaltungskosten, unterstellt 25.000 €	125.000 €
Zugewinn:	75.000 €

Unterstellt man eine Gegenleistung (Wohnungsrecht) mit einem Wert im Endvermögen von 25.000 €, und einem Wert im Anfangsvermögen von (wiederum indexiert) 50.000 €, sieht die Berechnung wie folgt aus:

Grundstück (belastet) im Endvermögen:	175.000 €
Grundstück (indexiert, belastet) im Anfangsvermögen:	75.000 €
hierzu der Wertzuwachs (§ 1374 Abs. 2 BGB) durch den Wertverlust des Wohnungsrechts in Höhe von 25.000 €	100.000 €
Zugewinn:	75.000 €

Dies stützt auf den ersten Blick die Rechtsprechung des BGH, wonach die Nichtberücksichtigung der Gegenleistung grundsätzlich zum selben Ergebnis führt.

### 2. Berechnung anhand der geänderten Rechtsprechung

Welche konkreten Auswirkungen hat nun die geänderte Rechtsprechung? Grundlage hierzu ist die Argumentation des BGH unter Hinweis auf § 1376 Abs. 1 BGB, wonach dem Anfangsvermögen der Wert zugrunde zu legen ist, den das Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hat. Bei einem (privilegierten) Hinzuerwerb vollzieht sich der Erwerb eben nicht – sozusagen „einmalig“ bei Erlöschen der Gegenleistung bzw. bei Eheende, sondern gestreckt – gleitend – über den gesamten Zeitraum zwischen Einräumung der Gegenleistung und deren Erlöschen bzw. Beendigung des Güterstandes. „Zeitpunkt“ i. S. d. § 1376 Abs. 1 BGB ist also der gesamte vorgenannte Zeitraum. Dieser Aspekt ist bei der o. g. Betrachtung nicht berücksichtigt und wird nunmehr vom BGH verlangt, wozu jedoch – wie der BGH ausdrücklich konstatiert – regelmäßig Sachverständigengutachten erforderlich sind. Ein Nutzungsrecht – ob Nießbrauch oder Wohnungsrecht – als erhebliche, veräußerungshindernde Belastung nicht zu berücksichtigen, führt dazu, dass die – inflationsbereinigte – Wertsteigerung voll dem Zugewinnausgleich unterliegt, obwohl diese Wertsteigerung durch das Nutzungsrecht in hohem Maße absorbiert wird und erst mit zunehmender Dauer dem Zuwendungsempfänger zugute kommt.<sup>11</sup> Dem muss nach dem BGH bei der Berechnung des Anfangsvermögens Rechnung getragen werden.

Dem Vorschlag des OLG Bamberg, diesen Wertzuwachs pauschal zu schätzen, indem die Wertdifferenz, d. h. der inde-

<sup>4</sup> *Johannsen/Henrich-Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1374 Rdnr. 24 f.; *MünchKommBGB/Koch*, § 1374 Rdnr. 21.

<sup>5</sup> NJW 1990, 1793 = DNotZ 1991, 496 im Falle einer Nießbrauchbestellung; vgl. auch *Staudinger/Thiele*, BGB, 2007, § 1374 Rdnr. 23.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1990, 1793, 1794 = DNotZ 1991, 496.

<sup>7</sup> BGH, NJW 1990, 3018.

<sup>8</sup> FamRZ 2005, 1974 = DNotZ 2006, 127.

<sup>9</sup> BGH, FamRZ 2005, 1974, 1977 = DNotZ 2006, 127; so bereits *Muscheler*, FamRZ 1998, 265, 271.

<sup>10</sup> Anschaulich insofern OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607. Dem dort geschilderten Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, inwiefern – seit der BGH-Rechtsprechung aus dem Jahre 2005 nicht mehr privilegierte – Geld- bzw. geldwerte Leistungen zu erbringen waren. Wie diese anzusetzen sind, dazu nachstehend IV. 2.

<sup>11</sup> *Johannsen/Henrich-Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24.

xierte Wertverlust der Gegenleistung zwischen dem Ansatz im Anfangs- und im Endvermögen, wiederum indexiert mit dem Faktor 0,5 dem Anfangsvermögen zugeschlagen wird,<sup>12</sup> schließt sich der BGH dabei nicht ausdrücklich an.<sup>13</sup>

Regelmäßig wird dieser Wertzuwachs jedoch zu einem – im Vergleich zur bisherigen Berechnung – erhöhten Anfangsvermögen führen, so dass die Rechtsprechungsänderung insofern für den Zuwendungsempfänger zu einer Besserstellung führt.<sup>14</sup>

Unterstellt man gemäß der Schätzungsregelung des OLG im Rechenbeispiel eine Einräumung im Juni 2000 (VPI = 99,9) und einen Stichtag für die Zugewinnausgleichsberechnung im Juni 2007 (VPI = 112,3), so ergibt sich eine Indexveränderung von 12,4, so dass das Wohnungsrecht im Anfangsvermögen mit  $(50.000 \text{ €} \times 112,4 : 99,9) : 2 = 28.128,13 \text{ €}$  zu bewerten wäre. Das obige Rechenbeispiel würde daher zu folgendem Ergebnis führen:

Grundstück (belastet) im Endvermögen:	175.000 €
Grundstück (indexiert, belastet) im Anfangsvermögen:	75.000 €
zzgl. 3.128,13 €, hierzu der Wertzuwachs (§ 1374 Abs. 2 BGB) durch den Wertverlust des Wohnungsrechts in Höhe von 25.000 €	<u>103.128,13 €</u>
Zugewinn:	71.871,87 €

Der Zugewinn würde also entsprechend geringer ausfallen.

#### IV. Verbleibende Problemfelder

Das von der Sache her überzeugende Urteil wirft allerdings in einigen Punkten noch weitere Fragen auf, die einer Erörterung bedürft hätten und führt insgesamt zu schwer vermittelbaren Ergebnissen für den Rechtssuchenden.

##### 1. Wegfall der Gegenleistung während bestehender Ehe

So ist zum einen fraglich, wie der Wegfall des Rechts während bestehender Ehe in die Bewertung mit einfließt. Dem Urteil selbst ist dies nicht eindeutig zu entnehmen, wenn es unter II. 4 c) der Entscheidungsgründe heißt (Hervorhebung vom Verfasser): „Dem Erfordernis, der Berechnung des Anfangsvermögens den Wert zugrunde zu legen, den hinzuzurechnendes Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte, kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass das Wohnrecht als Grundstücksbelastung für den Anfangsvermögensstichtag und – falls es fortbesteht – auch für den Endvermögensstichtag bewertet wird. Darüber hinaus ist der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts des Wohnrechts auch für den dazwischen liegenden Zeitraum bzw. die Zeit zwischen dem Erwerb und dem Erlöschen des Wohnrechts zu bewerten, um den gleitenden Erwerbsvorgang

zu erfassen und durch entsprechende Hinzurechnung zum Anfangsvermögen vom Ausgleich auszunehmen.“<sup>15</sup>

Letztere Formulierung könnte darauf hindeuten, dass der Wegfall der Gegenleistung vor dem für den Zugewinnausgleich maßgeblichen Zeitpunkt (§ 1384 BGB) hinsichtlich des bestehenden Restwerts zur vollständigen Nichtberücksichtigung im Endvermögen führt. Dies würde – bezogen auf den Beispielfall – bedeuten, dass sich der Zugewinn des Zuwendungsempfängers entsprechend erhöht.<sup>16</sup>

Diese Betrachtung führt jedoch zu offensichtlich nicht sachgerechten Ergebnissen, da dadurch wirtschaftlich der Zuwendungsempfänger für den Wegfall während bestehender Ehe „bestraft“ würde. Ein lebzeitiger Verzicht eines Wohnungsberechtigten während bestehender Ehe würde jedoch unzweifelhaft einen weiteren privilegierten Erwerb i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB darstellen.<sup>17</sup> Auch die Überlassung ohne (im Wert absinkende) Gegenleistung würde § 1374 Abs. 2 BGB unterfallen und somit einen privilegierten Erwerb darstellen. Eine andere Beurteilung bei einem sonstigen Wegfall einer vorbehaltenen Gegenleistung – insbesondere aufgrund Ablebens des jeweiligen Berechtigten – wäre daher mit dem Sinn und Zweck der Regelung nicht zu vereinbaren. Dieser Wegfall der Gegenleistung mit ihrem Wert zu diesem Zeitpunkt ist daher zwingend und unabhängig vom Rechtsgrund des Wegfalls als weiterer privilegierter Erwerb i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB in die Berechnung mit aufzunehmen, um einen Gleichlauf zur Konstellation des Bestehenbleibens des Rechts am Endvermögensstichtag zu erreichen.

Das obige Rechenbeispiel führt dann zu folgendem Ergebnis:

Grundstück (unbelastet) im Endvermögen:	200.000 €
Grundstück (indexiert, belastet) im Anfangsvermögen:	75.000 €
hierzu der Wertzuwachs (§ 1374 Abs. 2 BGB) durch den Wertverlust des Wohnungsrechts in Höhe von $28.128,13 \text{ €}^{18} = 103.128,13 \text{ €}$ ; hierzu privilegierter Erwerb durch Wegfall der Gegenleistung in Höhe von weiteren 25.000 € (unterstellter Restwert bei Erlöschen)	<u>128.128,13 €</u>
Zugewinn:	71.871,87 €

##### 2. Bewertungsmethodik

Sofern geldwerte Gegenleistungen im Raum stehen, stellt sich weiterhin die Frage der Bewertungsmethode. Hier hatte der BGH bereits 2005 entschieden, dass diese mit ihrem ggf. zu kapitalisierenden Wert das Anfangsvermögen i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB mindern.<sup>19</sup> Ähnlich wie im Bereich des § 2325

<sup>12</sup> FamRZ 1995, 607, 609; zustimmend unter Hinweis auf § 287 Abs. 2 ZPO *Johannsen/Henrich-Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24.

<sup>13</sup> MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft) unter II. 4 c) der Entscheidungsgründe.

<sup>14</sup> Nicht richtig insofern die Einschätzung von *Schröder*, FamRZ 2007, 983, wonach die Rechtsprechungsänderung zu keinen anderen Ergebnissen führen würde. Eine Besserstellung des Zuwendungsempfängers ergibt sich jedenfalls dann, wenn man einen Wegfall der Gegenleistung während bestehender Ehe mit dem Verfasser gemäß nachstehend IV. 1 lösen will.

<sup>15</sup> Ähnlich die Formulierung in BGH, FamRZ 2005, 1974, 1977 = DNotZ 2006, 127 (Hervorhebung vom Verfasser): „*Sofern die Leistungspflicht am Ehezeitende noch fortbesteht*, mindert deren – dann auf diesen Zeitpunkt hin zu ermittelnde (niedrigere) – Wert auch das Endvermögen.

<sup>16</sup> Anfangsvermögen auf der Basis der Berechnung des OLG Bamberg (Fn. 10) wegen des vorhandenen Wohnungsrechts 103.128,13 €, Endvermögen 200.000 € (ohne Belastung), Zugewinn daher 96.871,87 €.

<sup>17</sup> So auch BGH, MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft) unter II. 3 c) der Entscheidungsgründe für den Fall des Verzichts auf Geldleistungsansprüche.

<sup>18</sup> Gemäß neuer BGH-Rechtsprechung, die Richtigkeit der Schätzung gemäß OLG Bamberg (Fn. 11) unterstellt.

<sup>19</sup> FamRZ 2005, 1974 = DNotZ 2006, 127.

BGB<sup>20</sup> ist nun zu überlegen, ob diese Kapitalisierung von der abstrakten Lebenserwartung des Zuwendenden oder von einer konkreten Berechnung ausgeht, da zum maßgeblichen Zeitpunkt (Eheende bzw. Wegfall der Gegenleistung) die tatsächlich entstandenen Kosten feststehen, auch wenn deren Ermittlung mit Schwierigkeiten verbunden sein mag. Eine Kapitalisierung aufgrund einer abstrakten Berechnung hingegen kann – je nach tatsächlicher Dauer der erbrachten Gegenleistungen – zu einer Begünstigung oder Benachteiligung des Zuwendungsempfängers führen, so dass man argumentieren könnte, dass dies mit Sinn und Zweck der §§ 1373 ff. BGB nicht vereinbar ist. Geht man daher von einer konkreten Berechnung dieser Leistungen des Zuwendungsempfängers aus, sind diese im Hinblick auf die künftige Fälligkeit entsprechend abzuzinsen.<sup>21</sup>

Der BGH hingegen scheint zu einer abstrakten Berechnung zu tendieren.<sup>22</sup> Hierfür spricht vor allem, dass nur so eine Divergenz der Berechnungsmethodik im Falle des Wegfalls während bestehender Ehe und Bestehenbleiben zum Eheende vermieden werden kann, die erst recht nicht begründbar ist.<sup>23</sup> Im Ergebnis ist daher der Tendenz des BGH zuzustimmen.

### 3. Nebenleistungen

Weitere noch nicht abzusehende Schwierigkeiten liegen in der Behandlung von Nebenleistungen vorbehaltenen Rechte, insbesondere von Wohnungsrechten. Hat sich der Übernehmer – wie häufig der Fall – zur Erbringung von Schönheitsreparaturen und ggf. auch zur Tragung der laufenden Nebenkosten (Heizung, Strom usw.) verpflichtet, so müssen diese als geldwerte Gegenleistung entsprechend der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2005<sup>24</sup> als geldwerte Gegenleistung das Anfangsvermögen des Zuwendungsempfängers – sei es in ihrer abstrakt zu berechnenden oder ihrer tatsächlich angefallenen, jeweils kapitalisierten und abgezinsten Höhe – mindern.<sup>25</sup> Dieser Aspekt wird vom BGH nicht angesprochen, wobei allerdings aus dem Urteil nicht hervorgeht, ob und inwieweit solche Gegenleistungen Inhalt des urteilsspezifischen Wohnungsrechts waren.

Ob und inwieweit eigene Arbeitsleistungen – insbesondere im Falle der Erbringung von Pflegeleistungen oder Fahrdiensten – berücksichtigt werden, bedarf ebenfalls der Klärung. Während z. T. die Ansicht vertreten wird, solche Leistungen seien nicht zu berücksichtigen,<sup>26</sup> plädieren beachtliche Stimmen in der Literatur für eine Differenzierung nach der Frage, ob

der Erwerber durch die Arbeitsleistung gehindert war, einen – sonst erlangbaren – Verdienst zu erzielen.<sup>27</sup> Nur letztere Ansicht berücksichtigt zutreffend den tatsächlichen Gewinn i. S. v. §§ 1373 ff. BGB, jedoch ist zuzugeben, dass die Ermittlung der tatsächlichen Höhe der zu berücksichtigenden Aufwendungen in der Praxis auf hohe Hürden stößt.<sup>28</sup>

### 4. Negatives Anfangsvermögen

Klarstellend ist hinzuzufügen, dass mit der Rechtsprechungsänderung der Problemfall nicht mehr eintreten kann, dass die Nichtberücksichtigung der Gegenleistung zu einem positiven Anfangsvermögen geführt hätte, die Bewertung unter Berücksichtigung dieser Gegenleistung hingegen zu einem negativen Anfangsvermögen.<sup>29</sup>

### V. Fazit

Insgesamt ist die vorstehend geschilderte Rechtsprechungsänderung zwiespältig zu betrachten. Sicherlich entspricht es der Dogmatik des Zugewinnausgleichsrechts in viel stärkerer Weise, wenn man nun mit dem BGH den „gestreckten“ Erwerb durch den Wertverlust vorbehaltenen Rechte im Rahmen privilegierter Erwerbe gemäß § 1374 Abs. 2 BGB berücksichtigt. Nur diese Sichtweise führt auch zu korrekten Ergebnissen, wenn die übrigen Verbindlichkeiten des Zuwendungsempfängers so hoch sind, dass das Anfangs- und/oder Endvermögen bei Außerachtlassung des vorbehaltenen Nutzungsrechts positiv, bei Berücksichtigung jedoch negativ wäre.<sup>30</sup>

Für den Laien – und damit für den Ratsuchenden, der sich rechtliche Klärung durch den Notar erhofft – wird dieses Ergebnis aber nur schwer nachvollziehbar sein. Dies betrifft weniger die Berücksichtigung geldwerter Gegenleistungen als vielmehr die – durch Sachverständige zu erbringende – konkrete Berechnung des „gestreckten“ privilegierten Erwerbs bei vorbehaltenen Nutzungsrechten. Denn aus einer rein tatsächlichen Betrachtung heraus wird er zum Ergebnis gelangen, dass ein echter „spürbarer“ Wertzuwachs erst mit dem endgültigen Wegfall der vorbehaltenen Nutzung – ob Nießbrauch oder Wohnungsrecht – eintritt. Ihm wird nur schwer zu vermitteln sein, dass im Scheidungsfall – ggf. auch im Todesfall bei Anwendung der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs. 2 BGB – der dazwischenliegende Wertzuwachs durch ein teures und streitanfälliges Sachverständigen-gutachten zu ermitteln ist. Aus diesem Aspekt heraus ist die Rechtsprechungsänderung eher kritisch zu beurteilen. Dies würde umso mehr gelten, wenn – entgegen der Ansicht des Verfassers – die Wertsteigerung durch den Wegfall der Gegenleistung während bestehender Ehe durch das Ableben des Nutzungsberechtigten nicht unter § 1374 Abs. 2 BGB subsumiert würde.<sup>31</sup>

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise bei *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2325 Rdnr. 20 a. E.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu BGH, MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft) unter II. 2 b) der Entscheidungsgründe.

<sup>22</sup> MittBayNot 2007, 129 (in diesem Heft) unter II. 2 b) der Entscheidungsgründe; im entschiedenen Fall war eine Rentenzahlungspflicht bis 31.5.2001 vereinbart und der Scheidungsantrag im Jahre 1997 bei Gericht anhängig gemacht worden. Die Zahlungspflicht wurde vom BGH für den vollständigen Zeitraum bis 31.5.2001 (kapitalisiert und abgezinst) als das Anfangsvermögen wertmindernder Faktor angesetzt.

<sup>23</sup> Besteht die Gegenleistungspflicht zum Stichtag (§ 1384 BGB) noch, ist nach nunmehriger Rechtsprechung des BGH dessen Anfangs- und Restwert (selbstverständlich abstrakt) als wertmindernder Faktor zu berücksichtigen.

<sup>24</sup> FamRZ 2005, 1974 = DNotZ 2006, 127.

<sup>25</sup> So bereits *Muscheler*, FamRZ 1998, 265, 271; MünchKommBGB/Koch, § 1374 Rdnr. 21.

<sup>26</sup> OLG Schleswig, FamRZ 1991, 943.

<sup>27</sup> *Muscheler*, FamRZ 1998, 265, 271, Fn. 43; MünchKommBGB/Koch, § 1374 Rdnr. 21.

<sup>28</sup> Insbesondere Pflegeleistungen werden tatsächlich im Regelfall erst Jahre nach der Übertragung erbracht, dürfen also nicht von vornherein als Abzugsposten berücksichtigt werden. Weiter unterliegt der Pflegeaufwand selbst Schwankungen durch einen sich ändernden Gesundheitszustand oder einen Heimaufenthalt des Zuwendenden.

<sup>29</sup> Hierzu *Johannsen/Henrich-Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24 a.

<sup>30</sup> So zu Recht schon vor der Rechtsprechungsänderung die Kritik von *Johannsen/Henrich-Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24 a.

<sup>31</sup> Hierzu siehe oben III. 1.

## VI. Folgerungen für die notarielle Praxis

Der Rechtsanwender kann – wie stets – den vorstehend geschilderten Unsicherheiten auf zweierlei Arten begegnen: Er kann – wenn der Zuwendungsempfänger im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt, als vorsichtiger Gestalter auch wenn er ledig und eine Heirat nicht auszuschließen ist – einen Hinweis in die Urkunde aufnehmen.<sup>32</sup>

Sofern die Beteiligten individuellen Regelungsbedarf sehen, bietet es sich – vorstehendem Kritikpunkt folgend – an, durch ehevertragliche Vereinbarungen ein etwa vorbehaltenes Nutzungsrecht insgesamt aus dem Zugewinn auszunehmen, um i. E. den status quo der Rechtsprechung vor der besprochenen Änderung herbeizuführen. Dieses Ergebnis wird m. E. der

<sup>32</sup> Vorschlag: „Der Notar hat auf die Berücksichtigung der in dieser Urkunde vereinbarten Gegenleistungen im güterrechtlichen Zugewinnausgleich im Falle einer Beendigung der Ehe des Übernehmers hingewiesen; ehevertragliche Regelungen sind hierzu vom Übernehmer ausdrücklich nicht gewünscht.“ Eine Hinweispflicht des Notars im haftungsrechtlichen Sinne ist hingegen kaum anzunehmen.

wirtschaftlichen Betrachtung der Beteiligten am ehesten entsprechen<sup>33</sup> und ist bei „reinen“ Nutzungsrechten mit keinem oder nur geringem Kapitaleinsatz des Übergebers sachgerecht. Sind geldwerte Gegenleistungen im Zuwendungsvertrag vereinbart, wird die Gestaltung von der individuellen Situation abhängig sein. Können die Gegenleistungen aus den Erträgen des privilegierten Vermögens erwirtschaftet werden (etwa die Überlassung eines Mietshauses gegen dauernde Last), spricht viel dafür, diesbezüglich eine Kürzung des Anfangsvermögens auszuschließen. Andernfalls könnte überlegt werden, pauschale Vereinbarungen zu treffen, um den oben geschilderten Unwägbarkeiten und Berechnungsschwierigkeiten zu begegnen, etwa durch die Vereinbarung einer konkreten Summe pro Jahr des Bestehens der Gegenleistung, um die das Anfangsvermögen korrigiert wird. Wie stets ist es hier Aufgabe des Notars, durch gründliche Sachverhaltsanalyse einen sachgerechten Lösungsvorschlag zu erarbeiten.

<sup>33</sup> Hierbei ist jedoch darauf zu achten, durch diese Vereinbarung keine Verschiebung von negativem zu positivem Anfangsvermögen zu bewerkstelligen.

# Bayerische Bauordnung 2008 – Was ändert sich in der notariellen Praxis?

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

Die Bayerische Bauordnung 2008 verwirklicht nunmehr auch im materiellen Recht den Grundsatz der Eigenverantwortung des Bauherrn. Der nachfolgende Beitrag enthält einen Überblick über die für die notarielle Praxis bedeutsamen Änderungen.

## 1. Der Abschluss der gestuften Bauordnungsnovelle

Am 1.1.2008 ist die BayBO 2008 in Kraft getreten. Damit ist die Novellierung des Bauordnungsrechts in Bayern nach den Reformen von 1994 und 1998 mit einem dritten Schritt zu einem vorläufigen Abschluss gekommen.<sup>1</sup> Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 47 Abs. 2 Satz 1, Art. 53 Abs. 2 Satz 1 und Art. 80 Abs. 1 bis 6 BayBO sowie die Ermächtigung zum Erlass örtlicher Bauvorschriften in Art. 6 Abs. 7 und Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BayBO traten bereits am 1.9.2007 in Kraft. Deshalb konnten Gemeinden schon im Vorgriff auf die grundsätzlich entfallende Prüfung der Erfüllung der Stellplatzpflicht durch die Bauaufsichtsbehörde entsprechende Satzungen erlassen, um so diesbezügliche Pflichten bereits zum 1.1.2008 zu begründen.<sup>2</sup> Für den Grundstücksverkehr und folglich auch für die notarielle Praxis hat die Reform zahlreiche Konsequenzen.

<sup>1</sup> Siehe dazu Jäde, BayGT 2007, 504 u. ders./Famers, BayVBl 2008, 33.

<sup>2</sup> Vgl. § 4 Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und Änderungsgesetz vom 24.7.2007 (GVBl 499, 531).

## 2. Das geänderte Abstandsflächenrecht

Für die notarielle Praxis ist das geänderte und in Art. 6 BayBO zusammengefasste Abstandsflächenrecht<sup>3</sup> von Bedeutung. Es lässt der einzelnen Gemeinde die Möglichkeit, für das ganze Gemeindegebiet oder Teile davon für das Abstandsflächenrecht der Musterbauordnung 2002 mit kleinen Abweichungen zu optieren (Art. 6 Abs. 7 BayBO) und so die erforderlichen Abstandsflächen auf die sicherheitsrechtlichen Mindeststandards zu reduzieren.<sup>4</sup> § 6 MBO 2002 verkürzt das Abstandsflächenrecht grundsätzlich auf 0,4 H, mindestens 3 m. In Gewerbe- und Industriegebieten genügt sogar eine Tiefe von 0,2 H, mindestens 3 m. Von den Außenwänden von Wohngebäuden der Gebäudeklassen 1 und 2 mit nicht mehr als drei oberirdischen Geschossen sind als Tiefe der Abstandsfläche 3 m ausreichend.<sup>5</sup> Die Abweichungen nach bayerischem Recht betreffen Vorbauten und Wohngebäude der Gebäudeklassen 1 und 2 (= freistehende Gebäude, auch als Doppelhäuser und Hausgruppen) mit nicht mehr als drei oberirdischen Geschossen.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Zu seiner Funktion vgl. BayVGh, BayVBl 2000, 562; vgl. auch BayVGh, BayVBl 2004, 369 und Jäde/Famers, BayVBl 2008, 33, 43.

<sup>4</sup> Vgl. Jäde, Musterbauordnung (MBO 2002), 2003, S. 44 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Jäde, Musterbauordnung (MBO 2002), S. 35 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Jäde, BayGT 2007, 504; Boeddinghaus, BauR 2008, 35.

Die Verpflichtung zur Freihaltung der Abstandsflächen gilt nicht nur für Gebäude, sondern auch für bauliche Anlagen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 BayBO). Entscheidend ist der Zweck des Abstandsflächenrechts. Deshalb sind die Größe, das Material und die Funktion der betreffenden Anlage von Bedeutung. Wirkungen wie von einem Gebäude können auch von Aufschüttungen, größeren Werbetafeln, erhöhten Terrassen, Masten und von Windkraftanlagen ausgehen.<sup>7</sup> Art. 6 Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 BayBO nimmt Stützmauern und Einfriedungen unabhängig von ihrer Breite bis zu einer Höhe von 2 m von der Verpflichtung zur Einhaltung von Abstandsflächen ausdrücklich aus. Keine Abstandsflächen brauchen unterirdische Anlagen und Gebäude einzuhalten.<sup>8</sup>

Die Pflicht zur Einhaltung von Abstandsflächen besteht nicht nur bei der Neuerrichtung von Gebäuden, sondern auch bei der Änderung von bestehenden Gebäuden. Betroffen sind auch bestandsgeschützte Gebäude, die mit dem geltenden Abstandsflächenrecht nicht mehr in Einklang stehen. Bei einer Neuerrichtung oder baulichen Erweiterung müssen die Vorschriften des Abstandsflächenrechts jedenfalls dann eingehalten werden, wenn durch die Änderung bei natürlicher Betrachtungsweise eine neue bauliche Anlage entsteht.<sup>9</sup> Gleiches gilt für Nutzungsänderungen, wenn bisher abstandsflächenrechtlich „privilegierte“ Nutzungen geändert werden sollen. Beispiel hierfür ist die Nutzungsänderung einer Grenzgarage zu einem Wohnraum.<sup>10</sup> Die Genehmigungsfähigkeit hängt im Regelfall von der Übernahme der Abstandsfläche durch den Nachbarn ab.

Die weiterhin gegenüber der Baubehörde und ohne Grundbucheintragung mögliche Abstandsflächenübernahme,<sup>11</sup> die auch Einzelrechtsnachfolger bindet, findet sich nun in Art. 6 Abs. 2 Satz 3 BayBO. Aufgrund der fehlenden Genehmigungspflicht von Grundstücksteilungen orientieren sich die Abstandsflächen häufig nicht mehr an den Grundstücksgrenzen, sondern nach dem notwendigen Abstand zwischen Gebäuden. Die schriftliche Abstandsflächenübernahme<sup>12</sup> auf ein Nachbargrundstück, die – was häufig verkannt wird – über eine einfache Nachbarzustimmung (Art. 66 Abs. 1 BayBO) hinaus geht, betrifft nur ein konkretes Bauvorhaben. Eine isolierte Abstandsflächenübernahme gleichsam auf Vorrat ist weiterhin lediglich durch eine Dienstbarkeit möglich.<sup>13</sup> Diese ist zudem alternativ zur Erklärung gegenüber der Baubehörde stets möglich. Bei der Übernahme der Abstandsfläche durch eine Dienstbarkeit sollte der Nachbar, der die Abstandsfläche übernimmt, darauf hingewiesen werden, dass bei etwaigen späteren Bauvorhaben zusätzliche Abstandsflächen eingehalten werden müssen. Eine Überdeckung der Abstandsflächen des Bauvorhabens des Bauherrn und des künftigen Bauvorhabens des Nachbarn ist, sofern die Bayerische Bauordnung diese nicht ausnahmsweise gestattet, nicht zulässig. Die Übernahme der Abstandsflächen der Musterbauordnung durch örtliche Bauvorschrift bedeutet eine andere Methode der Ermittlung der Abstandsflächen, insbesondere für Giebelabstands-

flächen, und die Verkürzung der Abstandsflächentiefe unter Wegfall des sogenannten 16-Meter-Privilegs.

Gestrichen wurde die bisherige Regelung, wonach von der Bauaufsichtsbehörde eine Grenzbebauung zugelassen oder verlangt werden konnte, wenn zwar nach planungsrechtlichen Gründen nicht an die Grenze gebaut werden durfte, aber auf dem Nachbargrundstück eine Grenzbebauung vorhanden war. Gleiches gilt für die umgekehrte Regelung, wonach bei geschlossener Bauweise die Einhaltung von Abstandsflächen gestattet oder verlangt werden konnte, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gebäude mit Grenzabstand existierte.

### 3. Übernahme von Kinderspielplätzen

Kinderspielplätze sind bei einer Errichtung von Gebäuden mit mehr als drei Wohnungen erforderlich. Sie müssen auf dem Baugrundstück liegen. Die Übernahme auf ein „in unmittelbarer Nähe“ gelegenes Grundstück mit grundbuchmäßiger Sicherung ist jedoch weiterhin zulässig (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BayBO). Alternativ kann entsprechend der bisherigen Regelung eine „Ablösung“ erfolgen, auch wenn dies das Gesetz nicht mehr explizit vorsieht.<sup>14</sup>

### 4. Stellplatzpflicht zwischen Privatisierung und Kommunalisierung

Art. 47 BayBO hält zwar an dem bauordnungsrechtlichen Grundsatz fest, dass bei der Errichtung von Anlagen, bei denen ein Zu- oder Abfahrtsverkehr zu erwarten ist, Stellplätze herzustellen sind. Die Ermittlung des Umfangs der Stellplatzpflichten legt der Gesetzgeber nunmehr aber in die Verantwortung des Bauherrn. Die Prüfung des Stellplatznachweises erfolgt im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren (Art. 59 Satz 1 BayBO) grundsätzlich nicht mehr. Die Prüfung findet jedoch dann statt, wenn die Gemeinde eine Stellplatzsatzung (Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 BayBO) erlassen hat.

Die Zahl der notwendigen Stellplätze wird künftig in der Garagen- und Stellplatzverordnung (GaStellV, bisher GaV) geregelt. Sie enthält nur Mindestwerte und steht unter dem Vorbehalt nach oben oder unten abweichender Festlegungen durch die Gemeinde in der vorerwähnten Stellplatzsatzung. Der Bauherr kann die Stellplatzpflicht auf dem Baugrundstück oder auf einem nahe gelegenen Grundstück, wenn dessen Benutzung für diesen Zweck gegenüber dem Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde rechtlich gesichert ist, erfüllen (Art. 47 Abs. 3 Nr. 2 BayBO). Die Herstellung in der Nähe des Baugrundstücks setzt voraus, dass das „dienende“ Grundstück in einer maximalen fußläufigen Entfernung von ca. 300 m liegt.<sup>15</sup> Die Sicherung erfordert eine entsprechende Grunddienstbarkeit und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Trägers der Bauaufsichtsbehörde.<sup>16</sup> Schuldrechtliche Verpflichtungen sind nicht ausreichend.<sup>17</sup>

<sup>7</sup> Vgl. *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, 3. Aufl. 2007, Art. 6 Rdnr. 3 m. w. N.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 BayBO.

<sup>9</sup> *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 6 Rdnr. 3.

<sup>10</sup> Vgl. BayVGH, BayVBI 1990, 500.

<sup>11</sup> Krit. hierzu *Mayer*, BayVBI 1995, 257.

<sup>12</sup> Die elektronische Form (§ 126 a BGB) genügt nicht (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BayBO). Dies gilt erst recht für eine E-Mail (unklar *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 6 Rdnr. 6).

<sup>13</sup> BayVGH, Fundstelle Bayern 2003, 227 und *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 6 Rdnr. 6.

<sup>14</sup> So ausdrücklich *Jäde*, BayGT 2007, 504, 505 u. *ders.*, BayBO 2008 von A–Z, 2007, Rdnr. 109. Vgl. auch *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 8 Rdnr. 2.

<sup>15</sup> *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 47 Rdnr. 7.

<sup>16</sup> Vgl. das Muster in *Simon/Busse*, BayBO, Art. 52 Rdnr. 128 und modifiziert in diesem Beitrag, bestätigt vom LG München II, Mitt-BayNot 2006, 502.

<sup>17</sup> *Busse/Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 7 Rdnr. 7; a. A. *Jäde* in *Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiss*, BayBO, Art. 52 Rdnr. 108, der eine Grunddienstbarkeit und eine schriftliche Verpflichtung des Bauherrn mit Weitergabeverpflichtung als ausreichend ansieht, was aber bei einer übersehenen Weitergabe zu einer Baurechtswidrigkeit führt.

Gleichwertig mit der Realherstellung von Stellplätzen auf dem Baugrundstück oder einem Nachbargrundstück ist deren Ablösung (Art. 47 Abs. 3 Nr. 3 BayBO). Voraussetzung ist nicht mehr, dass die Herstellung unmöglich ist.<sup>18</sup> Dem Bauherrn steht deshalb ein Wahlrecht zu, ob er die Stellplätze herstellen oder ablösen will. Die Ablösungsalternative setzt allerdings voraus, dass sich der Bauherr und die Gemeinde hierüber einig sind, da hierzu ein Vertrag erforderlich ist. Dessen Abschluss soll im gemeindlichen Ermessen stehen.<sup>19</sup> Allerdings können sich aufgrund des Gleichheitssatzes Bindungen ergeben. Die Gemeinde unterliegt bei der Verwendung der Ablösungszahlungen weniger strengen Bindungen als bisher (Art. 47 Abs. 4 BayBO).

## 5. Weitere Änderungen

Schließlich ist auf Erleichterungen bei der Genehmigungs-freistellung und im Vereinfachten Baugenehmigungsverfahren hinzuweisen. Die Genehmigungsfreistellung ist bis zur Sonderbautengrenze erweitert, wobei die Gemeinde durch örtliche Bauvorschrift (Art. 81 Abs. 2 BayBO) die Anwendbarkeit auf bestimmte handwerkliche und gewerbliche Bauvorhaben ausschließen kann.<sup>20</sup> Bei verfahrensfreien Bauvorhaben entscheiden künftig nicht mehr die Baubehörden, sondern die Gemeinden über Abweichungen (Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO). Die Genehmigung erfolgt durch die Gemeinde in eigener Zuständigkeit.<sup>21</sup>

Art. 73 Abs. 5 BayBO eröffnet das Zustimmungsverfahren für Bauvorhaben, die von einer öffentlichen Baudienststelle geplant und überwacht werden, auch den Landkreisen und Gemeinden, soweit sie über eine qualitativ derjenigen einer Baudienststelle entsprechende personelle Besetzung verfügen. Das Zustimmungserfordernis entfällt, wenn die Nachbarn dem Bauvorhaben des Landkreises oder der Gemeinde zustimmen (Art. 73 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 BayBO). Die Landkreise und Gemeinden können dann unter dieser Voraussetzung genehmigungsfrei bauen. Die Zustimmung kann beispielsweise auch anlässlich des Grundstücksverkaufs vom Erwerber als künftigen Nachbarn erteilt werden. Keiner Baugenehmigung, Genehmigungsfreistellung oder Zustimmung bedürfen Baumaßnahmen in oder an bestehenden Gebäuden der Landkreise und Gemeinden, soweit sie nicht zur Erweiterung des Bauvolumens oder zu einer der Genehmigungspflicht unterliegenden Nutzungsänderung führen (Art. 73 Abs. 1 Satz 4 BayBO).

Nach der bisherigen Regelung durften Bauaufsichtsbehörden und Gemeinden Ort und Straße einer Baustelle, Art und Größe des Bauvorhabens sowie Name und Anschrift des Bauherrn und des Entwurfsverfassers nur veröffentlichen oder an

Dritte zum Zwecke der Veröffentlichung übermitteln, wenn der Betroffene der Veröffentlichung nicht widersprochen hatte. Hierauf war der Betroffene bei der Bauantragstellung hinzuweisen (Art. 84 BayBO 1998). Ein positives Einverständnis war nicht erforderlich.<sup>22</sup> Diese Vorschrift wurde ersatzlos gestrichen. Dies bedeutet, dass die Bekanntgabe von Bauvorhaben künftig grundsätzlich unzulässig ist.<sup>23</sup>

### Formulierungsvorschlag für eine Stellplatzdienstbarkeit:

1. Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flst. Nr. ... der Gemarkung ... , vorgetragen im Grundbuch des Amtsgerichts ... von ... Band ... Blatt ... des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks sowie die von diesem ermächtigten Nutzer des herrschenden Grundstücks berechtigt sind, die im beigefügten Lageplan farblich gekennzeichneten Kraftfahrzeug-Abstellplätze unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks zum Abstellen von Kraftfahrzeugen zu benutzen sowie die Zu- und Abfahrt und die Zu- und Abwege zu diesen Stellplätzen entsprechend mitzubeneutzen.

Der Lageplan, auf den verwiesen wird, wurde den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt und von ihnen genehmigt. Er ist mitauszufertigen.

Zum Unterhalt der Stellplätze ist der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks verpflichtet; zum Unterhalt der Zu- und Abfahrt sowie der Zu- und Abwege sind nur die jeweiligen Eigentümer der beteiligten Grundstücke nach dem Verhältnis der ihnen auf dem dienenden Grundstück zur Benutzung zustehenden Stellplätze verpflichtet. Dies gilt auch für die Verkehrssicherungspflicht.

2. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten [Träger der Bauaufsichtsbehörde] des Inhalts, dass im Interesse der Berechtigten der Grunddienstbarkeit die in Ziff. 1. bezeichneten Kraftfahrzeugstellplätze unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks zum Abstellen von Kraftfahrzeugen benutzt und die entsprechende Zu- und Abfahrt sowie die Zu- und Abwege mitbenutzt werden dürfen, und zwar von dem Berechtigten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und den von diesem ermächtigten Personen im Interesse der Berechtigten der Grunddienstbarkeit.

Den Berechtigten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit treffen keinerlei Pflichten, insbesondere keinerlei Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten.

Die vorbestellten Dienstbarkeiten erhalten untereinander Gleichrang sowie Rang ...

Eventuell Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen Duldungspflicht und Verjährungsregelung.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 47 Rdnr. 7.

<sup>19</sup> Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 47 Rdnr. 7 a. E. Vgl. auch Jäde/Famers, BayVBl 2008, 33, 47.

<sup>20</sup> Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 64 Rdnr. 3.

<sup>21</sup> Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 63 Rdnr. 1.

<sup>22</sup> Schwarzer/König, BayBO, 3. Aufl. 2000, Art. 85 Rdnr. 1.

<sup>23</sup> Ebenso Jäde, BayGT 2007, 504, 509.

<sup>24</sup> Ausführlich Grziwotz in Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 2005, 6. Teil Rdnr. 28.

# Die Kostenrechtsprechung des OLG München im Jahre 2007

## – Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am OLG München *Richard Wimmer*, Haar bei München

Der Überblick umfasst Entscheidungen des 32. Zivilsenats des OLG München zum Notarkostenrecht, aber auch zu den Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Der Verfasser gehört als Berichterstatter für Kostensachen dem für Notarkostensachen zuständigen 32. Zivilsenat seit 16.8.2005 an. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die über den bloßen Wortlaut hinausgehen.

### 1. Beschluss vom 10.8.2007, 32 Wx 75/07

Fundstellen: MittBayNot 2007, 523; OLG-Report München 2007, 854

#### Geschäftswert für die Beurkundung bzw. die Beglaubigung eines Löschantrags nach Anwachsung auf den letzten Gesellschafter einer GbR

Nachdem der BGH die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angenommen hat, ergab sich die Frage, welcher Geschäftswert für die Beurkundung bzw. Beglaubigung eines Löschantrags zugrunde zu legen ist, wenn nach Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Anteil dem letzten Gesellschafter anwächst. Der Notar wollte den vollen Wert ansetzen, während sich die Notarkasse für die entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 2 KostO aussprach. Der Senat hat entschieden, dass für die Beurkundung, den Entwurf oder die Beglaubigung eines Antrags auf Löschung des ausscheidenden Gesellschafters im Grundbuch und des Vermerks „als Gesellschafter einer GbR“ die Gebühr nur aus dem Geschäftswert zu berechnen ist, welcher dem Gesellschaftersanteil des ausscheidenden Gesellschafters entspricht.

### 2. Beschluss vom 23.8.2007, 32 Wx 126/07 (nicht veröffentlicht)

#### Kostenübernahme im Vertrag stellt nicht immer Kostenübernahme nach § 3 Nr. 2 KostO dar

Ein Kaufinteressent ließ ein Kaufangebot für ein Grundstück der Beteiligten beurkunden. Er verpflichtete sich, die Kosten des Vertrags und seiner Durchführung zu übernehmen. Nach Beurkundung der Annahme durch einen anderen Notar auf Veranlassung des Verkäufers stellte sich heraus, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen war. Gleichwohl stellte der die Annahme beurkundende Notar dem Anbietenden im Hinblick auf seine Übernahmeerklärung die Kosten für die Beurkundung der Annahmeerklärung in Rechnung. In einer nichtveröffentlichten Entscheidung stellte der Senat klar, dass eine Kostenübernahme nach § 3 Nr. 2 KostO ausdrücklich dem Notar gegenüber mündlich oder schriftlich abgegeben werden<sup>1</sup> und durch unbedingte, unbefristete und unwiderrufliche Erklärung erfolgen muss.<sup>2</sup> Eine Vereinbarung in einem Vertrag regelt grundsätzlich nur die Kostenübernahme zwischen den Vertragsparteien, wenn nicht im Einzelfall die Auslegung der Erklärung etwas anderes ergibt.<sup>3</sup> Wenngleich die Auslegung von Erklärungen dem Tatrichter vorbehalten bleibe, habe das Gericht der weiteren Beschwerde die vorgenom-

mene Auslegung jedoch daraufhin zu überprüfen, ob sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich sei, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang stehe, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspreche und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt, wozu auch der Grundsatz der interessengerechten Auslegung gehöre.<sup>4</sup> Nach interessengerechter Auslegung will aber der Erklärende nur Kosten übernehmen, wenn ein Vertrag zustande komme. Deshalb hat der Senat die Rechnung und die anderslautende Entscheidung des LG aufgehoben.

### 3. Beschluss vom 4.9.2007, 32 Wx 104/07

Fundstelle: MittBayNot 2008, 152 mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* (in diesem Heft)

#### Geschäftswert bei Beurkundung eines Kaufvertrags zur Vermeidung einer Enteignung

Werden zur Vermeidung einer Enteignung Grundstücke verkauft, wird häufig vereinbart, dass der Käufer neben einem dem Grundstückswert entsprechenden Kaufpreis an den Verkäufer eine Nutzungsentschädigung für die Zeit der vorzeitigen Besitzeinweisung oder vorzeitigen Besitzüberlassung bezahlt, die durch Verzinsung des vereinbarten Kaufpreises ab dem Zeitpunkt des Besitzübergangs auf den Enteignungsbegünstigten ermittelt wird. Dient die Beurkundung eines Kaufvertrags ausdrücklich der Vermeidung der Enteignung, so bleibt diese in den Kaufvertrag aufgenommene Nutzungsentschädigung bei der Bemessung des Geschäftswerts nach § 18 Abs. 2 KostO außer Betracht.

### 4. Beschluss vom 4.9.2007, 32 Wx 114/07

Fundstelle: MittBayNot 2008, 154 mit Anmerkung *Wolfsteiner* (in diesem Heft); FG Prax 2007, 293

#### Zusätzliche Gebühr für Übersendung einer Löschantragsbewilligung an Dritten nach Unterschriftsbeglaubigung

Übersendet der Notar eine Löschantragsbewilligung, für die er eine Unterschrift beglaubigt hat, an den nicht mit dem Unterschreibenden identischen Begünstigten zum Zweck der Eintragung im Grundbuch, erhält er neben der Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO nach Auffassung des Senats auch eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO.

### 5. Beschluss vom 20.9.2007, 32 Wx 138/07

Fundstelle: MittBayNot 2008, 156 (in diesem Heft)

#### Geschäftswert für Eintragung eines Wohnungsbesetzungsrechts für Bahnwohnungen

Eine bahneigene Wohnungsbaugesellschaft bestellte im Zusammenhang mit der Begründung von Wohnungseigentum

<sup>1</sup> OLG Stuttgart, BWNotZ 1986, 90.

<sup>2</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., § 3 Nr. 2 KostO Rdnr. 4.

<sup>3</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, § 3 Nr. 2 KostO Rdnr. 5 m. w. N.; OLG Stuttgart, BWNotZ 1986, 90; vgl. auch BayObLG, DNotZ 1985, 563.

<sup>4</sup> *Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 49 m. w. N.

und dem Verkauf von „Bahnwohnungen“ ein Wohnungsbesetzungsrecht als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Bundeseisenbahnvermögens, welches zugunsten von Bahnbediensteten ausgeübt werden kann. Das Grundbuchamt setzte den Geschäftswert die Eintragung dieses Rechts in Höhe von 20% des Immobilienwerts fest. Das LG änderte die Geschäftswertfestsetzung auf 3.000 € ab. Der Senat wies die zugelassene weitere Beschwerde zurück. Steht nämlich die Eintragung eines Wohnungsbesetzungsrechts nicht im Zusammenhang mit der Gewährung eines Aufwendungszuschusses oder eines zinsverbilligten Darlehens oder mit der Verpflichtung zur verbilligten Vermietung der Wohnung, ist der Geschäftswert für die Eintragung dieses Rechts nach § 30 Abs. 2 KostO regelmäßig auf 3.000 € festzusetzen.<sup>5</sup> Hohe Grundstückswerte können bei der Frage der Erhöhung nach § 30 Abs. 2 Satz KostO mit einer angemessenen Quote berücksichtigt werden.

#### **6. Beschluss vom 4.12.2007, 32 Wx 190/07 (nicht veröffentlicht)**

##### **Geschäftswert für die Eintragung einer Auflassung für ein mit Schadstoffen kontaminiertes, bisher von den US-Streitkräften genutztes Grundstück an einen Golfclub zur Sportnutzung**

Die BRD verkaufte an einen Golfclub ein mit Schadstoffen kontaminiertes, bisher von den US-Streitkräften genutztes, im

Innenbereich i. S. d. § 34 BauGB gelegenes aber nicht überplantes Grundstück zum Kaufpreis von 0,20 €/m<sup>2</sup>, der sich ausschließlich auf Grund und Boden bezog. Sämtliche vorhandenen Gebäude und Aufbauten inklusive der Außenanlagen hatten nach Angabe der Vertragsteile keinen positiven Wert mehr. Abbruchkosten und Wertminderungen waren in Höhe von insgesamt 1,17 €/m<sup>2</sup> pauschal berücksichtigt. Zum Abbruch der baulichen Anlagen war der Käufer verpflichtet. Das Grundbuchamt setzte den Geschäftswert für die Eintragung der Auflassungsvormerkung auf 4 €/m<sup>2</sup> fest, da eine bauliche Nutzung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten war und das Gelände insgesamt als Sportplatzgelände zu bewerten sei. Nach erfolgloser Beschwerde legte der Bezirksrevisor die zugelassene weitere Beschwerde ein, mit der er die Festsetzung des Geschäftswertes auf 40 €/m<sup>2</sup> erstrebte. Er ging hierbei von den Bodenrichtwerten für Bauerwartungsland abzüglich eines Sicherheitsabschlages aus. Der Senat wies die weitere Beschwerde zurück. Ist bei der Festsetzung des Geschäftswertes für Grundbucheintragungen der gemeine Wert maßgebend, ist nicht die beabsichtigte Nutzung, sondern vielmehr die mögliche und wirtschaftlich vernünftige Nutzung zugrunde zu legen. Bei einem kontaminierten Grundstück kann in der Regel nicht von den Bodenrichtwerten für Bauland oder Bauerwartungsland ausgegangen werden, selbst wenn es im Innenbereich i. S. d. § 34 BauGB liegt, aber wegen der Kontamination eine Baunutzung wirtschaftlich nicht vernünftig erscheint und daher in näherer Zukunft nicht zu erwarten ist. Bei der Schätzung sind dann andere Vergleichswerte für mögliche wirtschaftlich vernünftige Nutzungen heranzuziehen und ein angemessener Abschlag wegen etwaiger Nutzungseinschränkungen zu machen.

<sup>5</sup> Im Anschluss an KG, DNotZ 1969, 49; OLG Oldenburg, Rpfleger 1994, 273.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Hügel: Grundbuchordnung. Beck, 2007. 1408 S., 98 €

Im Sinne von *Niklas Luhmann* (Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 1144) mag man der Ansicht sein, die Paradoxie sei die Orthodoxie unserer Zeit. Mit dieser Erkenntnis lässt sich jedenfalls der von *Hügel* nun in Buchform erschienene Online-Kommentar zur Grundbuchordnung einordnen. Paradigmatisch für die immer vielfältigere Durchdringung aller Rechtsgebiete zeigt das zu besprechende Werk, dass Neuerscheinungen regelmäßig zwar den vorhandenen Rechtsstand zusammenfassend abrunden, nur vereinzelt aber kritische Impulse für die notwendige Fortentwicklung des Rechts geben.

Eröffnend heißt es im Vorwort des Herausgebers, der neue Kommentar bringe reichlich mit. Richtig ist, dass neben einer klassischen, sehr sorgfältigen Kommentierung der Grundbuchordnung teils umfangreiche und äußerst hilfreiche Übersichtsdarstellungen geboten werden, beispielsweise von *Hügel* verfasst zu Verfügungsbeschränkungen (22 Seiten), seitens *Reetz* bearbeitet zur Vertretungsmacht (47 Seiten), von *Wilsch* geschrieben zur Pfändung im Grundbuchverfahren (15 Seiten), und jeweils von *Zeiser* behandelt die internationalen Bezüge (69 Seiten) und „alten Rechte“ (47 Seiten). In ähnlicher Weise hat sich dieses Konzept integrierter Querschnittsdarstellungen bereits in anderen Kommentaren bewährt, beispielsweise bei *Bauer/von Oefele* (Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2006). Teils begegnet jedoch der im Grundbuchrecht verbreitete affirmative Umgang mit dem vorhandenen Rechtsprechungsmaterial Bedenken, da er letztendlich eine kritisch fortschreitende Rechtsentwicklung nicht fördert. Idealerweise sollten vorhandene Gerichtsentscheidungen und Literaturbeiträge im Rahmen eines Kommentars so fortentwickelt werden, wie es einer geordneten Rechtspflege zum Vorteil gereicht. Ansätze in diese Richtung sind im vorliegenden Werk zwar erkennbar, bislang jedoch nicht konsequent genug umgesetzt worden, wie die folgenden wahllosen Beispiele verdeutlichen:

Nicht immer wird in der Praxis der von *Reetz* (Übersicht zur Vertretungsmacht, Rdnr. 51) zutreffend mitgeteilte Umstand beachtet, dass § 181 BGB keine Anwendung auf verfahrensrechtliche Erklärungen findet, mithin also nicht für Handelsregisteranmeldungen und grundbuchmäßige Bewilligungen gilt. Ob allerdings die anschließend in Rdnr. 52 berichtete Auffassung überzeugt, dass ein nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter organschaftlicher Vertreter einen Bevollmächtigten keinesfalls entsprechend befreien kann, möchte ich dagegen mit der differenzierenden Auffassung von *Schmitt-Ott* (ZIP 2007, 943) bezweifeln. Testamente und Erbverträge helfen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn notariell beurkundet, die Grundbuchberichtigung nach Eintritt des Erbfalls ohne Erbschein zu erreichen. Ausnahmsweise bestehen aber bei Rücktrittsvorbehalten und Unwirksamkeitsregelungen für den Scheidungsfall Lücken bei der Feststellung der Erbfolge aufgrund der vorliegenden Verfügung von Todes wegen. Richtigerweise erachtet *Wilsch* zur Beseitigung solcher Unklarheiten eine eidesstattliche Versicherung als ausreichend (§ 35 Rdnr. 108). Im Zweifel steht damit der Vollzugstauglichkeit notariell errichteter Verfügungen von Todes wegen kein unüberwindliches Hindernis entgegen. *Otto* berichtet, die Rechtsprechung lasse für Unterwerfungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine vollmachtlose Vertretung mit

anschließender Genehmigung nicht zu (§ 29 Rdnr. 99). Richtigerweise wäre zumindest ein Hinweis auf die Gegenauffassung (siehe etwa *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 12.51 mit vielen Nachweisen) dringend geboten, da sie den Erfordernissen der Praxis besser gerecht wird, ohne erkennbaren Schaden anzurichten, und damit im Zweifel aus pragmatischen Gründen einer rein dogmatischen Lösung vorzuziehen ist. Unklar wird man derzeit noch die grundbuchrechtliche Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin oder Rechtsinhaberin bezeichnen müssen. Mit *Kral* (Übersicht zum Gesellschaftsrecht Rdnr. 38) ist zwischenzeitlich anzunehmen, dass jedenfalls die Eintragung aller Gesellschafter unter Beifügung der Namensbezeichnung der Gesellschaft nicht falsch sein dürfte. Der Treuhänder nach § 313 Abs. 1 InsO ist nach den hilfreichen Ausführungen von *Wilsch* (Übersicht zu Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren Rdnr. 131) zur freihändigen Veräußerung von Grundbesitz des Insolvenzschuldners befugt, ohne dem Grundbuchamt Zustimmungserklärungen etwaiger absonderungsberechtigter Gläubiger vorlegen zu müssen.

Errungenschaftsgemeinschaften nach ausländischen Güterrechten sind nicht zwingend vergleichbar der deutschen vertraglich zu vereinbarenden Gütergemeinschaft ausgestaltet. Sicherlich verbieten sich daher pseudojuristische Parallelwertungen, die zum gedanklichen Kurzschluss führen, stets dann davon auszugehen, dass dessen Ehegatte mit erwerben muss, wenn einer in der Literatur veröffentlichten Übersicht zu entnehmen ist, dass im Heimatstaat eines Grundstückserwerbers der gesetzliche Güterstand einer „Errungenschaftsgemeinschaft“ gelten soll. Teilweise von Grundbuchämtern dazu erlassene Zwischenverfügungen zur Aufklärung der rechtlichen Verhältnisse bewirken hierbei allenfalls eine Verstärkung der bestehenden Unsicherheiten, zumal die Ausführungen von *Zeiser* (Übersicht zu Internationalen Bezügen Rdnr. 74 ff.) keine Zweifel daran offen lassen, dass nur dann die Eintragung des verheirateten Ausländers als alleinigem Berechtigten versagt werden darf, wenn positive Gewissheit daran besteht, dass das Grundbuch hierdurch unrichtig wird. Richtigerweise kann wegen etwaiger international-privatrechtlicher Rückverweisungen auf das deutsche Recht kraft eines gegebenenfalls wandelbaren Güterrechtsstatuts nur in seltenen Ausnahmefällen zu diesen Fragen abschließende Gewissheit erlangt werden. Unkritisch wird allerdings von *Zeiser* an anderer Stelle die wenig nachvollziehbare Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 1989, 310) erwähnt, wonach die Eigentümerzustimmung zu einer Pfandfreigabe eines Grundpfandrechtsgläubigers bezüglich einer veräußerten Teilfläche nicht auch die Zustimmung zu einem Rangrücktritt des Pfandrechts hinter die zur Absicherung des Erwerbers bewilligte Eigentumsvormerkung umfassen soll (§ 45 Rdnr. 59). Im Ergebnis bringen derartig perpetuierte Bürokratisierungen die Gefahr mit sich, das insgesamt außerordentlich funktionale Grundbuchwesen partiell zu diskreditieren. Typisch praxisgerechte Lösungen finden sich hingegen bei *Holzer*, der sich zum Beispiel ohne Argument der weithin bei kaufvertraglichen Gestaltungen genutzten Auffassung anschließt, dass zum Vollzug einer Auflassung auch die nach § 19 GBO formgerechte Bewilligung des übertragenden Teils erforderlich ist. Mit der hier erfolgten Begrüßung darf sich die notarielle und grundbuchrechtliche Praxis über das Erscheinen des von *Hügel* herausgegebenen Kommentars freuen. Unmaßgeblich

geringfügige Kritikpunkte, wie die hier von mir geäußerten, sollten die Autoren keinesfalls davon abhalten, auf ihr insgesamt gelungenes Werk stolz zu sein. Nachbearbeitungen zu folgenden Auflagen und die Online-Aktualisierungen werden im Übrigen sicherlich dazu beitragen, dass es seinen verdienten Platz findet. Das Buch wird sich anschaffen, wer die anderen auf dem Markt befindlichen, sehr guten Konkurrenz-

werke zu teuer findet. Umfangreiche und gehaltvolle Gesamtdarstellungen sind eben nicht umsonst zu haben. Monetär betrachtet ist auch die Anschaffung dieses neuen Kommentars zur Grundbuchordnung zwar mit Aufwand verbunden, gleichwohl der Preis aber im Vergleich durchaus erträglich und das Geld gut angelegt.

Notar Dr. *Alexander Krauß*, Passau

### **Krauß: Überlassungsverträge in der Praxis. ZAP, 2006. 1329 S., 78 €**

Bereits der schlichte Titel des zu besprechenden Werks weckt hohe Erwartungen an Umfang und Tiefe der Ausführungen. Schon äußerlich lässt das vorliegende Buch mit 3202 Randziffern auf 1303 Seiten keine Zweifel daran aufkommen, dass sich der Autor bewusst war, auf welche weitgehende Vorgaben er sich eingelassen hat. Um es vorwegzunehmen: Das Ergebnis wird den Erwartungen gerecht und geht über sie hinaus. Oder wer hätte in einem Werk dieses Titels – gewissermaßen als Dreingabe – ausführliche Darstellungen zu letztwilligen Verfügungen zugunsten von Behinderten und Bedürftigen erwartet? Im Übrigen wird sich jeder Kritiker schwer tun, aus dem Stand einen relevanten Aspekt der Gestaltung von Überlassungsverträgen zu nennen, der in diesem Buch keine Erwähnung gefunden hat.

An den Anfang seiner Ausführungen stellt *Krauß* die grundlegenden systematischen Fragen des Schenkungsrechts. Den Schwerpunkt bildet naturgemäß die Frage der Entgeltlichkeit einer Vermögenszuwendung, ist doch nicht selten auch bei freigiebig motivierten Vermögenszuwendungen eine entgeltliche Gestaltung erwünscht, um unerfreuliche Nebenwirkungen, z. B. im Anfechtungs- und Pflichtteilsrecht, auszuschließen oder zumindest einzuschränken.

*Krauß* ist ausgewiesener Kenner des Sozialrechts und seiner Verknüpfungen mit der notariellen Praxis. Dementsprechend enthält das zweite Kapitel einen veritablen Grundkurs des Sozialfürsorgerechts für die notarielle Praxis, dem sich eine detaillierte Betrachtung seiner Auswirkungen auf Überlassungsverträge anschließt. Selbstverständlich nehmen die klassischen Fragen der Absicherung des Übergebers und ggf. seiner Angehörigen breiten Raum ein. Die weiteren Kapitel befassen sich mit der gleitenden Vermögensübergabe durch gesellschaftsrechtliche Lösungen, den Besonderheiten bei Zuwendungen unter Ehegatten sowie dem in seinen Auswirkungen oft unterschätzten Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. Daneben ist der erb- und pflichtteilsrechtlichen Problematik ein Kapitel gewidmet, ebenso der Darstellung von Vollzugs- und Kostenfragen, den Verkehrsteuern, der Einkommensteuer und – wie bereits erwähnt – dem Behinderten- und Bedürftigentestament. Den Abschluss bilden ausführliche Musterverträge. Doch sind bereits die vorhergehenden Darstellungen von Einzelfragen mit Formulierungsvorschlägen verbunden. Jeder Vertragsgestalter kennt das Dilemma, dass Formulierungen, die rechtliche Zweifelsfragen möglichst weitgehend klären sollen, umfangreich geraten und trotz ihrer juristischen Eindeutigkeit von den Beteiligten als schwer verständlich empfunden werden. Den adäquaten Mittelweg zu finden, bleibt letztlich jedem selbst überlassen. Die vorliegenden Musterformulierungen gehen im Zweifel den Weg der umfassenden Klärung von Rechtsfragen. Das kommt dem

Benutzer insoweit entgegen, als er vollständige Formulierungen vorfindet, im konkreten Einzelfall aber nicht Benötigtes weglassen kann. Über die Notwendigkeit mancher Regelung kann dennoch diskutiert werden. Ist es z. B. wirklich nötig, bei einem für Ehegatten in Gütergemeinschaft bestellten Wohnungsrecht das Berechtigungsverhältnis im Falle einer Trennung zu regeln? Oder sollte diese Frage nicht besser der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft im Ernstfall überlassen werden?

Aus der Fülle der behandelten Einzelfragen lassen sich hier nur willkürlich einige wenige herausgreifen. Dabei sollte der Leser, der zu einem relevanten Problem zunächst keine Stellungnahme findet, angesichts des großen Umfangs des Werkes keinesfalls verfrüht aufgeben. Bei einer Darstellung dieses Umfangs ist es unvermeidlich, dass das eine oder andere Problem genauso gut an anderer Stelle hätte behandelt werden können.

*Krauß* nützt die Gelegenheit, zu vielen streitigen Rechtsfragen Stellung zu nehmen und beantwortet sie zumeist mit überzeugenden Gründen aus der Sicht der Praxis: So wendet sich *Krauß* zu Recht gegen die Übertragung der Rechtsprechung zum ausbleibenden Fristanlauf nach § 2325 Abs. 3 BGB bei Vorbehalt von Nutzungsrechten für den Schenker auf die Zehn-Jahres-Frist für eine Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers gemäß § 529 BGB (Rdnr. 716 f.). Ist die derzeitige Rechtsprechung schon im Pflichtteilsrecht zweifelhaft, weil sie die wirtschaftlich bedeutsame Aufgabe des Verwertungsrechts hinsichtlich des Stammwerts des Schenkungsgegenstands durch den Schenker schlicht ignoriert, so gilt dies erst recht im Bereich des § 528 BGB. Anders als der Pflichtteilsberechtigte profitiert der durch § 528 BGB geschützte Schenker (bzw. der Sozialhilfeträger) unmittelbar vom zurückbehaltenen Nießbrauch in Form der dem Schenker zufließenden Erträge.

Kann ein Übergeber vorbehaltene Nutzungsrechte oder Sachleistungen im überlassenen Grundbesitz wegen Aufenthalts in einem Pflegeheim nicht mehr in Anspruch nehmen, wird bedeutsam, ob derartige Ansprüche, zumeist nach Überleitung auf den Sozialhilfeträger, in Geld umgerechnet werden können. *Krauß* wendet sich dezidiert gegen eine vorgeblich am mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien orientierte ergänzende Vertragsauslegung durch Gerichte, die eine verbreitete Scheu zur Inanspruchnahme staatlicher Hilfeleistungen diagnostizieren, von der in realen Beratungssituationen frappierend wenig zu spüren ist (Rdnr. 873). In Wahrheit wird hier, wie *Krauß* zu Recht hervorhebt, mehr den fiskalischen Interessen gedient. Darüber hinaus begründet *Krauß* überzeugend, dass auch subsidiäre Geldleistungsansprüche gemäß des landesrechtlichen Vorschriften über das Leibgeding als dispositives Gesetzesrecht vertraglich abgedungen werden können (Rdnr. 1140 ff.). Ob hierzu das letzte Wort im Streit mit Sozialhilfeträgern gesprochen ist, muss allerdings dahin-

stehen. Jedenfalls sind die Gerichte aufgerufen, wenigstens offen mit dem Allgemeininteresse an einer Entlastung der Sozialkassen zu argumentieren. Dies dürfte jedoch angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung für die Zehn-Jahres-Frist in § 529 BGB, nach deren Ablauf das Verarmungsrisiko eben nicht mehr den Beschenkten trifft, nicht ausreichen, um vertraglich nicht vereinbarte Zahlungsansprüche zu begründen.

Übersichtlich stellt *Krauß* die Probleme von Freistellungsvereinbarungen zwischen Geschwistern dar (Rdnr. 1149 ff.). Die gesetzlichen Regelungen zur Inanspruchnahme weichender Geschwister auf Rückforderung von Abfindungen gemäß § 528 BGB oder aus Verwandtenunterhalt entsprechen häufig nicht dem Gerechtigkeitsempfinden der Beteiligten. Unvorsichtig formulierte Freistellungsvereinbarungen können jedoch leicht zu einer Benachteiligung des Hauptübernehmers führen. Über die von *Krauß* aufgearbeiteten Konstellationen hinaus kann dies auch eintreten, wenn der Übernehmer ein besser verdienendes Geschwisteranteil von Unterhaltsverpflichtungen freizustellen hat, die seine eigene Liquidität selbst dann übersteigen, wenn der Gesamtumfang der Freistellungsverpflichtung beschränkt ist.

In der Frage, ob eine Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 BGB bei einer Schenkung an Minderjährige deren rechtliche Vorteilhaftigkeit im Sinne des § 107 BGB beseitigt, schließt sich *Krauß* der bejahenden Ansicht an (Rdnr. 1373, vgl. neuerdings OLG München, DNotI-Report 2007, 165 = ZNotP 2007, 420).

Häufig gehen im Grundbuch Sicherungsgrundschulden den Rechten des Übergebers im Range vor. Eingehend stellt *Krauß* die Belehrungspflichten des Notars gegenüber dem Übergeber dar (Rdnr. 1418 ff.). Der Überlassungsvertrag sollte festlegen, wer zur Neuvaluierung dieser Rechte befugt ist. *Krauß* schlägt eine Abtretung der Rückgewähransprüche an Übergeber und Übernehmer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor und modifiziert die gesetzlichen Regelungen der GbR für das Ableben eines Gesellschafters und die Kündigung. Die Formulierungen berücksichtigen weiter, dass eine bloße Abtretung der Rückgewähransprüche bisher getroffene Sicherungsvereinbarungen nicht außer Kraft setzt. Vielleicht wäre es zutreffender, nicht nur von einer Abtretung der Rückgewähransprüche, sondern einer Übernahme des Sicherungs-

vertrags zu sprechen. Die hierzu erforderliche Zustimmung des Grundschuldgläubigers ist ohnehin meist auch bei der Abtretung der Rückgewähransprüche erforderlich. *Krauß* empfiehlt, die Einholung der Zustimmung nicht den Beteiligten zu überlassen, sondern den Notar hierzu zu beauftragen.

Mit vollem Recht wendet sich *Krauß* gegen die Übertragung der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf Pflichtteilsverzichte im Hinblick darauf, dass dem Pflichtteilsverzicht von vornherein ein Element der Ungewissheit über den späteren Zeitpunkt der Entstehung und den Umfang der Pflichtteilsansprüche anhafte. Der Charakter als Risikogeschäft steht einer nachträglichen Inhaltskontrolle entgegen, die den Verzicht anhand der tatsächlichen Entwicklung ex post auf seine Billigkeit hin überprüfen will (Rdnr. 2128).

Selbst sehr vereinzelt kleinere Schwächen ändern nichts an der gelungenen Gesamtdarstellung. Fragwürdig ist die Anknüpfung von Rückforderungsrechten an die Zugehörigkeit des Erwerbers an eine im „Sektenbericht der Bundesregierung“ aufgeführte Gruppierung. Die Formulierung suggeriert Klarheit durch Verweisung auf ein Institut, das es so nicht gibt: Innerhalb der letzten zehn Jahre gab es lediglich im Jahr 1998 den Bericht der Enquete-Kommission „Sogenannte Sekten und Psychogruppen“ des Deutschen Bundestags (Drucks. 13/10950). Berichte der Bundesregierung sind nach Auskunft des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend auch künftig nicht vorgesehen.

Eine Kurzdarstellung der Grundbuchgebühren sollte die Ermäßigung für Eigentumsumschreibungen auf Ehegatten, Lebenspartner und Abkömmlinge gemäß § 60 Abs. 2 KostO angesichts deren Relevanz für die meisten Überlassungen erwähnen.

Diese Besprechung muss mit der Empfehlung an jeden Gestalter von Überlassungsverträgen enden, selbst den vielen interessanten Anregungen nachzugehen, die dieses Werk enthält. Wie bereits anfangs festgestellt, wird das Buch der umfassenden Themenstellung vollständig gerecht. Es ist davon auszugehen, dass es sich selbst in der Masse der Veröffentlichungen zum Thema Vermögensnachfolge als führend etablieren und behaupten wird.

Notar Dr. *Gregor Rieger*, Prien a. Chiemsee

### von Oertzen: **Asset Protection im deutschen Recht.** *Zerb*, 2007. 80 S., 9,80 €

Das zu besprechende Werk – dem Umfang nach eher ein Heft – basiert auf dem gleichnamigen Vortrag des Autors auf der 10. ZEV-Jahrestagung. Das merkt man über weite Strecken des Buches, welches sich auf die Darstellung bestehender Rechtsprobleme beschränkt und eine Auseinandersetzung mit wichtigen Streitfragen oft vermissen lässt. Erklärtes Ziel des Autors ist, die rechtlich zulässigen Gestaltungsmaßnahmen für den Fall aufzuzeigen, dass eine Haftung und damit ein Zugriff auf das Vermögen des Betroffenen droht. *Von Oertzen* stellt insoweit zwei Grundmodelle vor. Einmal wird die Haftungsmasse vom ursprünglichen Inhaber eigentumsmäßig abgetrennt, um Vollstreckungszugriffe zu vermeiden. Beim zweiten Modell verbleibt das Eigentum beim Vermögensinhaber, soll dort aber nicht verwertet werden können.

Beim ersten Grundmodell bilden die Anfechtungstatbestände des AnfG und der InsO die Grenze aller Gestaltungsüber-

legungen, welche der Autor kurz aufzeigt. Der Gestalter hat hier entweder mit der zweijährigen Entgeltlichkeitsanfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG bzw. § 133 Abs. 2 InsO oder mit der vierjährigen Schenkungsanfechtung nach § 4 AnfG bzw. § 134 InsO zu kämpfen. Die Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG bzw. § 133 Abs. 1 InsO dürfte jedenfalls in den Fällen keine Rolle spielen, in denen bei Vornahme der Rechtshandlung noch keine Gläubiger vorhanden sind.

Ziel aller Vermögensverlagerungen ist daher, entweder dem Anwendungsbereich der vorgenannten Normen vollständig zu entfliehen oder zumindest ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu konstruieren, um für den Haftungsgefährdeten nach zwei Jahren Rechtssicherheit zu erreichen. Insoweit stellt *von Oertzen* zunächst die Güterstandsschaukel vor, bei der durch Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung anfechtungsfreie Vermögensverschiebungen erreicht werden sollen. *Von Oertzen* verneint dabei die Möglichkeit einer Schenkungsanfechtung, da künftige (!) Gläubiger keinen Vertrauensschutz auf das Beibehalten eines bestimmten Ehegüterstands hätten. Auch eine

Entgeltlichkeits- und sogar eine Vorsatzanfechtung scheitern wegen des Vorrangs der ehgüterrechtlichen Vertragsfreiheit. Der Gestalter wird hier dennoch vorsichtig sein, da insoweit eine gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung nicht vorliegt und die Anfechtungsmöglichkeit ehvertraglicher Vereinbarungen in der Literatur kontrovers diskutiert wird.

Von Oertzen wendet sich im Folgenden dem Schutz des Familienwohnheims zu. Insoweit dürfte bereits jeder Notar im Rahmen der Beurkundung eines Kaufvertrages in bestimmten Fällen empfohlen haben, einen Erwerb des weniger haftungsgefährdeten Ehegatten zu Alleineigentum dem Erwerb zu hälftigem Miteigentum vorzuziehen. Ist dies unterblieben und steht in der Folgezeit aus haftungsrechtlichen Gründen eine Übertragung des Familienwohnheims an, droht bei unentgeltlichen Vermögensübertragungen eine Zitterfrist von vier Jahren, da eine Entgeltlichkeit von den Beteiligten nicht gewollt und daher nur schwer zu konstruieren ist. Von Oertzen schlägt in diesem Zusammenhang die „Familienwohnheimschaukel“ vor. Danach überträgt in einem ersten Schritt der vermögende und haftungsgefährdete Ehegatte das selbstgenutzte Familienwohnheim unentgeltlich auf seinen Ehepartner, der die Immobilie in einem zweiten Schritt einige Jahre später an den Schenkenden zum vollen Verkehrspreis zurückveräußert. Wieder einige Jahre später wird die Immobilie erneut zur Vermeidung von Haftungsgefahren auf den nicht gefährdeten Ehepartner übertragen. Am Ende – freilich „über lange Zeiträume gerechnet“ – könnten so steuerfrei Vermögenswerte (Haus und Kaufpreis!) in Sicherheit gebracht werden. Und immerhin: Bei zwischenzeitlichen Vollstreckungen in das Familienwohnheim könne der ursprünglich vom vermögenden Ehegatten gezahlte Kaufpreis zur Beschaffung einer Ersatzunterkunft verwendet werden. Ob man diese exotische Variante überhaupt guten Gewissens empfehlen kann, mag jeder selbst entscheiden. Der Notar, der hier keine Bedenken hat, sollte jedenfalls darauf achten, dass er noch etliche Jahre von der Altersgrenze entfernt ist, um den Vorgang bis zum Ende betreuen zu können.

Bei sämtlichen Vereinbarungen unter Ehegatten müssen schließlich die Scheidung der Ehe und der Tod des weniger haftungsgefährdeten Ehegatten bedacht werden. Diese nicht

immer einfache Störfallvorsorge stellt den Kernbereich notarieller Tätigkeit im Rahmen einer Asset Protection dar; von Oertzen weist auf diese Problematik immerhin hin.

Die immanente Grenze der vorgenannten Gestaltungen – die Ehelosigkeit – erwähnt von Oertzen auch. Für diese Fälle schlägt er die Gründung privatnütziger Familienstiftungen vor, deren Zweck vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, die Versorgung des Stifters und seiner Familie sein soll. Die herrschende Meinung geht freilich von der Möglichkeit der Schenkungsanfechtung der Stiftungerrichtung aus; eine Wartezeit von vier Jahren lässt sich also nicht vermeiden. Da von Oertzen weiterhin empfiehlt, zur Vermeidung der Pfändbarkeit von Destinatärsrechten einen klagbaren Anspruch auf Zuteilung von Stiftungsleistungen auszuschließen, dürfte auch diese Gestaltungsempfehlung in der Praxis nur wenig Gehör finden: Kaum ein Vermögender wird sein Erspartes in die Hände eines Stiftungsrates zur Vermeidung potenzieller Haftungsgefahren legen.

Im Rahmen des zweiten Grundmodells der Asset Protection, bei welchem das Eigentum beim Vermögensinhaber verbleibt, stellt von Oertzen zunächst ausländische Lebensversicherungen vor und geht hierbei insbesondere auf Lebensversicherungen nach liechtensteinischem Recht ein, die ein Vollstreckungsprivileg genießen sollen. Die hier bestehenden Möglichkeiten zeigt von Oertzen auf, geht auf steuerliche Aspekte ein und verweist schließlich auf etliche Probleme. Sein letzter knapper Vorschlag, bei haftungsgefährdeten Personen einen pfändbaren Vermögensanfall im Erbgang zu vermeiden, dürfte wieder zum guten notariellen Alltag gehören.

Von Oertzen stellt in seinem Werk bekannte, aber auch exotische Möglichkeiten der Asset Protection in knapper Form vor. Er behält dabei stets die anfechtungsrechtliche Problematik im Auge und geht oft auf steuerrechtliche Probleme ein. Wenn gleich man auch Formulierungsvorschläge vergeblich sucht, dürfte sich die Anschaffung nicht zuletzt wegen des günstigen Preises für jeden lohnen, der einen ersten Einstieg in die Materie sucht und diesbezüglich sein Problembewusstsein schärfen will.

Notarassessor Dr. Markus Vierling, München

### Wiemer: Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Giese-king, 2007. 280 S., 64 €

Die bei Frau Prof. Dr. Dethloff entstandene Dissertation, bei der Prof. Dr. Battes Zweitkorrektor war, setzt sich, wie bereits der Untertitel „signalisiert“, kritisch mit der neuen Ehevertragsrechtsprechung des BGH auseinander. Wiemer (S. 275 ff.) geht davon aus, dass die richterliche Inhaltskontrolle in gleicher Weise Lebenspartnerschaftsverträge betrifft. Gleiches soll auch für Scheidungsfolgenvereinbarungen gelten (S. 271 ff.). Ob allerdings das Argument zutrifft, es bestehe bei ihnen keine emotionale Verbundenheit mehr, die zur Vernachlässigung der eigenen Interessen führen könne (S. 277), ist fraglich. Der verlassene Partner, der den anderen unbedingt wieder „zurück“ will, der den kranken Partner und die Kinder nur mit schlechtem Gewissen verlassende Ehegatte und der wegen der neuen Beziehung euphorische und großzügige Teil sind dem erfahrenen Praktiker nicht unbekannt Gegenbeispiele.

Wiemer stellt zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung bis zur „Kernbereichslehre“ des BGH dar. Danach erörtert er die Grenzen der ehvertraglichen Gestaltungsfreiheit, wobei er dem BGH im Ausgangspunkt, der Störung der Vertragsparität, folgt (S. 35 ff.). Er bezieht dabei die gestörte Verhandlungsparität ein, so dass er von einer Umstandssittenwidrigkeit (S. 59) ausgeht. Besonders wertvoll ist die Konkretisierung der Gestaltungsfreiheit (eigentlich ihrer Grenzen) anhand des Schutzzwecks der Scheidungsfolgenansprüche (S. 61 ff.). Hier kann der Vertragsgestalter die Untersuchung unmittelbar in Gestaltungen umsetzen, muss dabei allerdings den gegenüber dem BGH kritischen Standpunkt des Verfassers beachten. Er bezieht trotz seiner Ablehnung der Kernbereichslehre auch einen Pflichtteilsverzicht, dem Unterhaltersatzfunktion zukommt, in die Vertragskontrolle ein, räumt dabei aber ein, dass sich Schwierigkeiten bei der Berechnung ergeben können, wenn man allein das Prinzip des Nachteilsausgleichs als „Kern“ des Scheidungsfolgenrechts als Kriterium heranziehen möchte. Der Verfasser hat die Unterhalts-

rechtsreform noch nicht einbeziehen können, insofern löst er den von ihm erkannten Wertungswiderspruch (S. 78 Fn. 333) zwischen dem Anspruch auf Betreuung von nichtehelichen und ehelichen Kindern noch traditionell. Der Basisunterhalt bis zum dritten Lebensjahr dürfte nunmehr vereinbarungsfest sein; inwieweit dies auch für den Annexunterhalt gilt, dürfte weiterhin umstritten bleiben.

Es ist durchaus pikant, dass durch die Unterhaltsrechtsreform manche als sittenwidrig angesehene Eheverträge, weil der kinderbetreuende Ehegatte bereits ab dem 14. Lebensjahr des jüngsten Kindes einer teilweisen Erwerbstätigkeit nachgehen sollte (siehe nur OLG Hamm, FamRB 2007, 258), gegenüber der nunmehrigen gesetzlichen Wertung geradezu als großzügig gelten können. Bewirkt die Schwangerschaft der Frau

wirklich noch eine „gestörte Vertragsabschlussituation“ (S. 236 f.), wenn der Gesetzgeber den Kinderbetreuungsunterhalt ehelicher und nichtehelicher Kinder weitgehend gleich stellt? Diese Frage und die weitere, ob die nichteheliche Partnerschaft für den kinderbetreuenden Partner wirklich die bessere Alternative ist als eine Ehe mit einem (zugegebenermaßen) einseitigen Ehevertrag, werden leider immer noch nicht beantwortet. Insofern bleibt die sehr gründliche Arbeit von *Wiener* auf halbem Weg stehen. Der Anstieg nichtehelicher Partnerschaften mit Kindern in den Jahren 2001 bis 2007 und der Rückgang der Eheschließungen (vgl. [www.destatis.de](http://www.destatis.de)) könnten die Antwort auf eine Überforderung der Ehe sein.

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

### **Baltzer: Das Vor- und Nachvermächtnis in der Kautelarjurisprudenz. Heymanns, 2007. 243 S., 48 €**

Die aus dem Jahre 2006 stammende, vom Kollegen Dr. *Peter Baltzer* vorgelegte, von Herrn Prof. Dr. *Karl Winkler* betreute und zu Recht in die Schriftenreihe der *Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung* aufgenommene Münchener Dissertation beschäftigt sich auf 243 Seiten mit dem Vor- und Nachvermächtnis, dem das BGB in § 2191 nur zwei Sätze widmet. Dies zeigt, dass das BGB ein nahezu unerschöpfliches Reservoir für interessante wissenschaftliche Abhandlungen enthält, für welche die zu besprechende Abhandlung ein anschauliches Beispiel ist. Zutreffender Weise geht der Verfasser bei seiner Darstellung immer wieder auch auf methodische Fragen ein, denn Aufgabe einer Dissertation sollte es nicht allein sein, nur „handwerkliche Fragen“ zu erörtern und für den Praktiker gleichsam ein „Rezept“ für die optimale Fassung seiner Testaments- und Vertragsmuster zu liefern. Vielmehr steht die wissenschaftliche Durchdringung der entsprechenden Materie im Vordergrund, und hierzu gehört gerade bei Themen mit kautelarjuristischem Bezug die Methode der Vertrags- und Testamentsgestaltung, um die sich insbesondere Altmeister *Langenfeld* besonders verdient gemacht hat, der auch immer wieder ausführlicher zitiert wird. Dabei tritt der Verfasser dafür ein, das Institut des Vor- und Nachvermächtnisses „aus seinem Schattendasein zu befreien“ (so etwa Rdnr. 2). Dabei gelingt es ihm im Rahmen seiner ausführlichen Darstellung nachzuweisen, dass das Vermächtnisrecht im Allgemeinen und das Recht des Vor- und Nachvermächtnisses im Besonderen einen sehr weiten Gestaltungsspielraum ermöglicht, der gegenüber den anderen klassischen erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere der Vor- und Nacherbschaft, in vielen Fällen erhebliche Vorteile bietet. Dabei besteht für mich nach wie vor der Hauptvorteil von Vermächtnislösungen in den sehr weitreichenden Drittbestimmungsmöglichkeiten der §§ 2151 ff. BGB, die gegenüber den strengen Regelungen bei der Erbschaft (§ 2065 BGB) ganz erhebliche Gestaltungsspielräume eröffnen. Leider geht der Verfasser auf diese Möglichkeiten nur sehr kurz ein (Rdnr. 554 ff.).

Bereits im Eingang kritisiert der Verfasser allerdings, dass die gängigen Kommentare und Lehrbücher dem Nachvermächtnis im Vergleich zu anderen Instrumenten des Erbrechts „durchweg nur wenig Platz einräumen“ (Rdnr. 1). Diesen Vorwurf muss man meines Erachtens relativieren: Auch das Nachvermächtnis ist eine besondere Form des Vermächtnis-

ses. Ein Großteil der Probleme, die im Rahmen einer systematischen Darstellung des allgemeinen Vermächtnisrechts in einem Lehrbuch oder Kommentar dargelegt werden, können deshalb ohne weiteres auch für das Nachvermächtnis übernommen werden. Von daher ist es selbstverständlich, dass dann bei der Erörterung des § 2191 BGB die Darstellung erheblich kürzer ausfallen kann als im Rahmen einer Monographie, die auch diese allgemeinen Problembereiche darstellen muss. Was meine eigene Kommentierung des Nachvermächtnisses im Anwaltskommentar (*Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, BGB, 2. Aufl. 2007) anbetrifft, die von *Baltzers* Globalkritik ebenfalls betroffen ist, so habe ich dort auf zehn eng bedruckten Seiten (entspricht sicherlich 30 Seiten im Druckbild der Dissertation) und 109 Fußnoten versucht, die verschiedensten Detailfragen des Nachvermächtnisses darzustellen. Wenn diese Ausführungen dann allerdings nur einmal zitiert werden (Fn. 582), so möge der Leser dieser Rezension hieraus seine eigenen Schlüsse ziehen.

Die Arbeit gliedert sich nach der Einführung in vier große Abschnitte. Im 1. Teil werden auf fünf Seiten allgemeine Überlegungen über den Entscheidungsprozess des Kautelarjuristen und die Methode der Kautelarjurisprudenz dargelegt. Daran schließt sich ein umfassender 2. Teil an, der die verschiedensten allgemeinen Probleme des Vor- und Nachvermächtnisses im Zusammenhang mit der kautelarjuristischen Rechtsanwendung aufzeigt. Diese allgemeinen Überlegungen werden im 3. Teil für die unmittelbare kautelarjuristische Gestaltung praktisch nutzbar gemacht und hierbei insbesondere die Vor- und Nachteile des Vor- und Nachvermächtnisses als Gestaltungsinstrument beim Behindertentestament und beim Testament zugunsten Verschuldeter dargestellt. Die Arbeit schließt mit einer Schlussbetrachtung, die vier verschiedene Testamentsmuster enthält.

Der 2. Teil, der das Kernstück der Dissertation ist, enthält eine breite Palette von äußerst lesenswerten Einzelproblemen. Diese reicht von mehr akademischen Fragestellungen, wie ob über die ausdrückliche Verweisung in § 2191 Abs. 2 BGB hinaus auch andere Bestimmungen der Vor- und Nacherbschaft analog angewendet werden können, hin zu so praxisrelevanten Fragen, wie vom Vorvermächtnisnehmer gemachte Aufwendungen im Verhältnis zum Nachvermächtnisnehmer zu verteilen sind (Rdnr. 93 ff.), und der im Rahmen des Behindertentestaments bedeutsamen Problematik, in welchem Verhältnis der Erfüllungsanspruch des Nachvermächtnisnehmers nach Eintritt des Nachvermächtnisfalles zu dem Kosten-

ersatzanspruch eines Sozialhilfeträgers nach § 102 SGB XII steht (Rdnr. 326 ff.). Dabei werden die Problemstellungen durchweg immer sehr klar und sorgfältig aufgezeigt, ausführlich unter Berücksichtigung der verschiedenen vertretenen Argumente erörtert und einer klaren Lösung zugeführt. Dass man hierbei im Einzelfall auch zu anderen Ergebnissen kommen kann, verwundert in der Jurisprudenz nicht. Wenn etwa die Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts des Pflichtteilsberechtigten nach § 2307 Abs. 1 BGB auf einen Sozialhilfeträger allein mit der „Höchstpersönlichkeit“ des Rechts verneint wird (Rdnr. 530), erscheint mir dies angesichts der Brisanz der Problematik doch zu knapp und vordergründig. Auch die steuerlichen Seiten des Nachvermächtnisses werden nur sehr kurz abgehandelt: So werden nur die erbschaftsteuerlichen Folgen in den Rdnr. 379 ff. auf zwei Seiten angesprochen, nicht dagegen die einkommensteuerrechtlichen, die sich etwa ergeben können, wenn Gegenstand des Nachvermächtnisses ein Unternehmen ist.

Im Bereich des Behindertentestaments sieht der Verfasser das Vor- und Nachvermächtnis als echte Alternative zur Erbschaftslösung mit der Vor- und Nacherbschaft an (Rdnr. 649 ff.). Er räumt aber zutreffender Weise ein, dass diese Gestaltung höchststrichterlich noch nicht gesichert ist und insbesondere von Sozialhilfeträgern nicht in gleicher Weise akzeptiert wird, wie die Erbschaftslösung (Rdnr. 657). Hierzu erscheint mir auch bedeutsam, dass *Roland Wendt*, Richter am BGH, in seinem gerade erschienenen Aufsatz „Das Behindertentestament – ein Auslaufmodell?“ (ZNotP 2008, 2) zwar die Vermächtnislösung eingangs ausdrücklich anspricht, sich aber anschließend nur mit der Zulässigkeit der klassischen Erbschaftslösung beschäftigt und diese im Allgemeinen bejaht. Nur in der noch nicht geklärten Frage der Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts nach § 2306 BGB auf einen Sozialhilfeträger erblickt er einen „Wermutstropfen“ oder „Aktenzeichen: BGB § 2306 ungelöst“ (ZNotP 2008, 11). Zur Vermächtnislösung macht er keinerlei Ausführungen.

Die von *Baltzer* im Anhang gemachten Formulierungsvorschläge werden dem Leser zum Eigenstudium empfohlen. Sie belegen aber zugleich anschaulich, dass entgegen der Schluss-

these von *Baltzer* (Rdnr. 785) einer der größten Nachteile der Vermächtnislösung gegenüber der Vor- und Nacherbschaft gerade die von mir bereits anderweitig hervorgehobene geringe gesetzliche „Regelungsdichte“ des Nachvermächtnisses ist: Im ersten Formulierungsvorschlag (Rdnr. 793 ff.) wird als besondere Problematik angesprochen, dass zur Finanzierung notwendiger Verwendungen der Vorvermächtnisnehmer berechtigt sein soll, eine Grundschuld zu bestellen. Dementsprechend wird hierzu ausdrücklich eine Zustimmungspflichtung des Nachvermächtnisnehmers angeordnet. Da eine dem § 2145 BGB entsprechende gesetzliche Regelung fehlt, dass mit Erfüllung des Nachvermächtnisses solche Verbindlichkeiten auch auf den Nachvermächtnisnehmer übergehen, stellt sich für den Vorvermächtnisnehmer oder seine Erben die Frage, wie er von dieser persönlichen Haftung befreit wird. Eine ausdrückliche Regelung, etwa mit Anordnung einer Schuldübernahme anlässlich der Erfüllung des Nachvermächtnisses, fehlt in dem Muster von *Baltzer*. Die dort enthaltene Bestimmung, dass während der Dauer des Vorvermächtnisses der Vorvermächtnisnehmer die Verzinsung und auch die Schuldentilgung in einem bestimmten Umfang „aus eigenen Mitteln“ zu tragen hat, regelt nicht die Frage nach der bei Erfüllung des Nachvermächtnisses noch bestehenden Restschuld. Offenbar sieht der Verfasser die Lösung darin, dass er „für den Ersatz von Verwendungen“ die entsprechende Anwendung der §§ 2124, 2125 BGB anordnet. Dies ist terminologisch insofern unscharf, als § 2124 BGB ausschließlich von Aufwendungen und Erhaltungskosten spricht. Zum anderen ergibt sich aus dieser Verweisung, dass der Vorvermächtnisnehmer verlangen kann, dass ihm u. U. die gesamten Baukosten als erforderliche Erhaltungskosten ersetzt werden. Soweit er diese jedoch über die Darlehensaufnahme finanzierte, soll nach der ausdrücklichen Bestimmung der Testamentsklausel die Tilgungsleistung während des Vorvermächtnisses beim Vorvermächtnisnehmer verbleiben – also alles nicht ganz so einfach.

Trotz gewisser Detailkritik kann aber die Arbeit von *Baltzer* jedem empfohlen werden, der sich mit dem Vermächtnisrecht vertieft befassen will.

Notar Dr. *Jörg Mayer*, Simbach am Inn

### **Hommelhoff/Rawert/K. Schmidt (Hrsg.): Festschrift für Hans-Joachim Priester. O. Schmidt, 2007. 922 S., 199 €**

Es gibt sehr wenige Juristen, die sich ein solch hohes Ansehen und eine derart große Bedeutung erarbeiten, dass ihr Lebenswerk mit einer Festschrift geehrt wird, zu der nahezu jeder Autor mit Rang und Namen in einem bestimmten Rechtsgebiet einen Beitrag geleistet hat. Es steht daher für sich, dass die Herausgeber *Peter Hommelhoff*, *Peter Rawert* und *Karsten Schmidt* für die jüngst zu Ehren des Notarkollegen *Hans-Joachim Priester* erschienene Festschrift einen Autorenkreis gewinnen konnten, der sich wie das „Who is who“ des deutschen Gesellschaftsrechts liest und auf mehr als 900 Seiten in 51 Beiträgen dem Jubilar Respekt vor seiner langjährigen Tätigkeit als Praktiker und Wissenschaftler zollt.

Die Schwerpunktsetzung der (alphabetisch nach Autoren sortierten) Beiträge zeigt auf anschauliche Weise den gegenwärtigen Stand der Dinge im Gesellschaftsrecht. So ist das Thema Kapitalaufbringung und -erhaltung insbesondere bei

der GmbH und deren anstehende Reform durch das MoMiG Gegenstand von knapp einem Dutzend Beiträgen. So bespricht z. B. *Goette* das zum Thema Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhungen bei der GmbH ergangene Urteil des BGH vom 26.6.2006 (DNotZ 2007, 138) und fasst den aktuellen Stand der Rechtsprechung zu diesem Thema zusammen (S. 95 ff.). Die zum sog. Cash-Pool ergangene Grundsatzentscheidung des 2. Zivilsenats des BGH vom 16.1.2006 (DNotZ 2006, 543) nimmt *Dieter Mayer* zum Anlass, den Problembereich zu systematisieren. *Mayer* untersucht dabei nicht nur die Kapitalaufbringung bei Gründung einer Konzerntochter und Kapitalerhöhungsvorgängen, sondern zeigt vor allem Möglichkeiten der Heilung fehlerhafter Kapitalaufbringung sowie Varianten einer risikolosen Kapitalaufbringung im Cash-Pool auf (S. 445 ff.). *Harm Peter Westermann* nimmt sich dem Thema Finanzierung der GmbH ebenfalls an, allerdings – de lege ferenda – aus dem Blickwinkel des MoMiG. Über diesen Einzelaspekt hinaus stellt *Westermann* in seinem Beitrag „Wohin steuert die GmbH?“ (S. 835 ff.) ganz allgemein die Frage nach Sinn oder Unsinn der im Zuge der GmbH-Reform geplanten Neuerungen. So sieht *Westermann* beispielsweise

– wie der wohl ganz überwiegende Teil der Jurisprudenz – die vom Bundesministerium der Justiz ins Spiel gebrachte Idee einer Mustersatzung äußerst kritisch. Der „Gedanke des Standardformulars aus Gesetzgeberhand [sei] unheimlich“.

Einen weiteren Schwerpunkt stellen Beiträge zur Aktiengesellschaft dar. So bietet *Henze* eine anschauliche und übersichtliche Zusammenfassung der Rechtsprechungsentwicklung zur Kontrolle des Bezugsrechtsausschlusses im Rahmen des genehmigten Kapitals (S. 201 ff.). Der Autor spannt dabei einen Bogen von *Holzmann* über *Siemens/Nold* bis zu *Mangusta/Commerzbank I* und *Mangusta/Commerzbank II*. Jeder Notar, der die nicht immer angenehme Aufgabe hat, Hauptversammlungen unter Teilnahme sog. „kritischer Aktionäre“ beurkunden zu dürfen/müssen, kennt das von *Krieger* aufgearbeitete Thema der unbeantworteten Aktionärsfragen im notariellen Hauptversammlungsprotokoll (S. 387 ff.) zur Genüge. Auf der Grundlage seines reichhaltigen Erfahrungsschatzes setzt sich *Krieger* mit dem Protokollierungsanspruch von Aktionären und der Zulässigkeit eines Protokollierungsverlangens der Gesellschaft ebenso auseinander wie mit den Problemen, die einerseits die Versammlungsleitung und andererseits die Technik der Fragenaufnahme durch den Notar betreffen. Der Beitrag bietet insoweit eine Art Leitfaden für den Notar, wie er in diesen Fällen vorzugehen hat und ist diesbezüglich eine wertvolle Hilfe für die Praxis.

Nachdem die Corporate Governance gerade bei der Aktiengesellschaft in den letzten Jahren verstärkt in die Diskussion geraten ist, finden sich in der vorliegenden Festschrift auch hierzu einige Beiträge. So beschäftigt sich *Happ* mit dem durch zwei aktuelle Urteile des BGH vom 3.7.2006 (ZIP 2006, 1529 = DNotI-Report 2006, 163) und vom 20.11.2006 (MittBayNot 2007, 138) adressierten Problemkreis der Verknüpfung von Aufsichtsratsmandat und anwaltlichem Beratungsvertrag (S. 175 ff.). Vor dem Hintergrund der §§ 113, 114 AktG erläutert *Happ* die Rechtsprechung und setzt sich kritisch mit den vom BGH entwickelten Abgrenzungskriterien für die Genehmigungsbedürftigkeit von Beraterverträgen mit Anwaltssozietäten auseinander, denen ein Aufsichtsratsmitglied angehört. Grundsätzlicheren Fragen der Corporate Governance widmet sich der Beitrag von *Claussen*, der eine allgemeine Standortbestimmung zur weltweiten Corporate Governance Debatte einerseits und zu den Schwerpunkten des Deutschen Corporate Governance Kodex andererseits abgibt (S. 41 ff.). *Peltzer* hingegen fokussiert auf kontraproduktive und änderungsbedürftige Aussagen des Deutschen Corporate Governance Kodex und stellt insoweit einen nicht unerheblichen Reparaturbedarf fest (S. 573 ff.). Kritik übt *Peltzer* insbesondere an der Ausgestaltung der Vergütung des Aufsichtsrats, der Monopolisierung des Informationsflusses zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsvorsitzendem und der Behandlung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat.

Zu erwähnen ist ferner der hochinteressante Beitrag von *Karsten Schmidt* zum Thema Zehn Jahre GmbH & Co. KGaA (S. 691 ff.). *Schmidt* setzt sich dabei in gewohnt pointierter Weise mit den Folgen aus dem Urteil des BGH zur Zulässigkeit einer GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien vom 24.2.1997 (NJW 1997, 1923) auseinander. Was in vielen Fällen den besonderen Charme der Rechtsform der KGaA für den kautelarjuristischen Berater darstellt, sieht *Schmidt* – nicht ganz zu Unrecht – mit kritischen Augen. So lässt sich eine GmbH & Co. KGaA so strukturieren, dass eine oder wenige Personen (als Gesellschafter/Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) das Heft des Handelns in Händen halten, ohne notwendigerweise (als Kommanditaktionäre) am Vermögen der Gesellschaft

beteiligt sein zu müssen. Wo die Vormachtstellung früher mit einer persönlichen Haftung „bezahlt“ werden musste, lässt sich nunmehr durch Zwischenschaltung einer GmbH dieses Risiko vollständig ausschließen, was zu zahlreichen spannenden Fragestellungen führt.

Einen wesentlichen Bestandteil der Festschrift für Priester bilden ferner Beiträge zu internationalen Fragestellungen, d. h. insbesondere zum Thema Limited und zum europäischen Gesellschaftsrecht. In diesem Zusammenhang stellt *Hommelhoff* den aktuellen Stand der Gesetzgebungsinitiative des Europäischen Parlamentes zur Europäischen Privatgesellschaft dar (S. 245 ff.). Auch *Neye* zeigt die Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts auf und schildert das bisherige Brüsseler Konsultationsverfahren und die beiden Parlamentsentschlüsse vom April 2004 und Juli 2006 (S. 543 ff.). Schließlich stellt *Veil* Rechtsprinzipien und einzelne Regelungskonzepte im Europäischen Gesellschaftsrecht dar (S. 799 ff.). Als systematisierungsfähige Regelungsfelder identifiziert *Veil* insbesondere Strukturänderungen (Umwandlungen) und den Erwerb von Aktien.

Das Steuer- und Bilanzrecht bildet schließlich einen weiteren Schwerpunkt der Festschrift. Aufschlussreich und besonders für die notarielle Praxis relevant ist hier der von *Crezelius* unternommene Streifzug durch die mit § 17 EStG zusammenhängenden gesellschaftsrechtlichen Fragen. Der Autor schildert anschaulich die formale Anknüpfung des Steuerrechts an den Geschäftsanteil unter Außerachtlassung einer möglicherweise anderweitigen Verteilung der Stimmrechte. Aus dieser formalen Betrachtungsweise folgt eine strenge Anbindung von § 17 EStG an die zivilrechtliche Beteiligungsschwelle von einem Prozent. Als problematisch erweisen sich in diesem Zusammenhang insbesondere die in § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG formulierten „ähnlichen Beteiligungen“, da der Gesetzgeber hier auch wirtschaftlich vergleichbare Konstellationen erfassen will und daher in Konflikt mit den Grundtatbeständen echter kapitalgesellschaftsrechtlicher Beteiligungen gerät.

Neben den vorgenannten, derzeit die wissenschaftliche Diskussion im Gesellschaftsrecht bestimmenden Themen, enthält die Festschrift für Priester aber auch einige besondere „Schmankerl“, die sich ebenfalls als sehr lesenswert erweisen. Genannt sei hier der Beitrag von *Fleischer* zu sog. „bubble laws“ und „quack regulation“ (S. 75 ff.). Angesprochen sind hiermit die leider immer häufiger werdenden kriseninduzierten Reformgesetze im Aktien- und Kapitalmarktrecht. In anschaulicher Weise stellt *Fleischer* historische Reformgesetze in Deutschland sowie in den Vereinigten Staaten einzelnen kriseninduzierten Reformgesetzen der Gegenwart wie beispielsweise dem KonTraG in Deutschland oder dem Sarbanes-Oxley Act in den Vereinigten Staaten gegenüber. *Fleischer* untersucht die Entstehungsbedingungen und die Gefahren derartiger Gesetze und kommt zu dem Ergebnis, dass eine verzerrte Wahrnehmung und ein übermäßiger Zeitdruck in der Regel zu einer Überregulierung und Symbolgesetzgebung führen können. Darüber hinaus setzt sich *Fleischer* aber auch mit möglichen institutionellen Vorkehrungen gegen derartige missratene Gesetzgebung auseinander.

Zu guter Letzt sei schließlich auf die – wie sich schon aus der Überschrift ergibt nicht ganz ernst gemeinten – Ausführungen von *Kropff* zur Nützlichkeit einer notariellen Beurkundung von Kabinettsbeschlüssen eingegangen (S. 405 ff.). Anhand des Referentenentwurfs Aktiengesetz 1965 als historischem Beispiel zeigt *Kropff* augenzwinkernd auf, dass die notarielle Beurkundung von Kabinettsbeschlüssen keineswegs nützlich sei. Gar nicht selten seien Kompromisse überhaupt nur möglich, wenn jede Partei die Kompromissformel ihren Anhän-

gern als Erfolg verkaufen könne. Klarheit und Eindeutigkeit seien deswegen in der Politik keineswegs so erstrebenswert wie etwa bei Grundstücksgeschäften.

Schon diese kleine Auswahl an Autoren und Themen zeigt, dass zu Ehren von *Hans-Joachim Priester* eine einzigartige Festschrift entstanden ist. Es gibt derzeit wohl kein Buch, das den gegenwärtigen Stand der Diskussion im Umfeld des Ge-

sellschaftsrechts auch nur annähernd so gut abbildet wie das besprochene Werk. Den besonderen Reiz macht dabei aus, dass es nicht nur Beiträge mit richtungweisenden Grundlagenüberlegungen enthält, sondern auch eine ganze Reihe von äußerst praxisrelevanten Fragestellungen in hervorragender Weise beantwortet.

Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

---

**Busse/Dirnberger: Die neue Bayerische Bauordnung. 3. Aufl., Rehm, 2007. 482 S., 34,80 €**

Die 3. Auflage des zunächst von *Jürgen Busse*, dem geschäftsführenden Direktor des Bayerischen Gemeindetags, allein bearbeiteten und nunmehr von ihm gemeinsam mit *Franz Dirnberger*, dem für das Baurecht zuständigen Referatsleiter beim Bayerischen Gemeindetag, herausgegebenen Kommentars enthält die erste Gesamterläuterung der neuen Vorschriften. Er beschränkt sich auf die praxisrelevanten Punkte der einzelnen Normen und legt das Schwergewicht auf die Neuerungen. Die Änderungen der Novelle sind am Beginn jedes Artikels hervorgehoben, so dass der Benutzer sofort einen Überblick über die Neuerungen erhält. Dies erleichtert dem nicht ständig

mit baurechtlichen Fragen befassten Notar das Arbeiten mit dem Kommentar erheblich. Wertvoll sind hinsichtlich der Erläuterung der Vorschriften über die Abstandsflächen auch die zahlreichen Beispielszeichnungen, die von *Helmut Rauscher*, Städtischer Baudirektor a. D., stammen. Beispiel ist die Abbildung der grenzüberschreitenden Abstandsflächenübernahme durch den Nachbarn (Art. 6 Rdnr. 21).

Die Kommentierung von *Busse* und *Dirnberger* gibt rasch und zuverlässig Auskunft über alle Neuerungen, aber auch über die bisherigen Probleme des Bayerischen Bauordnungsrechts. Sie darf in keiner Bibliothek eines bayerischen Notars fehlen.

Notar Prof. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

### II.

1. BGB § 577 Abs. 1 (*Mietervorkaufsrecht nur beim ersten Verkaufsfall*)

- a) **Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters aus § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nur bei dem ersten Verkauf nach der Umwandlung in Wohnungseigentum bestehen (Bestätigung von BGHZ 167, 58, 61 ff. = DNotZ 2006, 747).**
- b) **Auf nachfolgende Verkäufe erstreckt es sich auch dann nicht, wenn die Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts bei dem ersten Verkauf nicht bestand, weil die Wohnung an einen Familien- oder Haushaltsangehörigen verkauft wurde (§ 577 Abs. 1 Satz 2 BGB), oder wenn die Ermittlung des anteiligen Preises, der für die dem Vorkaufsrecht unterfallende Eigentumswohnung zu zahlen ist, für den Mieter schwierig gewesen wäre.**

BGH, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 269/06

Die Kläger sind Mieter einer Wohnung, die sich in einem Mehrfamilienhaus befindet. Jahre nach der Anmietung wurde das Hausgrundstück von dem Sohn des Beklagten zu 1 gekauft. Im Folgenden wurde das Grundstück nach dem WEG geteilt. Nachdem eine Gläubigerin die Anordnung der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung erwirkt hatte, veräußerte der Sohn mit Zustimmung der Gläubigerin u. a. die von den Klägern bewohnte Eigentumswohnung an den Beklagten zu 1, der am 10.3.2004 als Eigentümer eingetragen wurde. Mit notariellem Vertrag vom 4.5.2004 verkaufte der Beklagte zu 1 die Wohnung an die Beklagte zu 2, zu deren Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. Nachdem die Kläger mit Schreiben vom 16.6.2004 dem Beklagten zu 1 erklärt hatten, sie machten von ihrem Vorkaufsrecht nach § 577 BGB Gebrauch, kam es zwischen den Parteien zunächst zu einem einstweiligen Verfügungsverfahren, in dessen Verlauf den Beklagten mit Berufungsurteil des LG verboten wurde, die Eintragung der Beklagten zu 2 als Eigentümerin in das Grundbuch zu beantragen (bzw. einen bereits gestellten Eintragungsantrag aufrechtzuerhalten).

Das AG hat die in der Hauptsache gegen beide Beklagte erhobene Unterlassungsklage mit dem Ziel der Verhinderung einer Eintragung der Beklagten zu 2 ebenso abgewiesen wie den weiteren Antrag, den Beklagten zu 1 zur Auflassung des Wohnungseigentums und zur Erteilung einer Löschungsbewilligung zu verurteilen. Die dagegen eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das LG hat ein Vorkaufsrecht der Kläger mit der Begründung verneint, § 577 BGB erfasse nur den ersten Verkaufsfall nach der Umwandlung in Wohnungseigentum. Das gelte auch dann, wenn die Wohnung an einen Familienangehörigen oder an eine zum Hausstand gehörende Person mit der Folge verkauft werde, dass ein Vorkaufsrecht nicht zur Entstehung gelange. Eine Einschränkung der „Verfügungsbefugnis“ desjenigen, der privilegiert nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB erworben habe, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dass ein missbräuchlicher Verkauf an privilegierte Personen möglich sei, rechtfertige keine andere Beurteilung. Missbrauchsfällen sei mit der Anwendung von § 242 BGB zu begegnen. Ein Missbrauch lasse sich hier jedoch nicht feststellen.

Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

2. a) Erfüllungsansprüche gegen den Beklagten zu 1 nach §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 464 Abs. 2 BGB bestehen nicht.

aa) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass der hier in Rede stehende zweite Verkauf nach der Umwandlung in Wohnungseigentum kein Vorkaufsrecht der Kläger begründet hat. Der BGH hat bereits entschieden, dass nur der erste Verkauf nach der Umwandlung geeignet ist, ein Vorkaufsrechts des Mieters nach § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB zu begründen, und dass dies selbst dann gilt, wenn die Entstehung des Vorkaufsrechts bei dem ersten Verkauf aufgrund gesetzlicher Regelungen – wie etwa bei einem „Verkauf“ im Wege der Zwangsversteigerung (so § 471 BGB) – ausgeschlossen ist (BGHZ 167, 58, 61 ff. = DNotZ 2006, 747; vgl. auch BGHZ 141, 194, 198 ff. = MittRhNotK 1999, 239). Auf dieser Grundlage kann nichts anderes gelten, wenn der Erstverkauf nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb zu keinem Vorkaufsrecht geführt hat, weil es sich bei dem Käufer um einen Familien- oder Haushaltsangehörigen des Vermieters handelt.

(1) Nach der verfassungsrechtlich unbedenklichen Einschätzung des Gesetzgebers realisiert sich bei der gebotenen typisierenden Betrachtung bei einem zweiten Verkauf nicht mehr die Gefahr der Verdrängung des Mieters aufgrund einer spekulativen Umwandlung von Wohnungen in Eigentumswohnungen, der mit der Regelung des § 577 BGB begegnet werden soll (vgl. BGHZ 167, 58, 61 f. = DNotZ 2006, 747). Ist eine durch die Umwandlung herbeigeführte gesteigerte Verdrängungsgefahr bei einem späteren Verkauf aber nicht mehr vorhanden, ist der mit einem Vorkaufsrecht einhergehende Eingriff in die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Wohnungseigentümers (Art. 14 Abs. 1 GG) nicht mehr gerechtfertigt (BGHZ 167, 58, 62 f. = DNotZ 2006, 747). Rechtsmissbräuchen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass nur zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts an eine nach § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB privilegierte Person veräußert wird, kann im Einzelfall mit der Anwendung von § 242 BGB begegnet werden (vgl. auch BGHZ 115, 335, 340 = DNotZ 1992, 414). Einer Ausweitung des Vorkaufsrechts auf weitere Verkaufsfälle nach der Umwandlung bedarf es hierzu nicht (vgl. BGHZ 141, 194, 200 = MittRhNotK 1999, 239).

Soweit die Revision geltend macht, der Privilegierungstatbestand des § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB sei in Anlehnung an den auf ein berechtigtes Interesse abstellenden § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB geschaffen worden, gibt diese Überlegung allenfalls Anlass zur Klärung der Frage, ob § 577 Abs. 1 Satz 2 BGB teleologisch dahin zu reduzieren ist, dass der Ausschluss des Vorkaufsrechts nur eingreift, wenn dem Erwerber ein Nutzungsinteresse zur Seite steht (zu dieser Frage *Staudinger/Rolfs*, BGB, 2006, § 577 Rdnr. 46 ff. m. w. N.). Das aber verhilft der Klage nicht zum Erfolg. Denn selbst die Bejahung der Frage führte lediglich dazu, dass der Verkaufsfall bereits mit dem ersten – hier zwischen dem Beklagten zu 1 und dessen Sohn abgeschlossenen – Kaufvertrag eingetreten wäre. Insoweit ist aber weder ein Vorkaufsrecht ausgeübt worden noch sind etwaige Erfüllungsansprüche gegen den Sohn Gegenstand des Rechtsstreits.

(2) Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt auch der Umstand, dass der erste Verkauf der Wohnung nicht isoliert, sondern „en bloc“ – zusammen mit weiteren Eigentumswohnungen – erfolgte, nicht die ausnahmsweise Zubilligung eines Vorkaufsrechts bei dem nachfolgenden Verkauf. Denn auch in solchen Fällen steht dem Mieter ein Vorkaufsrecht an der von ihm bewohnten Eigentumswohnung bereits aufgrund des ersten Verkaufsfalles zu (*Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 577 BGB Rdnr. 50 m. w. N.; vgl. auch BGH, NJW-RR 2005, 1534 = MittBayNot 2006, 135). Dass bei dem gebündelten Verkauf mehrerer Wohnungen die Ermittlung des anteiligen Kaufpreises schwierig sein kann, rechtfertigt nicht die Annahme, dass das Vorkaufsrecht nur bei einem Einzelverkauf oder bei Angabe des auf die Wohnung entfallenden Teilkaufpreises gegeben wäre. Zum einen führte das von der Revision befürwortete Hinausschieben der Vorkaufsberechtigung auf künftige – und damit in der Regel ungewisse – Verkaufsfälle zu einer nicht akzeptablen Beschneidung des von § 577 BGB bezweckten Mieterschutzes, weil es auch der Erwerber bei einem Weiterverkauf in der Hand hätte, das Eingreifen der Vorschrift wiederum durch eine En-bloc-Veräußerung mit fehlender Teilkaufpreisbestimmung zu verhindern. Zum anderen kann den Schwierigkeiten des Mieters, den auf seine Wohnung entfallenden anteiligen Kaufpreis zu ermitteln oder zumindest einigermaßen zuverlässig abzuschätzen, bei einem Streit über die Höhe des zu zahlenden Kaufpreises über die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) Rechnung getragen werden (vgl. BGHZ 141, 194, 200 = MittRhNotK 1999, 239). Dabei können Zweifel, die dem Mieter bei der Einschätzung des auf ihn entfallenden Kaufpreises bei seiner Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der Frist des § 469 Abs. 2 Satz 1 BGB (dazu BGHZ 168, 152, 156 = DNotZ 2006, 858) berechtigterweise verblieben sind, im Einzelfall zu Lasten des Vermieters ausschlagen, weil dieser die die Ausübung des Vorkaufsrechts erschwerende Vertragsgestaltung zu verantworten hat.

bb) Eine abweichende Beurteilung ist nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) geboten. Das Berufungsgericht hat ein auf Umgehung der Rechtsfolgen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB gerichtetes rechtsmissbräuchliches Zusammenwirken des Beklagten zu 1 mit seinem Sohn – insbesondere vor dem Hintergrund der angeordneten Zwangsverwaltung und der Abstimmung des Erstverkaufs mit der betreibenden Gläubigerin (zu diesem Aspekt BGHZ 141, 194, 202 = MittRhNotK 1999, 239) – rechtsfehlerfrei verneint. (...)

2. MaBV § 4 Abs. 1 Nr. 2, § 6 Abs. 1; BGB § 134 (*Abtretung der Vergütungsforderung des Bauträgers an finanzierende Bank wirksam*)

**Die sicherungshalber erfolgende Vorausabtretung der dem Bauträger gegen einen Erwerber zustehenden Vergütungsforderung an die finanzierende Bank ist grundsätzlich nicht wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2, § 6 Abs. 1 MaBV i. V. m. § 12 MaBV, § 134 BGB unwirksam.**

BGH, Urteil vom 11.10.2007, VII ZR 235/05

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Insolvenzverwalter die Übertragung des Eigentums an zwei Eigentumswohnungen. In den notariellen Erwerbsverträgen war für die Wohnung Nr. 1 ein Erwerbspreis von 227.561 DM und für die Wohnung Nr. 4 von 216.972 DM vereinbart. Die Vergütung war entsprechend dem Baufortschritt in Raten zu zahlen. Das Objekt ist vollständig fertig gestellt.

Die Beklagte hatte die Vergütungsforderungen bereits vor Abschluss der Erwerbsverträge an die sie finanzierende R.-Bank als Sicherheit für bestehende und künftige Forderungen aus der Geschäftsverbindung abgetreten. Die Abtretung wurde der Klägerin nach Vertragsschluss angezeigt. Nachdem diese die ersten Raten für die Wohnung Nr. 1 in Höhe von 68.268,30 DM und die Wohnung Nr. 4 in Höhe von 65.091,60 DM an die R.-Bank gezahlt hatte, leistete sie weitere Ratenzahlungen in Höhe von insgesamt 103.540,25 DM (Wohnung Nr. 1) und 105.079,90 DM (Wohnung Nr. 4) auf ein Konto der Beklagten bei der V.-Bank, für das ihr Ehemann eine Kontokorrentbürgschaft übernommen hatte. In Höhe eines Betrages von 16.424,42 DM rechnete die Klägerin gegenüber der für die Wohnung Nr. 4 geschuldeten Vergütungsforderung mit einer an sie abgetretenen, ihrem Ehemann gegen die Beklagte zustehenden Forderung auf.

Anfang 1997 schlossen die Parteien zwei notariell beurkundete Verträge, in denen der Preis für die Wohnung Nr. 1 auf 130.780,50 DM und für die Wohnung Nr. 4 auf 108.486 DM herabgesetzt und vereinbart wurde, dass die Klägerin den Innenausbau selbst durchführen solle. In der Folgezeit nahm die Beklagte dennoch den Innenausbau vor.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, das Eigentum an beiden Wohnungen an die Klägerin aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen. Sie ist der Auffassung, die Vergütungsforderungen der Beklagten seien durch die erbrachten Zahlungen und die unstreitige Aufrechnung vollständig erfüllt. Hilfsweise erklärt sie mit weiteren Gegenforderungen im Umfang von insgesamt 107.599,17 DM die Aufrechnung.

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe den vereinbarten Erwerbspreis nicht vollständig bezahlt; bei den Änderungsverträgen handele es sich um gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtige Scheingeschäfte. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag mit dem Inhalt weiter, den Notar anzuweisen, die zur Eintragung der Klägerin als Eigentümerin beurkundeten Erklärungen beim Grundbuchamt zum Vollzug der Eigentumsumschreibung einzureichen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat keinen Erfolg.

Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe die vereinbarte Vergütung für die Wohnungen Nr. 1 und 4 bislang nicht vollständig erbracht. Bei den notariell beurkundeten Änderungsverträgen handele es sich um nach § 117 Abs. 1 BGB nichtige Scheingeschäfte.

Die Klägerin habe Zahlungen nach Kenntnis der Abtretung nicht mit befreiender Wirkung an die Beklagte leisten können. Die Vorausabtretung der Vergütungsforderungen an die R.-Bank sei nicht wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 MaBV unwirksam. In den Erwerbsverträgen sei vereinbart gewesen, dass die Raten entsprechend dem Baufortschritt zu zahlen seien. Bei einer derartigen Vertragsgestaltung sei gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 MaBV eine getrennte Vermögensverwaltung nicht notwendig.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht geht im Ergebnis zutreffend davon aus, dass den nach Anzeige der Abtretung geleisteten Zahlungen der Klägerin auf ein Konto der Beklagten bei der V.-Bank keine schuldbefreiende Wirkung zukommt.

a) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Vorausabtretung der gegen die Klägerin gerichteten Vergütungsforderungen an die R.-Bank nicht wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV i. V. m. § 12 MaBV, § 134 BGB unwirksam.

aa) Das Berufungsgericht nimmt, von der Revision unbeanstandet, an, dass die Beklagte die Verträge mit der Klägerin über die Veräußerung der Eigentumswohnungen in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit i. S. d. § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO geschlossen hat.

bb) Die Beklagte hat sich der nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV bestehenden Verwendungspflicht nicht von vornherein dadurch entzogen, dass sie die gegen die Klägerin gerichteten Vergütungsforderungen aus den Erwerbsverträgen an die R.-Bank abgetreten hat. Durch diese Abtretung zur Sicherung bestehender und künftiger Forderungen aus der Geschäftsverbindung mit der Bank wird die nach § 4 Abs. 1 Nr. 2, § 12 MaBV zwingende Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur zweckentsprechenden Verwendung der vom Auftraggeber erhaltenen Vermögenswerte nicht beschränkt oder ausgeschlossen.

(1) Der Gewerbetreibende erhält Vermögenswerte des Auftraggebers i. S. d. § 4 Abs. 1 MaBV auch dann, wenn dieser die nach dem Vertrag geschuldete Vergütung nach Abtretung der Forderung weisungsgemäß unmittelbar an den Zessionar zahlt und damit die Darlehensschuld des Gewerbetreibenden gegenüber dem Zessionar tilgt (vgl. BR-Drucks. 786/73, S. 3). Dieses Verständnis des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV entspricht dem mit der Makler- und Bauträgerverordnung verfolgten Zweck, sämtliche dem Gewerbetreibenden zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu erfassen, in den Besitz von Vermögenswerten des Auftraggebers zu gelangen (vgl. *Marcks*, MaBV, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 4; *ders.*, DNotZ 1974, 524, 527).

Der Vermögenswert, den der Gewerbetreibende durch die Zahlung des Auftraggebers an den Zessionar erhält, besteht darin, dass er in Höhe der an den Zessionar geleisteten Zahlungen des Auftraggebers von seiner gegenüber dem Zessionar bestehenden Verbindlichkeit frei wird (vgl. MünchKommBGB/*Lieb*, 4. Aufl., § 812 Rdnr. 142). Das bedeutet bei wirtschaftlicher Betrachtung, dass den vom Zessionar, hier der Bank, zugeflossenen Darlehensmitteln in Höhe der vom Auftraggeber geleisteten Zahlung kein Rückzahlungsanspruch mehr gegenübersteht. Dem Gewerbetreibenden wächst in dieser Höhe somit ein Vermögenswert zu.

(2) Es bedarf nicht der ausdrücklichen Vereinbarung einer Zweckbindungsklausel im Abtretungsvertrag mit dem Zessionar (so aber OLG Jena, OLGR 2006, 381; vgl. dazu *Basty*, ZfIR 1997, 587, 589 und *Everts* in Grziwotz, MaBV, § 5 Rdnr. 5). Der Gewerbetreibende ist unabhängig von einer solchen Zweckvereinbarung im Sicherungsvertrag nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV verpflichtet, den Vermögenswert, den er aufgrund der vom Auftraggeber an den Zessionar erbrachten Zahlung erlangt, nämlich die nicht mehr mit dem Rückzahlungsanspruch belasteten Darlehensmittel, ausschließlich zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens einzusetzen, auf das sich der Auftrag bezieht, der der abgetretenen Vergütungsforderung zugrunde liegt. Diese Verpflichtung beschränkt der Gewerbetreibende durch die Abtretung nicht im Sinne des § 12 MaBV, der eine beschränkende Abrede mit dem Auftraggeber voraussetzen würde.

(3) Der Erfüllung dieser Verpflichtung steht die Vorausabtretung zur Sicherung an eine Bank, die durch die von ihr gewährten Kredite das Bauvorhaben finanziert und seine Durchführung ermöglicht, auch dann nicht in einer rechtlich relevanten Weise entgegen, wenn die Vorausabtretung, wie es hier der Fall ist, in der im Kreditgeschäft üblichen Weise zur Sicherung der aus der Geschäftsverbindung resultierenden gegenwärtigen und künftigen Forderungen erfolgt. Denn auch in dieser Form sind die Vorausabtretung und die ihr zugrundeliegende Sicherungsabrede nicht mit der Rechtsfolge des § 134 Abs. 1 BGB darauf gerichtet, dem Gewerbetreibenden

die Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 4 Abs. 1 MaBV unmöglich zu machen. Die Vorausabtretung birgt auch kein dem Sicherungszweck dieser Norm entgegenstehendes Risiko dafür, dass die Zahlungen des Auftraggebers keine zweckgerichtete Verwendung finden, ohne dass der Gewerbetreibende hierauf noch in Erfüllung seiner Pflichten Einfluss nehmen könnte. Denn da die Bank diese gesetzlichen Pflichten des Gewerbetreibenden kennt und im Rahmen dieser Kenntnis eine Vergütungsforderung zur Sicherung der Finanzierung des Bauträgervorhabens erwirbt, die durch § 4 Abs. 1 MaBV geschützt ist, übernimmt sie ungeachtet des weitergehenden Wortlauts der Vorausabtretungsvereinbarung die diesem Sicherungsgeschäft immanente Verpflichtung, eingehende Zahlungen des Erwerbers vorrangig im Rahmen der Finanzierung des konkreten Bauvorhabens einzusetzen, insbesondere zur Tilgung von Krediten, die für die Durchführung dieses Bauvorhabens ausgegeben wurden.

b) Die Abtretung der gegen die Klägerin gerichteten Vergütungsforderungen an die R.-Bank zur Sicherung der dieser aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten zustehenden Ansprüche verstößt auch nicht gegen § 6 Abs. 1 MaBV. Danach hat der Gewerbetreibende Vermögenswerte des Auftraggebers, die er zur Ausführung des Auftrags erhält, von seinem Vermögen und dem seiner sonstigen Auftraggeber getrennt zu verwalten, soweit es sich nicht um vertragsgemäß im Rahmen des § 3 Abs. 2 oder 3 MaBV geleistete Zahlungen handelt.

Die Beklagte hat diese Verpflichtung unabhängig davon, ob die Parteien in den Erwerbsverträgen eine den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV entsprechende Ratenzahlungsvereinbarung getroffen haben, nicht bereits dadurch verletzt, dass sie die gegenüber der Klägerin bestehende Vergütungsforderung zur Sicherheit an die R.-Bank abgetreten hat. Der Zweck der nach § 6 Abs. 1 Satz 1 MaBV bestehenden Pflicht zur getrennten Verwaltung der vom Auftraggeber erhaltenen Vermögenswerte liegt darin sicherzustellen, dass diese dem Zugriff anderer Gläubiger des Gewerbetreibenden entzogen werden, und zu gewährleisten, dass diese Vermögenswerte zweckentsprechend zur Ausführung des beauftragten Bauvorhabens verwendet werden (vgl. *Heinemann* in Grziwotz, MaBV, § 6 Rdnr. 1; *Marcks*, MaBV, 7. Aufl., § 6 Rdnr. 1). Dieser Zwecksetzung steht die Vorausabtretung an die Bank nicht entgegen, die in dem oben dargestellten rechtlichen Rahmen erfolgt (vgl. a bb), um als notwendige Sicherheit die wirtschaftlichen Grundlagen dafür zu schaffen, dass das Bauvorhaben durchgeführt werden kann und die Zahlungen der Erwerber ihr wirtschaftliches Ziel erreichen. (...)

3. ErbbauVO § 7 Abs. 1 und 3; FGG § 12 (*Ausreichender Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung*)

**Überträgt eine natürliche Person als bisherige Rechtsinhaberin das Erbbaurecht an eine von ihr beherrschte GmbH & Co KG, muss im Ersetzungsverfahren nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO näher überprüft werden, ob die Gesellschaft eine vergleichbare Sicherheit für die Zahlung des Erbbauzinses bietet wie die Privatperson als bisherige Rechtsinhaberin.**

OLG Hamm, Beschluss vom 9.7.2007, 15 W 84/07; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 2 hat dem Beteiligten zu 1 an seinem Grundstück für die Zeit bis zum 31.12.2101 ein Erbbaurecht bestellt. Nach § 1 des

Vertrages ist der Erbbauberechtigte berechtigt, auf seine Kosten eine oder mehrere Lagerhallen einschließlich Büroräumen und eventuell eine Hausmeisterwohnung, Parkplätze, Zufahrt und Abstellflächen zu errichten. Nach § 15 Nr. 5 Satz 1 des Vertrages bedarf die Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers. In Satz 3 übernahm der Beteiligte zu 1 für den Fall, dass das Erbbaurecht aus irgendeinem Grund gegen den Willen des Beteiligten zu 2 oder ohne dessen Genehmigung auf einen Dritten übergeht, diesem gegenüber die Bürgschaft für die Zahlung des gemäß § 9 des Vertrages festgesetzten Erbbauzinses durch den jeweiligen Erbbauberechtigten.

Nach Übernahme des Grundbesitzes durch den Beteiligten zu 1 errichtete dieser auf dem Gelände einen Parkplatz, den er für sein Speditionsunternehmen nutzt. Der Beteiligte zu 1 brachte ferner das Erbbaurecht in die D GmbH & Co KG ein; er ist alleiniger Kommanditist der Kommanditgesellschaft mit einer Einlage von 10.000 € und alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Im Einbringungsvertrag ist geregelt, dass die Kommanditgesellschaft sämtliche Verpflichtungen des Beteiligten zu 1 aus dessen Erbbaurechtsvertrag mit dem Beteiligten zu 2 übernimmt.

Der Beteiligte zu 1 verlangt nun von dem Beteiligten zu 2 die Zustimmung zur Übertragung des betroffenen Erbbaurechts. Der Beteiligte zu 2 ist bereit die Zustimmung zu erteilen, wenn der Beteiligte zu 1 persönlich die Bürgschaft für die Erfüllung der Erbbauzinsverpflichtungen ihm gegenüber übernimmt. Er ist der Meinung, die Verpflichtung des Beteiligten zu 1 zur Stellung einer Bürgschaft ergebe sich schon aus § 15 des Erbbaurechtsvertrages. Zudem stelle ihn der Übergang des Erbbaurechts von dem Beteiligten zu 1 auf eine GmbH & Co KG wirtschaftlich schlechter.

Demgegenüber behauptet der Beteiligte zu 1, die Erwerberin biete die Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsvertrag ergebenden Verpflichtungen. Einem bestehenden Sicherungsinteresse sei dadurch hinreichend Genüge getan, dass die Zahlung des Erbbauzinses durch eine erstrangig im Grundbuch eingetragene Reallast sichergestellt sei.

Das AG wies den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts mit der Begründung zurück, die Zustimmung werde nicht grundlos i. S. v. § 7 Abs. 1 ErbbauVO verweigert, weil der Beteiligte zu 2 durch die Veräußerung wirtschaftlich schlechter gestellt sei. Denn während ihm nun der Beteiligte zu 1 mit seinem ganzen Vermögen für die sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen hafte, hafte dieser nach dem Übergang des Erbbaurechts gemäß § 171 Abs. 1 HGB nur bis zur Höhe seiner Einlage von 10.000 €.

Hiergegen legte der Beteiligte zu 1 sofortige Beschwerde ein. Er trat der Auffassung des AG entgegen, bereits wegen der Rechtsform des Erbbaurechtsinhabers sei von einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Grundstückseigentümers auszugehen. Dies sei nicht haltbar. Dazu behauptete er, die D GmbH & Co KG verfüge über ein Eigenkapital in siebenstelliger Höhe.

Der Beteiligte zu 2 erwiderte hierauf, die Komplementär-GmbH sei mit dem Mindestkapital von 25.000 € ausgestattet und hafte lediglich mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Die Behauptung, die KG verfüge über ein Eigenkapital in siebenstelliger Höhe, sei nicht belegt und werde bestritten. Fest stehe, dass die Komplementär GmbH nur mit der Mindestkapitalsumme ausgestattet sei. Bei der beabsichtigten Übertragung verliere er den Beteiligten zu 1 als persönlich haftenden Vertragspartner und erhalte stattdessen als maximales Haftungspotenzial insgesamt 35.000 €.

Das LG hat den Beschluss des AG abgeändert und die Zustimmung des Beteiligten zu 2 antragsgemäß ersetzt. Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

## II.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO, §§ 53 Abs. 1, 60 Abs. 1 Nr. 6, 27, 29 Abs. 2 FGG form- und fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2 folgt daraus, dass das LG die Entscheidung des AG zu seinem Nachteil abgeändert hat.

In der Sache führt das Rechtsmittel zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das LG, weil der Sachverhalt noch nicht hinreichend geklärt ist.

Nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO kann die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts ersetzt werden, wenn sie von ihm ohne ausreichenden Grund verweigert wird. Nicht ausreichend begründet in diesem Sinne ist die Verweigerung, wenn dem Erbbauberechtigten ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO zusteht. Nach dieser Vorschrift kann der Erbbauberechtigte von dem Grundstückseigentümer die Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung verlangen, wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird und dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Diese gesetzliche Vorschrift trägt dem Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO) Rechnung. Die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses für die Veräußerung als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts stellt sich als Schutzrecht des Grundstückseigentümers gegen eine Verschlechterung seiner Rechtsposition dar. Die vom Gesetzgeber gewollte Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten darf durch eine willkürliche Verweigerung der Zustimmung nicht beeinträchtigt werden (OLG Hamm, NJW-RR 2006, 656; DNotZ 2006, 206 = Rpfleger 2006, 259; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauVO, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 6; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 191). Es ist deshalb im Rahmen der in § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO genannten Kriterien eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 ErbbauVO hat nach einhelliger Auffassung zwingenden Charakter. Der Anspruch auf Erteilung der Zustimmung kann nicht durch vertragliche Abreden ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (*Ingenstau/Hustedt*, ErbbauVO, § 7, Rdnr. 2; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Kap. 4 Rdnr. 193).

Von diesen Grundsätzen ist das LG ausgegangen und es hat zutreffend die Zuverlässigkeit der Erwerberin nicht schon deshalb verneint, weil die GmbH & Co KG für die Ansprüche der Antragsgegnerin nicht wie eine natürliche Person hafte. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass ein für eine natürliche Person bestelltes Erbbaurecht nicht auf eine juristische Person mit eingeschränkter Haftung oder eine Personenhandels-gesellschaft in der Form der GmbH & Co KG übertragen werden könnte und zwar generell, ohne Würdigung der Umstände des Einzelfalles, obwohl das Erbbaurecht auf eine Personenhandelsgesellschaft übertragen werden soll, die eine gesetzlich anerkannte Rechtsform besitzt (so auch OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 387 = OLG-Report 2006, 229; für den vergleichbaren Fall der Zustimmungsbedürftigkeit der Veräußerung eines Wohnungseigentums nach § 12 WEG bei einem Erwerb durch eine GmbH: BayObLG, NJW-RR 1988, 1425).

Auf derartige generell durch die eingeschränkte Haftung der GmbH & Co KG sich ergebende Risiken kann daher nicht abgestellt werden. Vielmehr ist zu überprüfen, ob der Vortrag des Beteiligten zu 1, der für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 ErbbauVO die Feststellungslast trägt (OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 387; OLG Oldenburg, NJW-RR 1991, 23 = Rpfleger 1990, 452 m. w. N.), zutreffend ist, dass die Realisierung der Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag zur Zahlung des jährlichen Erbbauzinses, der derzeit bei 10.474 € liegt, bei einem Übergang des Rechts vom Beteiligten zu 1 auf die GmbH & Co KG gleichwertig bleibt.

Diese Frage kann derzeit aber nicht beantwortet werden, weil die tatsächliche Vermögenssituation der Erwerberin noch unbekannt ist. Der Beteiligte zu 2 ist dem Sachvortrag des Beteiligten zu 1 entgegengetreten, insbesondere der Behauptung, die D GmbH & Co KG verfüge über ein Eigenkapital in siebenstelliger Höhe. Diesen Punkt hat das LG nicht aufgegriffen und gemeint, konkrete Bedenken seien nicht ersichtlich. Diese Schlussfolgerung konnte das LG jedoch nicht treffen, weil bislang *jegliche* Feststellungen dazu fehlen, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Erwerberin – deren im Handelsregister ausgewiesenes Stammkapital über deren wirkliche Wirtschaftskraft und finanzielle Lage nichts aussagt – derart ist, dass mit der Übernahme des Erbbaurechts die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen in der gleichen Weise wie bisher sichergestellt sind. Nur dann besteht der gesetzliche Zustimmungsanspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundeigentümer.

Die Entscheidung des LG kann daher keinen Bestand haben und ist, weil sie sich auch nicht aus einem Grund als richtig erweist, zur weiteren Sachverhaltsaufklärung aufzuheben und an das LG zurückzuverweisen. Das LG muss in die Ermittlung weiterer tatsächlicher Grundlagen eintreten, um sich eine Überzeugung bilden zu können, dass die Personengesellschaft, auf die der Beteiligte zu 1 das Erbbaurecht übertragen will, unter Berücksichtigung dessen, dass auch bei Privatpersonen eine Insolvenz eintreten kann, im Rahmen einer Prognoseentscheidung eine vergleichbare Sicherheit zur Zahlung der Erbbauzinsen bietet wie eine Privatperson. Aus der gegenwärtigen Sichtweise des Senats erfordert dies, dass sich die Kammer ein Bild machen muss über die Entwicklung der wirtschaftlichen Situation der GmbH & Co KG in den letzten Jahren. Hierzu wird es erforderlich sein, sich die Jahresabschlüsse (Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen und Anhänge sowie Lageberichte, vgl. §§ 264, 264 a, 266 ff., 284–289 HGB) der letzten fünf Jahre vorlegen zu lassen und dabei u. a. zu überprüfen, ob das Eigenkapital eingezahlt ist. Weiter sollte das LG in einem mündlichen Erörterungstermin mit den Beteiligten der Frage nach den Gründen der Übertragung des Erbbaurechts nachgehen, insbesondere der Frage, warum der Beteiligte zu 1 schon 2 ½ Jahre nach der Bestellung des Erbbaurechts dieses auf eine Personengesellschaft übertragen will. Zur Ermittlung dieses Hintergrundes besteht hier besonderer Anlass, weil der Beteiligte zu 1 das Recht nicht auf einen von seiner Person unabhängigen „Dritten“ übertragen will, sondern auf eine von ihm geleitete Personengesellschaft, es gleichwohl aber strikt ablehnt, für die Zahlungsverpflichtungen, die aus der Übernahme des Erbbaurechts durch die KG herrühren, die persönliche Bürgschaft zu übernehmen. Dieses Verhalten kann den Eindruck erwecken, dass der Beteiligte zu 1 das Erbbaurecht gezielt zu dem Zweck übertragen will, um aus der persönlichen Haftung herauszukommen und das haftende Kapital niedrig zu halten.

Die Frage, ob sich die Pflicht des Beteiligten zu 1 zur Stellung einer Bürgschaft bereits aus § 15 Satz 3 des Bestellungsvertrages ergibt, bedarf hier keiner Beantwortung. Denn ein solcher Anspruch ist nur als schuldrechtlicher denkbar, der über den zulässigen *dinglichen* Inhalt einer Veräußerungsbeschränkung i. S. d. § 5 Abs. 1 ErbbauVO hinausgeht und daher im vorliegenden Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung zur Veräußerung (§ 7 Abs. 3 ErbbauVO) nicht zu überprüfen ist.

4. BGB § 1365 Abs. 1; GBO § 19 (*Keine Prüfungspflicht des Grundbuchamtes bzgl. ehelichen Veräußerungsverbot*)

- 1. Das Grundbuchamt ist nicht verpflichtet, Ermittlungen darüber anzustellen, ob der eine Eigentumsumschreibung bewilligende Verkäufer in einem Grundstückskaufvertrag über sein nahezu gesamtes Vermögen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB verfügt.**
- 2. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Sachlage, die das Grundbuchamt zu einer Antragszurückweisung oder einer Zwischenverfügung veranlassen müssten, lassen sich nicht lediglich aus dem Wert des übertragenen Grundbesitzes ableiten.**

OLG München, Beschluss vom 9.1.2007, 32 Wx 176/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München a. D.

Der Beteiligte zu 1 erwarb von dem Beteiligten zu 2 mit notariellem Geschäfts- und Grundbesitzübergabevertrag den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz. Als vertragliche Gegenleistung wurde die Schuldübernahme in Höhe von 800.000 € sowie ein Hinzuzahlungsbetrag in Höhe von 700.000 € vereinbart. In § 10 des Vertrages erklärte der Beteiligte zu 2, in dieser Urkunde nicht über sein ganzes oder nahezu ganzes Vermögen zu verfügen. Der Beteiligte zu 1 wurde als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligte zu 3 legte einen Arrestbefehl vor. Dieser war gegen den Beteiligten zu 2 gerichtet und stützte sich auf eine behauptete Zugewinnausgleichsforderung der Beteiligten zu 3 gegen den Beteiligten zu 2 in Höhe von 500.000 €. Die Beteiligte zu 3 ließ die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Eigentums durch den Beteiligten zu 1 beantragen. Diesen Widerspruch trug das Grundbuchamt mit folgenden Worten in Abt. I des Grundbuchs ein:

*„Widerspruch nach § 899 BGB gegen die Eintragung des Eigentums für ... gemäß Arrestbefehl vom 24.5.2006 ...“.*

Die Beschwerde gegen diese Eintragung wies das LG zurück mit der Maßgabe, dass auch der Beteiligte zu 2 als weiterer Berechtigter einzutragen sei. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2.

*Aus den Gründen:*

Die Rechtsbeschwerde ist grundsätzlich statthaft, jedoch nur seitens des Beteiligten zu 1 auch im Übrigen zulässig. Zwar erfüllt auch die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2 die Formvoraussetzungen des § 80 GBO, doch fehlt es dem Beteiligten zu 2 an einer Beschwerdeberechtigung. Er hat weder eine grundbuchrechtliche Position, die durch die Eintragung des Amtswiderspruches in Frage gestellt wäre, noch wurde er durch den angefochtenen Beschluss des LG in sonstiger Weise in seinen Rechten verletzt. Dass der auf Anweisung des LG nach dessen Ansicht hin einzutragende Widerspruch auch zu seinen Gunsten wirken solle, belastet den Beteiligten zu 2 nicht. Bei der Beschwerdeberechtigung ist ausschließlich auf das rechtliche Interesse und die verfahrensrechtliche Schlechterstellung, die der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung erlitten hat, abzustellen (vgl. BayObLGZ 1977, 251, 254).

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist im Übrigen zulässig und auch begründet:

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Voraussetzungen des § 899 BGB, auf die sich das Grundbuchamt berufen habe, lägen nicht vor. Der vorgelegte Arrestbeschluss richtete sich nicht gegen den eingetragenen Eigentümer und entfalte auch keinerlei rechtliche Wirkungen gegen diesen, nachdem § 419 BGB a. F. ersatzlos weggefallen sei. Der Widerspruch sei jedoch im Ergebnis zu Recht eingetragen worden, weil das Grundbuchamt verpflichtet gewesen sei, die

Gesetzmäßigkeit der beantragten Eintragung zu prüfen. Dabei habe es unterlassen, festzustellen, ob bei der Verfügung eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten über ein Grundstück die Zustimmung nach § 1365 BGB erforderlich sei. Der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft gemacht, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vorliege. Deshalb sei zugunsten der Beteiligten zu 3 ein Amtswiderspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung des Eigentums veranlasst.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand:

a) Zutreffend ist allerdings das LG davon ausgegangen, dass die Vorlage des Arrestbeschlusses das Grundbuchamt nicht berechnete, einen Widerspruch gemäß § 899 BGB einzutragen. Der Beteiligte zu 1 war im Arrestbeschluss nicht als Schuldner genannt, so dass der Arrestbeschluss seine sonst nötige Bewilligung zur Eintragung gemäß § 19 GBO nicht ersetzte. Eine solche in der Form des § 29 abgegebene Bewilligung zur Eintragung des Widerspruchs fehlte ebenso. Das Grundbuchamt konnte daher die Eintragung des Widerspruchs nicht auf § 899 BGB stützen.

b) Es entbehrt auch die vom LG angeordnete Eintragung eines Amtswiderspruchs der gesetzlichen Grundlage. Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn

- das Grundbuch durch eine Eintragung unrichtig geworden ist,
- das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat,
- und sich an die Eintragung gutgläubiger Erwerb anschließen kann.

Dabei muss die Gesetzesverletzung feststehen, während die Unrichtigkeit des Grundbuchs zumindest glaubhaft sein muss (vgl. hierzu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 394).

Ob das Grundbuch durch die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer unrichtig geworden ist, kann deswegen dahinstehen, weil eine Gesetzesverletzung bei der Eintragung nicht ersichtlich ist. Das LG geht davon aus, das Grundbuchamt habe wegen des Wertes des Vertragsgegenstandes prüfen müssen, ob bei der Verfügung eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten die Zustimmung des anderen gemäß § 1365 BGB erforderlich sei und vorliege. Dieser Ansicht folgt der Senat nicht:

Die vom LG insoweit zitierte Entscheidung BayObLGZ 1987, 431 ist für die Annahme einer derartigen Prüfungspflicht alles andere als ergiebig. Das Grundbuchamt ist nämlich nach Ansicht des BayObLG, der sich der Senat anschließt, nur dann berechtigt und verpflichtet, die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots gemäß § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind (BayObLGZ 1987, 431, 435 m. w. N.). Die dort zitierte obergerichtliche Rechtsprechung verfolgte für das Antragsverfahren immer die Linie, dass eine positive Kenntnis des Grundbuchamts von sog. Negativtatsachen, welche eine Eintragung hindern, zur Antragszurückweisung führen müssten, während eine Ermittlungspflicht im Hinblick auf diese Tatsachen grundsätzlich nicht besteht.

Eine solche würde den Verfahrensgrundsätzen und Zwecken des Antragsverfahrens auch zuwiderlaufen. So wurde vom

BGH die Auffassung des OLG Celle (NJW 1960, 437), dass eine über ein Grundstück verfügende Person stets eine Erklärung des Inhalts abzugeben habe, sie sei unverheiratet oder besitze außer dem fraglichen Grundstück noch weiteres Vermögen, als nicht gerechtfertigt angesehen (BGH, NJW 1961, 1301, 1302). Dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 1364 BGB und § 1365 BGB entsprechend hat das Grundbuchamt grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft nicht vorliegt (nunmehr auch OLG Celle, NJW-RR 2000, 384). Nur wenn es Kenntnis von der Notwendigkeit der Zustimmung in objektiver Hinsicht oder begründete Zweifel, die auf bestimmten konkreten Anhaltspunkten beruhen, hat, muss es entweder den Antrag zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen.

Das LG hat seine Überzeugung davon, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 Abs. 1 BGB vorlägen, einzig und allein auf den Wert des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes gestützt. Dies reicht nach Ansicht des Senats nicht, konkrete Anhaltspunkte für eine Zustimmungsbedürftigkeit zu bejahen. Der Wert des zu übertragenden Grundstücks könnte lediglich dann einen konkreten Anhaltspunkt liefern, wenn er in Relation zu den sonstigen Vermögensverhältnissen des verfügenden Ehegatten gesetzt würde und wenn dem Grundbuchamt diese sonstigen Vermögensverhältnisse bekannt wären.

Des Weiteren wird die relativ schwache Indizwirkung des Grundbesitzwertes noch dadurch entkräftet, dass der Beteiligte zu 2 erklärt hat, nicht über sein Vermögen im Ganzen oder über den wesentlichen Teil hiervon zu verfügen.

Eine Gesetzesverletzung des Grundbuchamts bei Eintragung des neuen Eigentümers kann daher nicht angenommen werden. Auf die Frage, ob das Grundbuch jetzt unrichtig ist, kommt es daher nicht mehr an. Nur am Rande sei deshalb darauf hingewiesen, dass eine Grundbuchunrichtigkeit nicht festgestellt werden kann. Es liegen keine Tatsachen vor, die das Grundbuchamt zu der Annahme berechtigten, zum Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 habe der Beteiligte zu 1 Kenntnis davon gehabt, dass der Vertragsgegenstand nahezu das gesamte Vermögen des Beteiligten zu 2 darstelle. § 1385 Abs. 1 BGB ist im Interesse der Rechtssicherheit eingrenzend dahingehend auszulegen, dass der Vertragspartner positive Kenntnis von dem bezeichneten Umstand hat (BGHZ 43, 174, 177 = DNotZ 1966, 44). Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei nicht derjenige der Grundbucheintragung, sondern derjenige der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts (BGHZ 106, 253, 257 = NJW 1989, 1609).

### Anmerkung:

Im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen eines Amtswiderspruchs nach § 53 GBO hatte sich das OLG München im Beschluss vom 9.1.2007 mit dem Umfang der Prüfungspflichten des Grundbuchamtes vor dem Vollzug einer beantragten Eigentumsumschreibung auseinanderzusetzen.

#### 1. Prüfungspflichten des Grundbuchamtes

##### a) Problemaufriss

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuch durch eine Eintragung unrichtig geworden ist, die das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat. Es stellte sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Eintragung des Käufers als Eigentümer unter Verletzung gesetz-

licher Vorschriften vorgenommen worden war, weil das Grundbuchamt das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 1365 BGB nicht geprüft hatte. Im Beschwerdeverfahren gegen die Eintragung des Widerspruchs war das LG als Vorinstanz davon ausgegangen, dass der hohe Wert des Vertragsgegenstandes das Grundbuchamt zur Prüfung des § 1365 BGB vor Eigentumsumschreibung verpflichtet hätte. Diese Ansicht des LG geht – wie das OLG im vorliegenden Beschluss richtigerweise feststellt – sowohl am Charakter des Eintragungsverfahrens als durch Beweismittelbeschränkung geprägtes Antragsverfahren<sup>1</sup> als auch am materiellrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen § 1364 BGB einerseits und § 1365 BGB andererseits<sup>2</sup> vorbei.

## b) Materiellrechtliches Regel-Ausnahme-Verhältnis

Grundsätzlich kann ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten nach freiem Belieben über seine Vermögensgegenstände verfügen und sich zu solchen Verfügungen verpflichten, § 1364 BGB. Eine Ausnahme hierzu stellt § 1365 Abs. 1 BGB dar, wonach sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten zur Verfügung über sein Vermögen im Ganzen verpflichten kann (Satz 1) bzw. eine ohne Einwilligung des anderen Ehegatten eingegangene Verpflichtung nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten erfüllen kann (Satz 2). Als Verfügung über das Vermögen im Ganzen gilt nach allgemeiner Meinung auch eine Verfügung über einen einzelnen Gegenstand, der wirtschaftlich im Wesentlichen das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten ausmacht.<sup>3</sup> Zur Sicherheit des Rechtsverkehrs wird diese weite Auslegung des § 1365 Abs. 1 BGB jedoch durch ein ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal eingeschränkt, wonach der Tatbestand in diesem Fall nur dann erfüllt ist, wenn der Erwerber positiv weiß, dass es sich beim Vertragsobjekt um nahezu das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt oder zumindest die Umstände kennt, aus denen sich dies ergibt.<sup>4</sup> Veräußert ein Ehegatte ein Grundstück, welches wertmäßig sein wesentliches Vermögen darstellt und ist dem Erwerber dieser Sachverhalt zum Zeitpunkt der Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts bekannt, so hängt die Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäft und Auflassung daher ausnahmsweise von der Einwilligung oder nachträglichen Zustimmung des anderen Ehegatten bzw. deren Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht ab.<sup>5</sup>

## c) Konsequenzen für das Eintragungsverfahren

Ist dem Rechtspfleger am Grundbuchamt das Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestandes des § 1365 BGB bekannt, so darf die unwirksame Auflassung im Hinblick auf das materielle Konsensprinzip nach § 20 GBO nicht vollzogen werden, weil das Grundbuch sonst unrichtig werden würde.<sup>6</sup> Da das Verfahrensrecht der Umsetzung des materiel-

len Rechts dient, muss allerdings auch im grundbuchrechtlichen Eintragungsverfahren das vorstehend beschriebene materiellrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis berücksichtigt werden.<sup>7</sup> Demzufolge hat das Grundbuchamt grundsätzlich davon auszugehen, dass kein Gesamtvermögensgeschäft vorliegt.<sup>8</sup> Ohne konkrete Anhaltspunkte muss der Rechtspfleger das Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht überprüfen, da dem Grundbuchamt keine Ermittlungspflicht obliegt. Der Rechtspfleger hat von sich aus nur diejenigen Anhaltspunkte zu berücksichtigen, die sich aus den Eintragungsunterlagen oder ihm sonst bekannten Umständen ergeben.<sup>9</sup> Wird dem Grundbuchamt die Auflassung samt Eintragungsbewilligung in der Form des § 29 GBO zur Eigentumsumschreibung vorgelegt, so darf der Rechtspfleger die Wirksamkeit der dinglichen Einigung im Hinblick auf § 1365 Abs. 1 BGB daher nur dann in Frage stellen, wenn sowohl für das Vorliegen des objektiven als auch des subjektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB konkrete Anhaltspunkte vorliegen.<sup>10</sup> Nur dann ist die Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts eröffnet und nur dann wird der Käufer unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften als Eigentümer eingetragen, wenn die bestehende Prüfungsbefugnis pflichtwidrig nicht ausgeübt wird.

## 2. Wert des veräußerten Grundbesitzes als Indiz

Entgegen der Ansicht des LG stellt der Wert des veräußerten Grundbesitzes für sich betrachtet keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine Eröffnung von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Grundbuchamtes dar.

### a) Fehlende Eignung als Anhaltspunkt für den objektiven Tatbestand

Der Wert des Vertragsgegenstandes begründet isoliert betrachtet nicht einmal ein Indiz für den objektiven Tatbestand eines Gesamtvermögensgeschäftes. Objektiv tatbestandsmäßig i. S. d. § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht das Eingehen einer Verpflichtung zur Verfügung über einen objektiv wertvollen Gegenstand, sondern das Eingehen einer Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im Ganzen.

Die Verfügung über einen einzelnen, nahezu das gesamte Vermögen darstellenden Gegenstand gilt nur deshalb als tatbestandsmäßig, damit der Schutzzweck des § 1365 BGB nicht aufgrund der Seltenheit von Verfügungen über das Vermögen im Ganzen i. S. d. § 311 b Abs. 3 Alt. 1 BGB leer läuft.<sup>11</sup> Dies darf aber nicht den Blick auf das Erfordernis einer vermögensausschöpfenden Verfügung verstellen, indem die Verfügung über einen wertvollen Einzelgegenstand im Wege einer summarischen Prüfung einem Gesamtvermögensgeschäft gleichgestellt und damit der zügige und reibungslose Vollzug dieses Rechtsgeschäfts behindert wird.

Vielmehr muss der objektive Wert des veräußerten Grundbesitzes in Relation zum objektiven Wert des – ohne Berück-

<sup>1</sup> Demharter, GBO, 25. Aufl., § 20 Rdnr. 38 und § 1 Rdnr. 51.

<sup>2</sup> Staudinger/Thiele, BGB, 13. Aufl., § 1365 Rdnr. 1.

<sup>3</sup> MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl., § 1365 Rdnr. 13.

<sup>4</sup> BGHZ 43, 174, 177 = DNotZ 1966, 44; BGHZ 64, 246, 247 = DNotZ 1975, 62; BGHZ 77, 293, 295 = ZIP 1980, 761; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 19 GBO Rdnr. 42; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 3355, 3363; MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 14.

<sup>5</sup> MünchKommBGB/Koch, § 1366 Rdnr. 1, 2; Staudinger/Thiele, § 1365 Rdnr. 96.

<sup>6</sup> Siehe hierzu allgemein: Demharter, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 29; Staudinger/Thiele, § 1365 Rdnr. 111.

<sup>7</sup> Siehe hierzu Bauer, MittBayNot 2006, 39, 41.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 69.

<sup>9</sup> BGHZ 30, 255 = DNotZ 1959, 540; BGHZ 35, 139 = NJW 1961, 1301; Palandt/Brudermüller, BGB, 66. Aufl., § 1365 Rdnr. 28; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 138.

<sup>10</sup> Palandt/Brudermüller, § 1365 Rdnr. 28; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 138; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3394; siehe hierzu auch Bauer, MittBayNot 2006, 39, 41.

<sup>11</sup> MünchKommBGB/Koch, § 1365, Rdnr. 13; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3353.

sichtigung der Gegenleistung – verbleibenden Vermögens des veräußernden Ehegatten gesetzt werden.<sup>12</sup> Wenn jemand ein wertvolles Grundstück verkauft, so bedeutet das nicht ohne weiteres, dass er damit über nahezu sein gesamtes Vermögen verfügt. Der Eigentümer eines wertvollen Gegenstandes kann auch im Übrigen sehr vermögend sein und mit dem einzelnen Grundstück nur einen kleinen Bruchteil seines Vermögens verkaufen, während ein finanziell schlechter gestellter Eigentümer einer einzigen kleinen Immobilie durch deren Verkauf ein Gesamtvermögensgeschäft tätigen kann. Entscheidend ist die Relation, nicht der Wert des Vertragsgegenstandes.

#### b) Fehlende Eignung als Anhaltspunkt für den subjektiven Tatbestand

Ungeachtet des objektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB war im vorliegenden Fall die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes auch mangels konkreter Anhaltspunkte für den ungeschriebenen subjektiven Tatbestand des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle der Verfügung über einen einzelnen Gegenstand zu verneinen.

Der Beschluss des OLG München ist insoweit missverständlich als das Gericht ausführt, dass das Grundbuchamt den Antrag auf Eigentumsumschreibung nur dann zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen muss, wenn es Kenntnis von der Notwendigkeit der Zustimmung in objektiver Hinsicht oder begründete Zweifel, die auf bestimmten konkreten Anhaltspunkten beruhen, hat. Erst im Zusammenhang mit der für einen Amtswiderspruch glaubhaft zu machenden Grundbuchunrichtigkeit kommt das OLG München auf das ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmal des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB zu sprechen. Hierzu ist anzumerken, dass auch im Hinblick auf Prüfungsbefugnis und -pflicht des Grundbuchamtes zu bedenken ist, dass die Auflassung nur dann (schwebend) unwirksam ist, wenn der Käufer im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses vom Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäftes in objektiver Hinsicht Kenntnis hat oder zumindest die Umstände kennt, aus denen sich dies ergibt.<sup>13</sup> Die verfahrensrechtliche Prüfung durch das Grundbuchamt darf keine größeren Hürden für den Rechtsverkehr aufstellen als das materielle Recht.

Selbst wenn das Grundstück vorliegend nahezu das gesamte Vermögen des veräußernden Ehegatten dargestellt hätte, hätte das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung daher nur dann verweigern bzw. vom Vorliegen der Zustimmung der Ehefrau in der Form des § 29 GBO abhängig machen dürfen, wenn sich aus den Eintragungunterlagen oder dem Rechtspfleger sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass dem Erwerber dieser objektive Sachverhalt im Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts bekannt war.

Die Kenntnis des Erwerbers stellt eine innere Tatsache dar und kann nur im Wege eines Rückschlusses aus objektiv feststellbaren, äußeren Tatsachen ermittelt werden. Solche äußeren Tatsachen können vorliegen, wenn es sich beim Erwerber um die neue Lebensgefährtin des Veräußerers handelt und diese schon mehrere Gegenstände vom Veräußerer erhalten hat.<sup>14</sup> Ferner können gewisse Anhaltspunkte für den subjektiven Tatbestand vorliegen, wenn der Erwerber ein naher Verwandter des Veräußerers ist und zu diesem in engem Kontakt

steht.<sup>15</sup> Hierbei ist jedoch stets zu bedenken, dass die Beweislast für den Ausnahmetatbestand des § 1365 BGB dem Ehegatten obliegt, der sich auf die Zustimmungsbefähigung beruft,<sup>16</sup> und das Grundbuchamt im Falle eines non liquet die Eigentumsumschreibung vorzunehmen hat.<sup>17</sup>

Vorliegend enthält der Sachverhalt keinerlei Hinweise darauf, dass es sich beim Käufer um eine dem Verkäufer nahestehende Person gehandelt hätte. Auch im Hinblick auf das subjektive Tatbestandsmerkmal war der Wert des veräußerten Grundbesitzes der einzige Anhaltspunkt für einen Rückschluss auf die Sicht des Erwerbers. Allein aufgrund des Wertes des veräußerten Grundbesitzes musste der Erwerber aber noch nicht von einem Gesamtvermögensgeschäft des Veräußerers ausgehen. Als Begründung hierfür ist auf die vorstehende Argumentation zum objektiven Tatbestand des § 1365 BGB zu verweisen. Dem Grundbuchamt lagen daher keinerlei konkrete Anhaltspunkte vor, die darauf hindeuten könnten, dass der Käufer subjektiv von einem Gesamtvermögensgeschäft des Verkäufers ausgehen musste.

Im Ergebnis hat das Grundbuchamt mangels konkreter Anhaltspunkte für den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Eigentumsumschreibung weder die Vorschriften der §§ 20 GBO, 1365 BGB verletzt, noch konnte die Grundbuchunrichtigkeit glaubhaft gemacht werden. Die Beschwerde führte daher richtigerweise zur Aufhebung des Amtswiderspruchs.

Notarassessorin *Brigitte Bauer*, LL. M. EUR., München

<sup>15</sup> MünchKommBGB/*Koch*, § 1365 Rdnr. 34.

<sup>16</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3363.

<sup>17</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3394; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdnr. 138.

5. BGB § 894 Abs. 1, GBO §§ 2 Abs. 3, 19, 28, 29 (*Auflassung enthält regelmäßig Eintragungsbewilligung*)

**Aufgrund Auslegung enthält die sachlich-rechtliche Einigung über einen Grundstückserwerb in der Regel auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung. Handelt es sich nach dem Wortlaut der – hier gemäß § 894 Abs. 1 BGB fingierten – Auflassungserklärung bei dem zu übertragenden Grundstück um eine noch wegzumessende Teilfläche, die nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet wurde (§ 28 GBO), dann verbietet sich eine solche Auslegung, selbst wenn ein vom Schuldner genehmigter Veränderungsnachweis des Staatlichen Vermessungsamts existiert. Eine Auslegung dahin, dass die Auflassungserklärung auch die Eintragungsbewilligung enthält, erfordert die ausdrückliche Bezugnahme auf den Veränderungsnachweis in der Auflassungserklärung, um dem Zweck des § 28 GBO, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern, zu genügen.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.10.2007, 8 W 353/07

Der Antragsteller erwarb vom Antragsgegner eine noch wegzumessende Teilfläche eines Grundstücks. Durch Veränderungsnachweis wurde das Grundstück zerlegt. In einer weiteren notariellen Urkunde wurde festgestellt, dass das Vertragsgrundstück nunmehr durch den Veränderungsnachweis Nr. ... neu gebildet worden sei als Flurstück ... Dieser Veränderungsnachweis wurde später auf Veranlassung des An-

<sup>12</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3355; MünchKommBGB/*Koch*, § 1365 Rdnr. 16.

<sup>13</sup> Siehe Fn. 4.

<sup>14</sup> Siehe hierzu OLG Hamm, MittBayNot 2006, 41.

tragsgegners aufgehoben, worauf ein neuer Veränderungsnachweis ausgestellt wurde. Die Identitätserklärung des Notars wurde entsprechend ersetzt.

Der Antragsteller erwirkte gegen den Antragsgegner am 25.11.2004 ein rechtskräftig gewordenes Urteil des LG Augsburg mit folgendem Tenor:

„Der Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Zahlung von 415.000 € an den Kläger folgendes Grundstück aufzulassen:

Von dem im Grundbuch von Eislingen/Fils, Gemarkung Eislingen/Fils, Blatt ..., BV Nr ..., eingetragenen Grundstück Flurstück ..., eine noch wegzumessende Teilfläche dieses Grundstücks, dessen nördliche, südliche und östliche Grenzen mit dem Flurstück ... übereinstimmen und dessen westliche Grenze in dem als Anlage beigefügten Lageplan – Anlage zum Kaufvertrag des Notars ..., Urk. Nr. ... vom 21.8.2003, durch die Buchstaben A, B, C und D gekennzeichnet ist.“

Weiterhin ist in dem Urteil festgestellt, dass sich der Beklagte wegen der Kaufpreiszahlung im Annahmeverzug befindet. Die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils wurde am 5.8.2005 erteilt.

Mit notarieller Urkunde vom 8.12.2006 nahm der Antragsteller die sich aus dem vorbezeichneten Urteil in Verbindung mit der Feststellung und dem Nachtrag zum Teilflächenverkauf ergebende Auflassung an und beantragte, ihn als Eigentümer des genannten Grundstücks einzutragen.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil eine wirksame Eintragungsbewilligung des Antragsgegners fehle.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das LG Ulm den Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes aufgehoben und dieses angewiesen, die Umschreibung des Eigentums wie beantragt vorzunehmen.

Der Antragsgegner hat gegen den Beschluss weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

2.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 80 Abs. 1 GBO i. V. m. § 80 Abs. 3, 73, 18 GBO) und in der Sache auch begründet.

Das Rechtsmittel ist als Rechtsbeschwerde ausgestaltet (§ 78 GBO). Dabei ist das Recht entsprechend § 546 ZPO verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden ist.

Die Auslegung von Urkunden ist darauf zu überprüfen, ob gegen den klaren Sinn der Urkunde, gegen gesetzliche Auslegungsregeln und allgemein anerkannte Erfahrungssätze (z. B. den allgemeinen Sprachgebrauch) oder gegen Denkgesetze verstoßen wurde und ob alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt wurden. Es genügt, dass die Auslegung möglich ist. Zwingend braucht sie nicht zu sein (*Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 78 Rdnr. 13 m. w. N.).

Die Entscheidung des LG hält insoweit der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Beschwerdegericht hat die durch das LG Augsburg in seinem Urteil vom 25.11.2004 fingierte Auflassungserklärung des Antragsgegners (§ 894 Abs. 1 BGB) dahin ausgelegt, dass diese zugleich auch dessen Eintragungsbewilligung (§§ 19, 28, 29 GBO) beinhaltet.

Zwar wird in aller Regel die Auslegung ergeben, dass die sachlich-rechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 2; *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 894 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, 4. Aufl. 2004, § 925 Rdnr. 47; jeweils m. w. N.).

Hier besteht die Besonderheit aber darin, dass es sich entsprechend dem Wortlaut der fingierten Auflassungserklärung bei dem zu übertragenden Grundstück um eine noch wegzumessende Teilfläche handelt, die nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet wurde (§ 28 GBO).

Der BGH hat teilweise in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung (NJW 1962, 1715; NJW 1982, 441) in der Entscheidung vom 16.3.1984 (NJW 1984, 1959) dargelegt, dass die Verurteilung des Veräußerers einer Grundstücksteilfläche zur Auflassung und Eintragungsbewilligung vor grundbuchlich vollzogener Teilung jedenfalls dann möglich ist, wenn bereits ein Veränderungsnachweis vorliegt, auf den im Urteil Bezug genommen werden kann. Er hat diese Rechtsprechung bestätigt durch seine Urteile vom 21.2.1986 (NJW 1986, 1867) und vom 24.4.1987 (NJW 1988, 415).

In seiner zuletzt genannten Entscheidung hat der BGH bezüglich der Auflassung – zu der der Antragsgegner hier in dem Urteil des LG Augsburg verurteilt wurde – die Auffassung vertreten, dass eine noch nicht abgeschriebene Teilfläche rechtsgeschäftlich wirksam aufgelassen werden könne, wenn sie dabei hinreichend bestimmt werde. Unter der Voraussetzung, dass die Teilfläche zweifelsfrei bestimmt und festgelegt sei, hält er auch eine Verurteilung zur Auflassung für möglich.

Etwas anderes gilt aber bei dem Anspruch auf Eintragungsbewilligung.

Ist eine Bezeichnung nach Maßgabe des § 28 GBO nicht möglich, so ist eine Klage auf Abgabe einer Eintragungsbewilligung mangels Rechtsschutzinteresses grundsätzlich unzulässig, solange nicht wenigstens ein vom Schuldner genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, auf den Bezug genommen werden kann. Denn das Grundbuchamt darf sonst den jeweiligen Kläger trotz obsiegenden Urteils nicht als Eigentümer eintragen. Der Veränderungsnachweis hingegen bildet die Grundlage der Grundstücksabschreibung (§ 2 Abs. 3 GBO) und ermöglicht es, durch entsprechende Bezugnahme, das noch nicht abgeschriebene Grundstück übereinstimmend mit dem (künftigen) Inhalt des Grundbuchs festzulegen, weil das Grundbuchamt bei der Abschreibung die Angaben im Veränderungsnachweis übernimmt. Auch in solchen Fällen wird daher dem Zweck des § 28 GBO genügt, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern.

Vorliegend existierte zwar ein Veränderungsnachweis, auf diesen nimmt aber das Urteil des LG Augsburg nicht Bezug, sondern auf den Kaufvertrag vom 21.8.2003 sowie den beigefügten Lageplan und bezeichnet das Erwerbgrundstück in der fingierten Auflassungserklärung als eine noch wegzumessende Teilfläche des Grundstücks des Antragsgegners.

Zwar mag diese Bestimmung des zu übertragenden Teilgrundstücks nach der zuvor zitierten Rechtsprechung des BGH ausreichend sein für die Auflassung, nicht aber für die Eintragungsbewilligung (BGH, NJW 1986, 1867), die wenigstens die Bezugnahme auf den Veränderungsnachweis erfordert hätte.

Wenn in den Entscheidungen des BGH vom 16.3.1984 (NJW 1984, 1959) und vom 24.4.1987 (NJW 1988, 415) festgestellt wird, dass die Klage auf Bewilligung der Eintragung vor grundbuchlich vollzogener Teilung jedenfalls dann möglich ist, wenn bereits ein Veränderungsnachweis vorliegt, „auf den im Urteil Bezug genommen werden kann“, so bedeutet dies nicht, dass die Bezugnahme entbehrlich ist, soweit nur ein Veränderungsnachweis existiert. Diese Urteile stellen klar, dass eine Klage auf Bewilligung der Eintragung der Auflassung trotz fehlender grundbuchlich vollzogener Teilung dann zulässig ist, wenn ein Veränderungsnachweis vorliegt, der das

Erwerbsgrundstück i. S. d. § 28 GBO hinreichend identifiziert und dem entscheidenden Richter diese Identifikation durch Bezugnahme ermöglicht.

Hiervon hat aber das LG Augsburg keinen Gebrauch gemacht, sondern den Inhalt der Auflassungserklärung dem Kaufvertrag vom 23.8.2003 entnommen, der gerade keine hinreichende Bestimmung des Erwerbsgrundstücks i. S. d. § 28 GBO enthält (BGH, NJW 1986, 1867).

Das Grundbuchamt muss aber bei der Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen vom Wortlaut der Auflassungserklärung entsprechend dem Urteil des LG Augsburg vom 25.11.2004 ausgehen, der vielleicht noch für eine wirksam erklärte Auflassung ausreicht, nicht aber für den Inhalt einer Eintragungsbewilligung.

Eine Auslegung der fingierten Auflassungserklärung dahin, dass sie sich tatsächlich auf den Veränderungsnachweis Nr. ... beziehe und damit ausreichend sei, um auch die Eintragungsbewilligung zu beinhalten, ist nicht möglich, da sie dem ausdrücklichen Wortlaut der Auflassungsfiktion widersprechen und auch ihren rechtskräftig festgestellten Inhalt verändern würde. Denn sie bezieht sich lediglich auf eine noch wegzumessende Teilfläche, während die spätere Vermessung festgestellt wurde durch den Veränderungsnachweis Nr. ... vom 5.9.2003, und zwar den Anforderungen für eine Erfassung im Grundbuch entsprechend.

Demgemäß befasst sich das Urteil des LG Augsburg auch nicht mit der Eintragungsbewilligung. Soweit diese mit dem im Tatbestand wiedergegebenen Klageantrag beansprucht wurde, wurde dem Antrag in diesem Umfang durch die Klageabweisung im Übrigen gerade nicht stattgegeben.

Die Entscheidung des LG beruht deshalb auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung der fingierten Auflassungserklärung im Urteil vom 25.11.2004, so dass die Beschwerdeentscheidung aufzuheben und das Rechtsmittel des Antragstellers gegen den Beschluss des Grundbuchamts zurückzuweisen war. (...)

### Anmerkung:

In der Entscheidung geht es um die Anforderungen an die Auflassung und die Eintragungsbewilligung bei Veräußerung einer abzuschreibenden Grundstücksteilfläche.

#### 1. Verhältnis von Auflassung und Eintragungsbewilligung

Lange Zeit wurde die Eintragungsbewilligung des § 19 GBO als eine nur rechtsgeschäftliche Willenerklärung angesehen,<sup>1</sup> sodann als eine zwar dem Verfahrensrecht angehörende, aber dennoch rechtsgeschäftliche Erklärung.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund lag es nahe, im Fall der Auflassung eines Grundstücks die Eintragungsbewilligung als im Hinblick auf die gemäß § 20 GBO dem Grundbuchamt nachzuweisende rechtsgeschäftliche Auflassungserklärung entbehrlich anzusehen. § 20 GBO wurde als eine Ausnahme von dem Bewilligungsgrundsatz des § 19 GBO verstanden mit der Folge, dass neben dem Nachweis der materiellrechtlichen Auflassung nicht auch noch eine Eintragungsbewilligung für erforderlich erachtet, diese vielmehr als durch die Auflassung ersetzt angesehen wurde.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> RGZ 141, 374, 377.

<sup>2</sup> BayObLGZ 1974, 30, 34; *Horber*, GBO, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 3 A a.

<sup>3</sup> RGZ 141, 374; KG, JFG 15, 155, 158; BayObLGZ 1956, 172, 177; *Horber*, GBO, § 20 Rdnr. 1.

In den vergangenen Jahrzehnten hat sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Eintragungsbewilligung im Gegensatz zur Auflassung eine rein verfahrensrechtliche Erklärung ist.<sup>4</sup> Nach dieser vor allem von *Ertl*<sup>5</sup> überzeugend begründeten Ansicht ist zu jeder Eintragung die Bewilligung des Betroffenen erforderlich, aber auch ausreichend. Die dingliche Einigung gemäß § 873 BGB als materiellrechtliche Grundlage der erst durch die Eintragung im Grundbuch vollendeten Rechtsänderung braucht dem Grundbuchamt grundsätzlich nicht nachgewiesen zu werden. Nur hiervon macht § 20 GBO eine Ausnahme, der im Fall der Auflassung<sup>6</sup> eines Grundstücks den Nachweis der Einigung (§§ 873, 925 BGB) verlangt. Nichts spricht dafür, dass die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Voraussetzung jeder Eintragung in das Grundbuch neben der Auflassung nicht mehr erforderlich wäre. Dies entspricht inzwischen allgemeiner Meinung.<sup>7</sup>

#### 2. Eintragungsbewilligung als Inhalt der Auflassungserklärung

Die Sicherheit des Grundbuchverkehrs erfordert eine klare und eindeutige Ausdrucksweise. Gleichwohl muss die Eintragungsbewilligung nicht in der Weise ausdrücklich erklärt werden, dass das Wort „Bewilligung“ gebraucht wird. Ausreichend, aber auch erforderlich ist es, eindeutig erkennbar zu machen, dass eine Grundbucheintragung gewollt ist und welchen genauen Inhalt sie haben soll.<sup>8</sup> Eine dahingehende Willensäußerung kann sich auch durch Auslegung der Auflassungsurkunde ergeben. Grundsätzlich kann nämlich davon ausgegangen werden, dass derjenige, der als Veräußerer die Auflassung erklärt, die zum Eigentumsübergang erforderliche Eintragung in das Grundbuch herbeiführen will, also auch die Eintragung bewilligt. In der Regel wird daher, sofern nicht ein entgegenstehender Wille erkennbar ist, die Auslegung der Auflassungsurkunde ergeben, dass die sachlichrechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält.<sup>9</sup> Um keine Zweifel aufkommen zu lassen, sollte bei Beurkundung der Auflassung eines Grundstücks jedoch immer ausdrücklich klargestellt werden, ob auch die Eintragung in das Grundbuch bewilligt wird oder nicht.

#### 3. Fiktion von Auflassung und Eintragungsbewilligung durch Urteil

In dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall wurde die Auflassung von dem Veräußerer nicht ausdrücklich erklärt. Dieser wurde vielmehr rechtskräftig zur Auflassung verurteilt. In diesem Fall gilt gemäß § 894 ZPO die Auflassungserklärung als abgegeben. Eine Willenserklärung des Veräußerers, die einer Auslegung zugänglich wäre, liegt damit nicht vor. Der Umfang der gesetzlichen Fiktion des § 894 ZPO beschränkt

<sup>4</sup> *Kössinger* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 19 m. w. N.

<sup>5</sup> DNotZ 1964, 260; DNotZ 1967, 339 und 406; Rpfleger 1982, 407.

<sup>6</sup> Ferner im Fall der Bestellung, Änderung des Inhalts oder der Übertragung eines Erbbaurechts.

<sup>7</sup> Z. B. *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 20 Rdnr. 5; a. M. jedoch *Kessler*, ZNotP 2005, 176.

<sup>8</sup> BayObLG, Rpfleger 1985, 288; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 19 Rdnr. 27.

<sup>9</sup> Z. B. OLG Köln, Rpfleger 1992, 153; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 20 Rdnr. 7 m. w. N. Verschiedentlich werden strengere Anforderungen gestellt und verlangt, es müsse positiv festgestellt werden können, dass die Eintragung bewilligt werde: *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, § 20 Rdnr. 6; *Hügel*, GBO, § 20 Rdnr. 3.

sich auf die Erklärung, zu deren Abgabe verurteilt wurde. Wird der Veräußerer nur zur Auflassung, nicht aber auch zur Bewilligung der Eintragung verurteilt, ist es ausgeschlossen, im Weg einer Auslegung der gerichtlichen Entscheidung auch die Eintragungsbewilligung als durch das rechtskräftige Urteil ersetzt anzusehen. Dies gilt erst recht, wenn – wie in dem entschiedenen Fall – die Klage auf Bewilligung der Eintragung rechtskräftig abgewiesen wurde.

Das OLG Stuttgart geht demgegenüber davon aus, dass im Fall der rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe der Auflassung in der Regel nicht nur die Auflassung als erklärt gilt, sondern auch die Eintragungsbewilligung. Es hält eine solche Auslegung selbst dann für möglich, wenn der auf Bewilligung der Eintragung gerichtete Klageantrag rechtskräftig abgewiesen wurde. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Das OLG hätte durch Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und Zurückweisung der Erstbeschwerde die Antragsabweisung seitens des Grundbuchamts bereits wegen fehlender Eintragungsbewilligung wieder herstellen müssen. Einer Auseinandersetzung mit der in den Mittelpunkt der Entscheidung gestellten Frage der grundbuchmäßigen Bezeichnung eines abzuschreibenden Grundstücksteils in der Eintragungsbewilligung hätte es nicht bedurft.

#### 4. Bezeichnung einer Teilfläche bei Auflassung und in der Eintragungsbewilligung

§ 28 Satz 1 GBO verlangt, dass das Grundstück in der Eintragungsbewilligung in Übereinstimmung mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Damit soll sichergestellt werden, dass die Eintragung beim richtigen Grundstück vorgenommen wird.<sup>10</sup> Sofern es für möglich gehalten wird, dass die Auflassung auch die Eintragungsbewilligung enthält, muss das Grundstück in der Auflassungserklärung in dieser Weise bezeichnet sein. Dasselbe gilt, wenn die Eintragungsbewilligung gemäß §§ 894, 895 ZPO durch eine Verurteilung zu ihrer Abgabe ersetzt wird,<sup>11</sup> wie überhaupt für alle Erscheinungsformen der Eintragungsbewilligung.<sup>12</sup> Demgegenüber gilt § 28 GBO für die Auflassung als materiellrechtliches Rechtsgeschäft nicht. Sie kann wirksam erklärt werden, sofern das betroffene Grundstück ausreichend bestimmt bezeichnet ist. Dies kann bei Veräußerung einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche insbesondere durch Bezugnahme auf einen beigelegten Plan geschehen. In diesem Fall ist auch eine Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung möglich,<sup>13</sup> nicht aber in jedem Fall eine solche zur Abgabe auch der Eintragungsbewilligung. Diese ist nur zulässig, wenn das Grundstück in dem die Eintragungsbewilligung gemäß § 894 ZPO ersetzenden Urteil in Übereinstimmung mit § 28 Satz 1 GBO bezeichnet werden kann. Dies setzt voraus, dass wenigstens ein vom Veräußerer genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, auf den in dem Urteil Bezug genommen werden kann. Im Falle einer solchen Bezugnahme ist das Grundstück übereinstimmend mit dem künftigen Inhalt des Grundbuchs festgelegt.<sup>14</sup> Damit ist den Anforderungen des § 28 Satz 1 GBO genügt. Nicht ausreichend ist, dass ein solcher Veränderungsnachweis vorliegt,

wenn in der Eintragungsbewilligung oder dem sie ersetzenden Urteil nicht ausdrücklich auf ihn Bezug genommen wird.

Die Identität des in der – auch durch rechtskräftiges Urteil fingierten – Auflassung und in der Eintragungsbewilligung unterschiedlich bezeichneten Grundstücks hat das Grundbuchamt anhand einer Identitätserklärung selbst festzustellen.<sup>15</sup> Die Identitätserklärung kann sowohl von dem Veräußerer als auch von dem Erwerber abgegeben werden.<sup>16</sup> Sie hat nur grundbuchverfahrensrechtliche Bedeutung und soll die Verbindung zwischen der unter Bezugnahme auf einen Plan wirksam erklärten Auflassung und der Eintragungsbewilligung herstellen, in der das von der Auflassung betroffene Grundstück unter Bezugnahme auf den Veränderungsnachweis dem Verfahrensrecht entsprechend kennzeichnet wird.<sup>17</sup>

#### 5. Zusammenfassung

Neben der dem Grundbuchamt nachzuweisenden Auflassung (§ 20 GBO) ist eine Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) nicht entbehrlich. Die Auslegung kann aber ergeben, dass die Eintragungsbewilligung in der Auflassungserklärung enthalten ist. Gleichwohl empfiehlt es sich, im Fall einer Auflassung immer ausdrücklich klarzustellen, ob auch die Eintragung bewilligt wird oder nicht.

Wird der Veräußerer rechtskräftig zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt, gilt diese als abgegeben (§ 894 ZPO). Die fingierte Auflassungserklärung kann nicht dahin ausgelegt werden, dass damit auch die Eintragungsbewilligung als abgegeben gilt. Dies gilt erst recht, wenn der Klageantrag auf Abgabe auch der Eintragungsbewilligung abgewiesen wird.

In der Eintragungsbewilligung muss das Grundstück in grundbuchmäßiger Form (§ 28 Satz 1 GBO) bezeichnet werden. Dies ist bei einer Teilfläche erst nach Vermessung möglich. Eine nicht vermessene Teilfläche kann zwar aufgelassen werden, sofern sie ausreichend bestimmt bezeichnet ist. Dies kann durch Bezugnahme auf einen beigelegten Plan geschehen. In diesem Fall ist auch eine Verurteilung zur Abgabe der Auflassung zulässig. Dagegen ist eine Klage auf Abgabe der Eintragungsbewilligung nur zulässig, wenn die Grundstücksteilfläche in grundbuchmäßiger Form bezeichnet werden kann. Dies ist vor Erstellung eines Veränderungsnachweises nicht möglich. Es genügt jedoch, dass in dem Urteil die Teilfläche unter Bezugnahme auf einen vorgelegten Veränderungsnachweis und damit in Übereinstimmung mit dem künftigen Inhalt des Grundbuchs bezeichnet wird.

Ist bei Erklärung der Auflassung oder Verurteilung dazu die Grundstücksteilfläche nicht entsprechend § 28 Satz 1 GBO bezeichnet, ist die Übereinstimmung der aufgelassenen Teilfläche mit dem im Veränderungsnachweis ausgewiesenen und in die Eintragungsbewilligung übernommenen Flurstück vom Grundbuchamt anhand einer Identitätserklärung festzustellen, die sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber abgeben kann.

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

<sup>10</sup> BGH, Rpfleger 1984, 310 und Rpfleger 1987, 452; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1988, 183; Demharter, GBO, § 28 Rdnr. 1.

<sup>11</sup> BGH, Rpfleger 1986, 210; Kössinger in Bauer/von Oefele, GBO, § 28 Rdnr. 8.

<sup>12</sup> Meikel/Kraiß, Grundbuchrecht, § 28 Rdnr. 36.

<sup>13</sup> BGH, Rpfleger 1984, 310 und Rpfleger 1987, 452.

<sup>14</sup> BGH, Rpfleger 1986, 210 und Rpfleger 1987, 452.

<sup>15</sup> BayObLGZ 2002, 399; Demharter, GBO, § 20 Rdnr. 32; a. M. LG Saarbrücken, MittRhNotK 1997, 364.

<sup>16</sup> BGH, Rpfleger 1984, 310 m. w. N.; a. M. KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, § 20 Rdnr. 84, der allein den Veräußerer als hierfür berechtigt ansieht.

<sup>17</sup> OLG Köln, Rpfleger 1992, 153.

6. BGB §§ 874, 1010 Abs. 1; GBO § 44 Abs. 2 Satz 1 (*Eintragung eines Klarstellungsvermerks*)

**Geht aus dem Wortlaut der Grundbucheintragung die Befristung der Regelung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB aufgrund der zulässigen Bezugnahme auf die notarielle Bewilligung nicht hervor, gibt das Grundbuch die Rechtslage richtig wieder. Jedoch ist ein Klarstellungsvermerk einzutragen, da die vorhandene Eintragung unklar gefasst und der Klarstellungsvermerk geeignet ist, Zweifel zu beseitigen und Umfang und Inhalt des eingetragenen Rechts klarzustellen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München II, Beschluss vom 21.8.2007, 6 T 2241/07; eingesandt von Notar Dr. *Wolfgang Drasch*, Weilheim

Mit notarieller Urkunde (nachstehend auch „Vorurkunde“ genannt) veräußerte B an seine Ehefrau und Töchter, die Beteiligten zu 1 bis 4, aus einem Grundstück eine – noch nicht vermessene – Teilfläche, die durch Bezugnahme auf einen mit der Urkunde verbundenen Lageplan nach Lage, Form und Größe bezeichnet wurde. In Ziff. 15 der Vorurkunde trafen die Erwerber als künftige Miteigentümer folgende Vereinbarung:

„Die Beteiligten schließen mit Wirkung für sich und ihre Rechtsnachfolger im Eigentum hinsichtlich des Vertragsgegenstandes auf Lebensdauer von C das Recht eines jeden Miteigentümers, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer aus.“

Im Rahmen der Vermessung der veräußerten Teilfläche wurde mit Zerlegungs-Fortführungsnachweis des Vermessungsamts ein neues Grundstück gebildet. Mit notarieller Urkunde erkannten die Vertragsparteien das Vermessungsergebnis als richtig an und änderten, soweit es vom Vertragsobjekt der Vorurkunde abweicht, diese im Wege des Nachtrags entsprechend ab. Gleichzeitig wurde die Auflassung hinsichtlich des in dieser Urkunde bezeichneten Vertragsobjekts erklärt und die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch bewilligt. In Ziff. 4.3 ist ferner Folgendes bestimmt:

„In Ziff. 15 der Vorurkunde wurden bezüglich des Vertragsobjekts Miteigentümergeinschaften (Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft) auf die Lebensdauer von C getroffen. Die Vertragsteile stellen fest, dass an dem mit dem oben genannten Fortführungsnachweis neu gebildeten Grundstück die Eintragung dieses befristeten Ausschlusses in das Grundbuch als Belastung eines jeden Miteigentumsanteils zugunsten der jeweiligen Inhaber der anderen Miteigentumsanteile einzutragen ist. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen hiermit die entsprechende Grundbucheintragung ...“

Der Notar beantragte den Vollzug der o. g. Urkunden. Die Beteiligten zu 1 bis 4 wurden zu je 1/4 als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abteilung II wurde folgende Eintragung vorgenommen.

„Belastung jedes Anteils zugunsten der jeweiligen Miteigentümer: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB; gemäß Bewilligung vom ...“

Der Notar stellte beim Grundbuchamt den Antrag, die Befristung der Regelung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft in der Eintragung zum Ausdruck zu bringen. Das Grundbuchamt wies diesen Antrag zurück. Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt nicht abhalf, sondern der Kammer zur Entscheidung vorlegte.

*Aus den Gründen:*

## II.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Die Bestimmung des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, wonach die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig ist, steht nicht entgegen. Vielmehr ist die unbeschränkte Beschwerde gegen eine Eintragung statthaft, wenn sie nicht auf eine Berichtigung, sondern – wie hier – nur auf eine Klarstellung der Fassung gerichtet ist (BayObLGZ 1990, 189; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 71 Rdnr. 46). Hierbei ist es bedeutungslos, ob man die Beschwerde als gegen die Eintragung oder gegen die Ablehnung der Klarstellung gerichtet ansieht.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Ist der Eintragungsvermerk unklar gefasst, so kann auf Antrag ein Klarstellungsvermerk eingetragen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die erfolgte Eintragung objektiv zutreffend erfolgt ist, jedoch der Wortlaut der Grundbucheintragung den mit dem Eintragungsantrag verfolgten Zweck nicht erreicht und der Vermerk geeignet ist, Zweifel zu beseitigen und Umfang wie Inhalt des eingetragenen Rechts klarzustellen (BayObLG 1988, 126; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 7).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Auslegung der erfolgten Eintragung der Regelung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB ergibt, dass objektiv auch die Befristung dieser Regelung auf Lebensdauer von C als eingetragen gilt.

Grundbucheintragungen sind auslegungsfähig. Dabei ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte jedem, der das Grundbuch einsieht, eindeutig Aufschluss zu geben, auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 4).

Bei der gegenständlichen Eintragung ist Bezug genommen worden auf die notariellen Bewilligungen, in denen – hinsichtlich des jeweiligen Vertragsgegenstandes – die Eintragung der Regelung über den befristeten Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft in das Grundbuch als Belastung eines jeden Miteigentumsanteils zugunsten der jeweiligen Inhaber der anderen Miteigentumsanteile beantragt wurde.

In Ziff. 4.3. der notariellen Urkunde ist zwar keine ausdrückliche Vereinbarung i. S. d. § 1010 BGB bezüglich des neu gebildeten Grundstücks getroffen worden. Allerdings wirkt die in Ziff. 15 der Vorurkunde getroffene Vereinbarung der künftigen Miteigentümer, die sich auf die noch nicht vermessene Teilfläche bezieht, auch für das nach Vermessung neu gebildete Grundstück. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das tatsächlich vermessene Trennstück mit der in der Vorurkunde beschriebenen, nicht vermessenen Teilfläche identisch ist. Denn die Vertragsteile haben für den Fall von Flächenabweichungen in Ziff. 3 der notariellen Urkunde im Wege des Nachtrages formwirksam eine entsprechende Änderungsvereinbarung getroffen mit der Folge, dass sich die in der Vorurkunde getroffene befristete Miteigentümergeinschaftvereinbarung auf das nunmehrige Vertragsobjekt bezieht.

Die Auslegung führt daher zu dem Ergebnis, dass das Grundbuch die Rechtslage richtig wiedergibt. Allerdings geht aus dem Wortlaut der Grundbucheintragung die Befristung der Regelung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nicht hervor. Der von dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 bis 4 (= Notar) gestellte Antrag auf Eintragung eines diesbezüglichen Klarstellungsvermerks ist begründet, weil die bisherige Eintragung unklar gefasst ist und der Klarstellungsvermerk geeignet ist, Zweifel zu beseitigen und Umfang wie Inhalt des eingetragenen Rechts lediglich klarzustellen. Gemäß vorstehenden Ausführungen war daher unter Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses das Grundbuchamt anzuweisen, einen entsprechenden Klarstellungsvermerk einzutragen.

### Anmerkung:

Der Beschluss des LG München II scheint mir im Ergebnis insofern richtig zu sein, als die Grundbucheintragung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft zur Klar-

stellung ihres Umfangs um die von den Vertragsteilen materiellrechtlich vereinbarte und zur Eintragung im Grundbuch bewilligte und beantragte Befristung ergänzt werden konnte – aber nicht zwingend musste! Die Begründung erlaubt ergänzende Überlegungen, die im „Tagesgeschäft“ eines Landgerichts nicht unbedingt zu erwarten sind:

Die Zulässigkeit eines Klarstellungsvermerks im Grundbuch, der lediglich darauf gerichtet ist, eine richtige und vollständige Grundbucheintragung zu präzisieren, ist ebenso allgemein anerkannt wie die Voraussetzungen, unter denen er ins Grundbuch eingetragen werden kann – oder, ggf. erzwungen durch eine sog. Fassungsbeschwerde – sogar eingetragen werden muss.<sup>1</sup> Begründungsbedürftig(er) ist, ob die Voraussetzungen für einen Klarstellungsvermerk erfüllt sind: Dazu genügt dem LG München II der Hinweis darauf, dass die Grundbucheintragung auf die notariellen Eintragungsbewilligungen Bezug genommen habe, in denen die Befristung wiederum enthalten war, ohne dass es die für die Zulässigkeit der Bezugnahme einschlägigen Normen, § 874 BGB und § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO, auch nur zitiert. Gemäß § 874 BGB ist die Bezugnahme der Grundbucheintragung auf die Eintragungsbewilligung zulässig „zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts“. Es ist einhellige Meinung, dass deshalb die Bedingung oder Befristung eines Rechts im Grundbuch selbst zu vermerken ist, weil sie nicht zu dessen Inhalt gehört.<sup>2</sup> Das Fehlen dieses Grundbuchvermerks, ist, so *Schöner/Stöber*,<sup>3</sup> durch einen Amtswiderspruch kenntlich zu machen. Hätte das LG München II das Grundbuchamt also nicht zur Eintragung eines Klarstellungsvermerks, sondern eines Amtswiderspruchs verpflichten müssen?

Ich meine: Im Ergebnis nein! Das Grundbuchamt hatte den Antrag auf Eintragung der Befristung des Gemeinschaftsaufhebungsverbots unter Hinweis auf die Sonderstellung der Regelung des § 1010 BGB abgelehnt, die dazu führe, dass die Regelungen der §§ 873, 874 BGB bezüglich der Eintragung einer Befristung im Grundbuch nicht anwendbar seien. Diese „Sonderstellung“ wird vom Grundbuchamt nicht näher erläutert und die daraus folgende Unanwendbarkeit der §§ 873, 874 BGB nicht weiter begründet. Das LG München II ist auf die grundbuchamtliche Rechtfertigung für die Antragszurückweisung nicht weiter eingegangen – auf den ersten Blick zu Recht: Literatur und Rechtsprechung<sup>4</sup> sind sich darin einig, dass die §§ 873, 874 BGB auch auf Vereinbarungen nach § 1010 BGB anzuwenden sind und von der Bezugnahmemöglichkeit des § 874 BGB gerade hier großzügig Gebrauch gemacht werden soll, um das Grundbuch selbst nicht zu überfrachten. Dies spricht dafür, dass zwar für die näheren Einzelheiten eines Gemeinschaftsaufhebungsverbots eine Bezugnahme zulässig ist, die Vereinbarung einer Befristung aber auch hier im Grundbuch ausdrücklich einzutragen ist. Die *Eintragbarkeit* bedingter und zugleich befristeter Gemeinschaftsaufhebungsverbote wurde denn auch vom BayObLG ohne weiteres bejaht.<sup>5</sup> Ob daraus aber sogleich auch auf eine entsprechende *Eintragungsbedürftigkeit* im Sinne der oben zitierten Literatur und Rechtsprechung zu schließen ist, ist damit noch nicht ausgemacht: Anlass zu zweifeln ist für mich in

der Tat die vom Grundbuchamt angeführte „Sonderstellung“ des grundbuchlichen Gemeinschaftsaufhebungsverbots. Der Wortlaut des § 1010 Abs. 1 BGB lässt es in direkter Anknüpfung an die für sämtliche Bruchteilsgemeinschaften geltende Grundnorm des § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB zu, den Aufhebungsanspruch des Miteigentümers „für immer oder auf Zeit“ auszuschließen. § 1010 BGB erlaubt eine Belastung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück, die mit keinem anderen im BGB geregelten dinglichen Recht vergleichbar ist und trotz Grundbucheintragung ihren schuldrechtlichen Charakter bewahrt – die Eintragung führt lediglich zu einer besonderen Verdinglichung, nämlich der Wirkung (nur) *gegen* den Sonderrechtsnachfolger eines mit ihnen belasteten Miteigentumsanteils.<sup>6</sup> Die Befristung des schuldrechtlichen Aufhebungsverbots als schuldvertragliche Vereinbarung über den gesetzlich gewährten generellen Aufhebungsanspruch gehört deshalb – anders als etwa die Befristung einer Dienstbarkeit – zum (möglichen) Inhalt des Rechts.<sup>7</sup> Damit muss aber auch insoweit eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung möglich sein! Dieses Ergebnis scheint mir auch system- und interessengerecht zu sein. Wird eine Grunddienstbarkeit befristet bestellt, aber als unbefristetes Recht im Grundbuch eingetragen, entsteht sie gleichwohl nur befristet; soweit ein unbefristetes Recht verlaubar ist, ist das Grundbuch unrichtig<sup>8</sup> und es droht ein gutgläubiger Erwerb des buchmäßig verlaubarten unbefristeten Rechts.<sup>9</sup> Wird dagegen ein befristet vereinbartes Aufhebungsverbot als unbefristet eingetragen, so ergibt sich Folgendes: § 1010 Abs. 1 BGB verlangt die Grundbucheintragung nur der Miteigentümergeinbarung, die *gegen* den Sonderrechtsnachfolger des Miteigentümers wirken soll. Eine dem jeweiligen Miteigentümer günstige Vereinbarung wirkt dagegen auch ohne Grundbucheintragung *für* den Sonderrechtsnachfolger. Um einen solchen dem Sonderrechtsnachfolger günstigen Umstand handelt es sich aber auch bei einer im Grundbuch nicht eingetragenen, wohl aber vereinbarten Befristung des Gemeinschaftsaufhebungsverbots. Sie wirkt deshalb auch ohne Grundbucheintragung für ihn, ohne dass es auf (s)einen guten Glauben ankäme! Ist der Grundbucheintrag der Befristung eines Gemeinschaftsaufhebungsverbots deshalb auch nicht notwendig für dessen Wirksamkeit, so erscheint er dennoch zweckmäßig. In den gängigen Musterformulierungen ist der Vermerk zwar nur zum Teil enthalten.<sup>10</sup> Der Wortlaut des § 1010 Abs. 1 BGB, der den Ausschluss „für immer oder auf Zeit“ zulässt, legt aber nahe, die eine oder andere Vereinbarung auch im Grundbuch zu verlaubaren. Die Eintragung war im vorliegenden Fall zwar im engeren Sinn weder unklar noch unübersichtlich, ihre Ergänzung um einen „Befristungsvermerk“ aber zweckmäßig.

Notar Dr. Jörg Munzig, Dipl.-Kfm., Neu-Ulm

1 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 294 ff. und 485 ff., je m. w. N.

2 *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 874 Rdnr. 5.

3 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 266 und 276.

4 MünchKommBGB/*Schmidt*, 4. Aufl., § 1010 Rdnr. 10; BayObLG 1973, 84.

5 BayObLG, DNotZ 1999, 1011, 1013.

6 BayObLG, MittBayNot 1992, 333, 334.

7 So auch MünchKommBGB/*Schmidt*, § 749 Rdnr. 9. Vgl. auch *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Vorbem. zur GBV Rdnr. 156.

8 BayObLG, MittBayNot 1998, 256, 257.

9 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 266.

10 KEHE/*Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 10 GBV Rdnr. 32: „Die Miteigentümer haben ... die Aufhebung der Gemeinschaft für immer ausgeschlossen. Als Belastung ... eingetragen gem. Bewilligung vom...“. Anders *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1459: „Belastung jedes Anteils zugunsten des jeweiligen Miteigentümers: ... Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom ... eingetragen am ...“ – hier wird der Ausschluss „für immer“ im Grundbuch nicht vermerkt.

7. WEG § 10 (*Eigentumsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft*)

1. **Die Wohnungseigentümergeinschaft kann als Wohnungs- bzw. Teileigentümer im Grundbuch eingetragen werden, wenn der Erwerb im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgt.**
2. **Die Wohnungseigentümer können einen solchen Erwerb grundsätzlich mehrheitlich beschließen. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Frankenthal (Pfalz), Beschluss vom 3.12.2007, 1 T 323/07; eingesandt von Notar *Gerd Holland*, Bad Dürkheim

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben mit notariell beurkundetem Kaufvertrag an die Beteiligte zu 3, eine Wohnungseigentümergeinschaft, einen Tiefgaragenstellplatz verkauft. Zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs der Beteiligten zu 3 wurde die Eintragung einer Auflassungsvormerkung beantragt. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die Wohnungseigentümergeinschaft als solche nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH zwar teilrechtsfähig sei, aber kein Grundeigentum erwerben könne. Dementsprechend könne auch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 3 nicht erfolgen, zumal unklar sei, ob der geplante Erwerb eines Tiefgaragenplatzes als Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums angesehen werden könne. Als Erwerber kämen daher nur sämtliche derzeitigen Miteigentümer der Anlage in Betracht, weshalb eine entsprechende Änderung des gestellten Eintragungsantrags erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsteller. Sofern zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums Grundbesitz benötigt werde, müsse die Wohnungseigentümergeinschaft auch als solche berechtigt sein, Eigentum daran zu erwerben. Dies sei für den Erwerb einer Hausmeisterwohnung anerkannt und gelte auch für anderen Grundbesitz, den die Gemeinschaft zur Verwaltung brauche, etwa als Fahrradraum oder – wie hier – als Abstellplatz für Müllbehälter. Ob der zu erwerbende Grundbesitz dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen ist, sei vom Grundbuchamt jedenfalls dann nicht zu überprüfen, wenn er sich innerhalb der Anlage befinde, weil dann insoweit eine Vermutung bestehe.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 71 Abs.1, 72 f. GBO zulässig und führt auch in der Sache zu dem mit ihr erstrebten Erfolg.

Der vom Rechtspfleger im angefochtenen Beschluss für notwendig gehaltenen Antragsumstellung bedarf es unabhängig davon, ob eine solche auf der Grundlage des vorgelegten Kaufvertrages überhaupt möglich wäre, nicht.

1. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nach der vom Rechtspfleger zutreffend wiedergegebenen neueren Rechtsprechung des BGH als grundbuchfähig anzusehen, kann also als eigenständiger Verband als Berechtigte im Grundbuch eingetragen werden (grundlegend BGH, NJW 2005, 2061, 2065 = MittBayNot 2005, 495; ebenso etwa *Demharter*, NZM 2005, 601, 602 m. w. N. zur Umsetzung in der Grundbuchpraxis). Das ergibt sich als Folge aus der vom BGH bejahten Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Soweit diese Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft reicht, kann sie auch Träger von solchen dinglichen Rechten sein, deren Bestehen die Eintragung in das Grundbuch voraussetzt und ist demzufolge in diesem Umfang auch grundbuchfähig (BGH, NJW 2005, 2061, 2065 = MittBayNot 2005, 495)

2. Weitere Folge des Paradigmenwechsels der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist, dass Rechtsgeschäfte mit Dritten durch den (teil-)rechtsfähigen Verband, d. h. die Wohnungs-

eigentümergeinschaft als solche abgeschlossen werden können, soweit das zur Bewirtschaftung des gemeinschaftlichen Gebäudes und des Grundstücks erforderlich ist (BGH, NJW 2006, 2187, 2188 = DNotZ 2006, 765) bzw. soweit die Gemeinschaft im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt (BGH, NJW 2005, 2061 = MittBayNot 2005, 495).

Danach kann die Gemeinschaft im Zusammenhang mit der Verwaltung und Bewirtschaftung des Gemeinschaftseigentums als eigenständiger Verband auch Eigentum erwerben. Unerheblich ist dabei, ob von einem Außenstehenden oder einem Mitglied der Gemeinschaft, das im Bezug auf das in Frage stehende Rechtsgeschäft der Gemeinschaft wie ein Dritter gegenübersteht, erworben wird. Dies gilt wiederum nicht nur für das Eigentum an beweglichen Sachen (Heizöl, Reinigungsmittel, Gartengeräte usw.), sondern auch für Grundeigentum (allg. Ansicht als Konsequenz aus der oben dargestellten BGH-Rechtsprechung, vgl. etwa *Wenzel*, NZM 2006, 321, 323; *Jennißen*, NZM 2006, 203, 205; *Schneider*, ZMR 2006, 813, 814; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 338). Erwirbt die Eigentümergeinschaft Sondereigentum von einem ihrer Mitglieder, wird sie in diesem Fall als Verband selbst Mitglied der Gemeinschaft und ist als solche – vertreten durch den Verwalter – stimmberechtigt (*Jennißen*, NZM 2006, 203, 205). Die Wohnungseigentümer können über einen derartigen Erwerb grundsätzlich mehrheitlich beschließen; die Entscheidung muss nur den Grundsätzen der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung entsprechen und sich dem Bereich zuordnen lassen, für den die Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft anerkannt ist (*Wenzel*, NZM 2006, 321, 323; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 338, 339). Einer Einräumung der Möglichkeit des Immobilienerwerbs durch den teilrechtsfähigen Verband als solchen stehen rechtliche Bedenken mithin nicht im Wege. Überdies erweist sich eine solche Möglichkeit für die Praxis und den Rechtsverkehr als durchaus vorteilhaft, weil sowohl der Erwerb, als auch eine später möglicherweise gewünschte Weiterveräußerung des Grundeigentums gerade bei größeren Wohnanlagen erheblich vereinfacht werden (vgl. dazu auch *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 772).

Somit lässt sich im vorliegenden Fall die Ablehnung der gewünschten Eintragung nicht rechtfertigen. Die Eigentümer haben den geplanten Ankauf des Tiefgaragenstellplatzes von den Beteiligten zu 1 und 2 ausweislich des vorgelegten Protokolls vom 27.5.2007 in der Versammlung vom 24.5.2007 einstimmig beschlossen. Da der zu erwerbende Stellplatz künftig zur Aufstellung der gemeinschaftlichen Mülltonnen verwendet werden soll, kann zudem kein Zweifel daran bestehen, dass der Erwerb im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgen soll und in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des gemeinschaftlichen Gebäudes steht. Aus diesem Grunde kann hier dahinstehen, ob dem Grundbuchamt eine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Zugehörigkeit des beabsichtigten Erwerbs zum Bereich der Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens auch dann zusteht, wenn der zu erwerbende Grundbesitz sich innerhalb der Wohn- und Teileigentumsanlage befindet (dagegen etwa *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 338 m. w. N.).

Das vom Grundbuchamt in den Raum gestellte Eintragungshindernis besteht nach alledem nicht.

8. BGB §§ 1374 Abs. 2, 1376 Abs. 1 (*Berücksichtigung eines übernommenen Wohnungsrechts im Zugewinnausgleich*)

**Hat der erwerbende Ehegatte in den Fällen des § 1374 Abs. 2 BGB im Zusammenhang mit der Zuwendung ein Wohnrecht übernommen, so ist dieses bei der Ermittlung des Anfangs- und, wenn das Wohnrecht fortbesteht, auch des Endvermögens mit seinem jeweils aktuellen Wert wertmindernd zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts des Wohnrechts auch für den dazwischen liegenden Zeitraum bzw. die Zeit zwischen dem Erwerb des Grundstücks und dem Erlöschen des Wohnrechts zu bewerten, um den gleitenden Erwerbsvorgang zu erfassen und vom Ausgleich ausnehmen zu können (im Anschluss an BGHZ 164, 69 = DNotZ 2006, 127; Abweichung von BGH, FamRZ 1990, 603 = DNotZ 1991, 496; BGH, FamRZ 1990, 1217 = NJW 1990, 3018 und BGH, FamRZ 1990, 1083).**

BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Ehe der Parteien, in der der gesetzliche Güterstand galt, wurde durch Verbundurteil des AG geschieden (insoweit rechtskräftig). Der Antragsgegner hat im Rahmen des Verbundverfahrens von der Antragstellerin die Zahlung von Zugewinnausgleich begehrt.

Bei der Eheschließung verfügte die Antragstellerin nicht über Vermögen. Aufgrund eines notariell beurkundeten Kaufvertrages vom 2.12.1975 erwarb sie von ihrer Mutter ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück. § 2 dieses Vertrages enthält zum Kaufpreis folgende Regelung:

1. Der Käufer verpflichtet sich, an Frau A eine Leibrente von DM 400 ... monatlich zu zahlen. Dieser Betrag erhöht sich um monatlich 100 DM mit Beginn des Monats, der auf den Tod der Frau G als Berechtigter des zur Zeit in Abteilung II unter Nr. 2 eingetragenen Wohnungsrechts bzw. auf die Erteilung einer Löschungsbewilligung für dieses Recht folgt.

Die Zahlungsverpflichtung beginnt mit dem 1.1.1976. Die Zahlungen sind jeweils im Voraus bis zum 3. Werktag eines jeden Monats auf ein noch aufzugebendes Konto des Verkäufers zu leisten.

Die Leibrente wird grundsätzlich lebenslänglich der Berechtigten gewährt. Die Leibrente ist jedoch mindestens für den Zeitraum bis zum 31.12.1990 und längstens für einen Zeitraum bis zum 31.5.2001 zu zahlen. Verstirbt die Berechtigte vor dem 31.12.1990, so stehen die dann noch bis zum 31.12.1990 zu zahlenden einzelnen monatlichen Leibrentenbeträge ausschließlich dem Sohn der Verkäuferin, Herrn E zu. (...)

Die Rente hat Versorgungscharakter. Deshalb vereinbarten die Vertragsparteien hiermit folgende Wertsicherungsklausel: Erhöht oder ermäßigt sich der vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden ermittelte Preisindex für alle privaten Haushalte, ... seit dem Stand vom Dezember 1975 um mehr als 10 %, so erhöht oder ermäßigt sich der Betrag der Rente entsprechend. (...)

Der Käufer bestellt hiermit Frau A unter der aufschiebenden Bedingung ihres Todes zugunsten des Herrn E eine Reallast von monatlich 500 DM zu den vorgenannten Bedingungen der Leibrente nebst der oben bezeichneten Wertsicherungsklausel und bewilligt und beantragt die Eintragung dieses Rechts und der Wertsicherungsklausel in Abteilung II des Grundbuchs (...)

2. DM 15.000 zahlt der Käufer unverzüglich nach Abschluss dieses Vertrages an den Verkäufer. (...)

3. DM 15.000 zahlt der Käufer bis spätestens zum 1.1.1981 direkt an den Verkäufer. Bis zu diesem Zeitpunkt wird dem Käufer die Zahlung gestundet. Mit Wirkung vom 1.1.1976 bis zum Zeitpunkt der Zahlung sind monatlich nachträglich zu entrichtende Zinsen in Höhe von 6 % p. a. an den Verkäufer zu zahlen. (...)

4. Weiter übernimmt der Käufer das in Abteilung II des Grundbuchs unter Nr. 2 zugunsten von Frau G eingetragene Wohnungsrecht.

(...)

Als Wert dieses Wohnungsrechts wird jährlich DM 1.200 angegeben.

Die Antragstellerin wurde am 9.3.1977 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Bei der Zustellung des Scheidungsantrags war sie noch Alleineigentümerin des Grundstücks. Darüber hinaus gehörten ihr zwei Eigentumswohnungen sowie ein Pkw.

Der Antragsgegner, der seinen Angaben zufolge keinen Zugewinn erwirtschaftete, hatte die Antragstellerin auf Zahlung von 391.371,27 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das AG – Familiengericht – hat ihm im Rahmen des Verbundurteils 225.099,96 DM zuzüglich Zinsen zugesprochen und den weitergehenden Antrag abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien bezüglich des Zugewinnausgleichs Berufung eingelegt. Der Antragsgegner hat Zahlung von insgesamt 298.346,31 DM (= 152.542,04 €) verlangt, während die Antragstellerin Klageabweisung begehrt hat. Das OLG hat die Berufung des Antragsgegners zurückgewiesen und das Urteil auf die Berufung der Antragstellerin dahin abgeändert, dass sie an den Antragsgegner 108.600,25 DM (55.526,43 €) nebst Zinsen zu zahlen hat. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Antragsgegner sein Begehren in Höhe von insgesamt 124.364,17 € (d. h. weiteren 68.873,74 €) zuzüglich Zinsen weiter.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das OLG. (...)

2. Im Grundsatz nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht hinsichtlich des Hausgrundstücks von einem Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB ausgegangen ist. Die Revision macht insofern geltend, die vorgenannte Bestimmung sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil die Antragstellerin und ihre Mutter einen als Kaufvertrag überschriebenen Vertrag abgeschlossen hätten, in dem die Vertragsparteien als Käufer und Verkäufer und die Gegenleistung als Kaufpreis bezeichnet worden seien und der zudem die typischen kaufrechtlichen Haftungs- und Gewährleistungsregelungen enthalte. Abgesehen davon komme den Gegenleistungen kein ausreichender Versorgungscharakter zu, da es letztlich um Geldzahlungen und ein Wohnrecht für eine dritte Person gehe. Wenn aber ein Kaufvertrag vorliege, hätte das Berufungsgericht Leistung und Gegenleistung miteinander vergleichen müssen, um Hinweise dafür zu erlangen, ob es sich um einen Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht handele. Das sei nicht der Fall, weil die Leistung und die insgesamt versprochene Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stünden.

Damit vermag die Revision nicht durchzudringen.

a) Die Fälle des § 1374 Abs. 2 BGB, in denen ein Zugewinnausgleich nicht stattfinden soll, sind Ausnahmen von dem schematischen gesetzlichen Prinzip, wonach es für den Zugewinnausgleich grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob und in welcher Weise der den Ausgleich fordernde Ehegatte zur Entstehung des Zugewinns beigetragen hat. Die in § 1374 Abs. 2 BGB geregelten Ausnahmen sind nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der andere Ehegatte in diesen Fällen nicht zu dem Erwerb beigetragen hat. Ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Ausnahmeregelung war vielmehr, dass eine derartige Zuwendung meist auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden oder auf ähnlichen besonderen Umständen beruht. Das gilt mindestens

hinsichtlich eines Erwerbs von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht. Insoweit besteht kein Grund dafür, einen Ehegatten an einem Erwerb zu beteiligen, der dem anderen aus erbrechtlichen Gründen zugefallen ist. Nach dem Sinn der Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB soll ein solcher Erwerb bei der Verteilung des Zugewinns unberücksichtigt bleiben, damit die Erbschaft dem Erben ungeschmälert verbleibt. Die Bestimmung muss daher auch dann Anwendung finden, wenn der Erwerb zwar mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt, jedoch aus bestimmten Gründen in die Rechtsform eines Kaufvertrages gekleidet worden ist. Denn auch in diesem Fall fehlt es an einer inneren Rechtfertigung dafür, einen Ehegatten im Wege des Zugewinnausgleichs an einem Erwerb teilnehmen zu lassen, den der andere mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht gemacht hat und bei dem ihm aus diesem Grund besondere Vorteile eingeräumt worden sind. § 1374 Abs. 2 BGB, der bei einem Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht schon seinem Wortlaut nach nicht auf die Rechtsform des Erwerbsvorgangs abstellt, muss daher jedenfalls Anwendung finden, wenn die Betrachtung des Gesamtsachverhalts ergibt, dass ein Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt ist (BGH, FamRZ 1978, 334, 335 = BGHZ 70, 291, 293 f. = DNotZ 1978, 432).

Ob ein Vermögen mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übergeben und erworben wird, richtet sich in erster Linie danach, ob die Vertragsschließenden mit der Übergabe einen erst zukünftigen Erbgang vorwegnehmen wollen. Das ist im Regelfall jedenfalls dann anzunehmen, wenn einem Abkömmling ein Grundstück, ein landwirtschaftliches Anwesen oder ein Unternehmen von seinen Eltern oder einem Elternteil unter Lebenden übergeben wird. Soweit in Verträgen dieser Art der Übernehmer den Übergeber von noch bestehenden Belastungen freistellt, ihm ein Leibgeding (Altenteil) einräumt, mit dem er insbesondere den Wohn- und Pflegebedarf und damit einen wichtigen Teil der Lebensbedürfnisse des zumeist bereits betagten Vertragspartners für dessen Lebensabend absichert, handelt es sich um ein Gefüge von Abreden, die für vorweggenommene Erbfolgen geradezu typisch sind. Sie stellen daher die Qualifizierung des Erwerbstatbestandes als eines solchen „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ regelmäßig nicht in Frage, sondern deuten vielmehr auf einen solchen hin. Zudem ist eine Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen an erbberechtigte Geschwister ein deutliches Anzeichen dafür, dass die Vertragsschließenden den Übernehmer als durch eine vorweggenommene Erbfolge begünstigt angesehen haben. Soweit Vermögensübergaben in der Rechtsform des Kaufvertrages auftreten, kann durch einen Vergleich der Werte von übergebenem Objekt und Gegenleistung ein Anhaltspunkt dafür gewonnen werden, ob es sich nach dem Willen der Vertragsschließenden um einen Vermögenserwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder um ein normales Austauschgeschäft gehandelt hat (BGH, FamRZ 1990, 1083, 1084).

b) Nach den getroffenen Feststellungen hat die Antragstellerin aufgrund des notariellen Vertrages vom 2.12.1975 von ihrer Mutter ein Grundstück erhalten. Sie hat sich im Gegenzug verpflichtet, der Mutter – neben dem Betrag von insgesamt 30.000 DM – eine Rente zu zahlen, die Versorgungscharakter haben und deshalb wertgesichert sein sollte. Für den Fall, dass die Mutter vor dem 31.12.1990 versterben sollte, sollte die Rente bis zu diesem Zeitpunkt an den Bruder der Antragstellerin entrichtet werden, diesem also insoweit einen Ausgleich verschaffen. Schließlich hat die Antragstellerin das für ihre Großmutter im Grundbuch eingetragene Wohnrecht übernommen. Insoweit deuten sowohl die persönlichen Be-

ziehungen zwischen den Vertragsparteien als auch die Gestaltung der Gegenleistung auf einen Erwerbstatbestand mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht hin.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus einem wertmäßigen Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung. Wenn die Rente der Mutter, wie die Revision geltend macht, nicht nur bis zum 31.12.1990, sondern bis zum 31.5.2001, also für weitere 125 Monate, berücksichtigt wird, errechnet sich unter zusätzlicher Berücksichtigung der Erhöhung um 100 DM nach Wegfall des Wohnrechts ein Gesamtbetrag von 152.500 DM (500 DM x 305 Monate), der allerdings mit Rücksicht auf die erst künftige Fälligkeit abzuzinsen ist (vgl. BGH, FamRZ 1990, 1217, 1218 f. = NJW 1990, 3018). Dies ergibt unter Heranziehung der vom Berufungsgericht angewandten Kapitalisierungstabelle (*Schneider/Schlund/Haas*, Kapitalisierungstabelle und Verrentungstabellen, 2. Aufl., Tabelle A 4, Zinsfuß: 6 %, Dauer: 25 Jahre) einen Betrag von 79.170 DM (6.000 DM x 13,195). Zusammen mit der Zahlung von 30.000 DM errechnet sich mithin aus der (nicht entsprechend der Wertsicherungsklausel angepassten) Rentenzahlung eine Gegenleistung von 109.170 DM. Dieser steht ein Grundstückswert von 228.832,11 DM gegenüber, so dass der Wert der Gegenleistung selbst dann noch deutlich dahinter zurückbleibt, wenn eine Erhöhung der Rente aufgrund der Wertsicherungsklausel wirksam vereinbart worden sein sollte und zusätzlich berücksichtigt wird. Das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestätigt mithin die auf der persönlichen Beziehung der Vertragsparteien und der Vertragsgestaltung beruhende Vermutung eines Erwerbs mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht. Deshalb hat das Berufungsgericht zu Recht § 1374 Abs. 2 BGB für anwendbar gehalten.

3. Hilfsweise macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe jedenfalls die zu berücksichtigenden Gegenleistungen der Antragstellerin fehlerhaft bewertet. Die versprochenen Kapitalleistungen dürften nicht nur eingeschränkt berücksichtigt, sondern müssten in vollem Umfang abgesetzt werden. Darüber hinaus habe das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht beachtet, dass die Parteien in § 2 Ziff. 1 des Vertrages eine Erhöhung der Rente nach Maßgabe des Preisindex für alle privaten Haushalte vereinbart hätten. Der Antragsgegner habe vorgetragen, beim Erwerb der Wohnung P. Straße im Jahre 1983 habe die Rentenzahlung 745 DM betragen. Die finanziellen Leistungen zum Erwerb dieser Wohnung seien mit 718,15 DM monatlich entsprechend hoch gewesen.

Diesem Einwand ist ein Erfolg nicht zu versagen.

a) Der Senat hat sich bereits wiederholt mit der Frage befasst, wie Belastungen, die mit einem nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Erwerb verbunden sind, im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu berücksichtigen sind. Er hat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass Geld- oder geldwerte Leistungen, die der Zuwendungsempfänger zu erbringen hat, in Höhe ihres – erforderlichenfalls zu kapitalisierenden – Wertes sein Anfangsvermögen i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB mindern. Denn die Zuwendung erfolgt insoweit nicht unentgeltlich und ist damit nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert. Vielmehr schmälern die zur Erfüllung der Verpflichtung erforderlichen finanziellen Aufwendungen den Zugewinn. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, dem anderen Ehegatten im Umfang solcher Gegenleistungen einen Zugewinnausgleich vorzuenthalten. Der Umstand, dass die Zuwendung an sich auf persönlichen Beziehungen zwischen dem erwerbenden Ehegatten und dem Zuwendenden beruht, vermag daran nichts zu ändern. Ebenso ist ohne Belang, ob die Leistungspflicht dinglich gesichert oder nur schuldrechtlich vereinbart

ist (BGH, FamRZ 2005, 1974, 1977 m. Anm. Schröder = BGHZ 164, 69 = DNotZ 2006, 127; Kogel, BGHR 2006, 29; ders., FamRB 2006, 1).

b) Danach hat das Berufungsgericht im Ansatz zu Recht die an die Mutter zu zahlende Rente als eine den Wert der Zuwendung mindernde Belastung angesehen. Eine solche Belastung besteht allerdings nicht nur im Umfang der allein berücksichtigten Zahlungspflicht bis zum 31.12.1990, sondern hinsichtlich der gesamten, sich vereinbarungsgemäß bis längstens zum 31.5.2001 erstreckenden Rentenzahlungspflicht. Denn auch insoweit handelt es sich um eine Gegenleistung der Antragstellerin, so dass in dem betreffenden Umfang keine unentgeltliche Zuwendung vorliegt. Dass die Mutter diesen Zeitpunkt nicht erlebt hat, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden.

Die Rente betrug allerdings, solange das Wohnrecht für die Großmutter der Antragstellerin noch bestand, monatlich nur 400 DM und erhöhte sich erst mit dessen Wegfall auf monatlich 500 DM. Sie unterlag außerdem der Anpassung aufgrund der vereinbarten Werksicherungsklausel, falls diese – wie damals erforderlich – von der zuständigen Landeszentralbank genehmigt worden ist. Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist entsprechend dem Vorbringen der Revision für das Revisionsverfahren von der Erteilung der Genehmigung auszugehen.

Als das Anfangsvermögen mindernde Gegenleistung ist mithin der unter Abzinsung kapitalisierte Wert der Rentenleistungspflicht für die Zeit vom 1.1.1976 bis zum 31.5.2001 anzusetzen. Ob die betreffenden Beträge tatsächlich gezahlt worden sind, ist für die Bewertung der Gegenleistung dagegen ohne Belang. Soweit die Mutter auf die Zahlung (teilweise) verzichtet haben sollte, läge insofern eine (gesonderte) Schenkung vor, die – zum jeweiligen Zeitpunkt – einen Vermögenszuwachs bewirkt hätte, der wiederum nach der Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB nicht dem Zugewinnausgleich unterliegen würde. Dazu ist jedoch ebenfalls nichts festgestellt worden.

c) Als weitere Gegenleistung ist der Betrag von 30.000 DM (zahlbar in zwei Raten von jeweils 15.000 DM) anzusetzen. Dass bezüglich einer Rate ein Erlass vereinbart worden ist, ändert daran nichts. Insofern ist allerdings zum (nicht festgestellten) Zeitpunkt des Erlasses, also unter Berücksichtigung der Bewertungsbestimmung des § 1376 Abs. 1 BGB, von einem weiteren privilegierten Erwerb auszugehen.

4. Das Berufungsgericht hat auch das zugunsten der Großmutter der Antragstellerin bestehende Wohnrecht als eine das Anfangsvermögen mindernde Gegenleistung berücksichtigt, indem es für den Zeitraum vom 1.1.1976 bis zum 31.12.1990 eine um den mit 100 DM angenommenen Wert des Wohnrechts erhöhte Rentenleistungspflicht zugrunde gelegt hat. Dagegen bestehen nur im Ansatz keine rechtlichen Bedenken.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt allerdings die Wertsteigerung, die nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiertes Vermögen während des Güterstandes durch das allmähliche Absinken des Wertes eines vom Zuwendenden angeordneten oder ihm vorbehaltenen, lebenslangen Nießbrauchs erfährt, ebenfalls nicht dem Zugewinnausgleich. Der begünstigte Ehegatte hat die Zuwendung von vornherein mit der sicheren Aussicht erworben, dass die auflösend bedingte Belastung durch das Nießbrauchsrecht künftig wegfällt. Soweit sich diese Aussicht während der Ehe durch das Absinken des Nießbrauchswerts teilweise verwirklicht hat, handelt es sich gleichermaßen um einen nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Vermögenserwerb. Dieser Wertzuwachs ist deshalb vom

Ausgleich auszunehmen. Einer wortgetreuen Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB würde es entsprechen, im Anfangs- und im Endvermögen des Zuwendungsempfängers die sich unter Berücksichtigung der Nießbrauchsbelastung jeweils ergebenden Werte des betreffenden Vermögens anzusetzen, dem Anfangsvermögen aber den Wertzuwachs hinzuzurechnen, der sich durch das zwischenzeitliche Absinken des Nießbrauchswerts ergeben hat. Nach der bisherigen Auffassung des Senats führt es aber zu keinem anderen Ergebnis, wenn beim End- und beim Anfangsvermögen der Nießbrauch ganz unberücksichtigt bleibt. Dies soll unabhängig davon gelten, ob der Nießbraucher vor der Beendigung des Güterstandes verstorben ist, oder ob der Nießbrauch zu diesem Zeitpunkt fortbesteht. Für die Belastung mit einem dem Nießbrauch ähnlichen Wohnrecht soll dies in gleicher Weise gelten (BGH, FamRZ 1990, 603, 604 = DNotZ 1991, 496; BGH, FamRZ 1990, 1217, 1218 = NJW 1990, 3018 und BGH, FamRZ 1990, 1083, 1084 f.).

b) Die dargestellte Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben. Diese richtet sich u. a. gegen die Methode, die mit dem Sinken der Belastung einhergehende Wertsteigerung schlechthin dadurch auszugleichen, dass die Belastung im Anfangs- wie im Endvermögen unberücksichtigt gelassen wird (OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607, 609; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1374 Rdnr. 24). Dies solle namentlich dann nicht hinnehmbar sein, wenn der Nießbrauch am Endvermögensstichtag, wenn auch wertgemindert, fortbesteht. Denn der Nießbrauch sei eine den Verkehrswert des zugewandten Grundstücks – je nach dem Alter des Nießbrauchers – erheblich mindernde Belastung, die unter Umständen eine Veräußerung des Grundstücks im maßgeblichen Zeitpunkt ganz ausschließen könne. Daher müsse der Nießbrauch als Grundstücksbelastung für den Endvermögensstichtag, konsequenterweise dann aber auch für den Anfangs- bzw. Grundstücksübertragungsstichtag und letztlich auch für den dazwischen liegenden Zeitraum bewertet werden (*Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24 f.; *Baumeister* in FamGb, § 1374 Rdnr. 29; für den Fall, dass Anfangs- oder Endvermögen bei Berücksichtigung des Nießbrauchs negativ würden: OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607, 609; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 24 a; vgl. zur Kritik hinsichtlich der Gleichsetzung eines Leibgedinges mit einem Nießbrauch: BGH, FamRZ 2005, 1974, 1977 = BGHZ 164, 69 = DNotZ 2006, 127).

c) Der Senat vermag sich dieser Kritik nicht zu verschließen. Nach § 1376 Abs. 1 BGB ist der Berechnung des Anfangsvermögens der Wert zugrunde zu legen, den das hinzuzurechnende Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte. Wird ein Grundstück unter Vorbehalt eines lebenslangen Wohnrechts übertragen, so erstreckt sich der Erwerbsvorgang – hinsichtlich der uneingeschränkten Nutzungsmöglichkeit – über den gesamten Zeitraum, der zwischen der Grundstücksübertragung und dem Tod des Berechtigten liegt. Diesem Gesichtspunkt des gleitenden Vermögenserwerbs, der mit dem kontinuierlichen Absinken des Wertes des Wohnrechts einhergeht, wird nicht Rechnung getragen, wenn das Wohnrecht sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen unberücksichtigt bleibt. Vielmehr wird der Erwerber bei dieser Berechnungsweise so behandelt, als wäre der Wertzuwachs durch das Absinken des Wertes des Wohnrechts erst im Zeitpunkt des Ehezeitendes eingetreten. Dass das Vermögen ihm bereits zuvor nach und nach zugewachsen ist, bleibt mithin außer Betracht. Das steht mit der Bewertungsbestimmung des § 1376 Abs. 1 BGB nicht in Einklang (vgl. auch OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607, 609; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1374 Rdnr. 24) und ist deshalb auch nicht damit zu verein-

baren, dass der Wertzuwachs des privilegierten Vermögenserwerbs ebenfalls vom Ausgleich auszunehmen ist.

Dem Erfordernis, der Berechnung des Anfangsvermögens den Wert zugrunde zu legen, den hinzuzurechnendes Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte, kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass das Wohnrecht als Grundstücksbelastung für den Anfangsvermögensstichtag und – falls es fortbesteht – auch für den Endvermögensstichtag bewertet wird. Darüber hinaus ist der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts des Wohnrechts auch für den dazwischen liegenden Zeitraum bzw. die Zeit zwischen dem Erwerb und dem Erlöschen des Wohnrechts zu bewerten, um den gleitenden Erwerbsvorgang zu erfassen und durch entsprechende Hinzurechnung zum Anfangsvermögen vom Ausgleich auszunehmen. Dem steht nicht entgegen, dass der Wertzuwachs durch den gleitenden Vermögenserwerb nicht linear verläuft und sich in der Regel ohne sachverständige Hilfe nicht ermitteln lassen dürfte (vgl. zu einer Schätzung OLG Bamberg, FamRZ 1995, 607, 609).

d) Danach hat das Berufungsgericht das Wohnrecht zu Recht nicht unberücksichtigt gelassen. Die vorgenommene Bewertung begegnet indes durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Das Wohnrecht sollte mit dem Tod der Großmutter entfallen. Mit dem Beginn des darauf folgenden Monats sollte sich die an die Mutter zu zahlende Rente um 100 DM erhöhen. Diese zeitlich gestaffelte, unterschiedliche Belastung des Grundstücks kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dadurch berücksichtigt werden, dass von Anfang an von einer monatlichen Belastung von insgesamt 500 DM ausgegangen wird, weil das Wohnrecht mit dem Erhöhungsbetrag der Rente bewertet wird. Das wird den Gegebenheiten nicht gerecht. Das Wohnrecht stellt – ebenso wie ein Nießbrauch – eine den Verkehrswert des Grundstücks – je nach dem Alter des Berechtigten – erheblich senkende Belastung dar und kann mitunter eine Veräußerung des Grundstücks beträchtlich erschweren oder ganz ausschließen. Sein Wert ist deshalb unter Einbeziehung dieser Gesichtspunkte sowie unter Zugrundelegung der Sterbetafel zu ermitteln. Ebenso ist unter Berücksichtigung der Sterbetafel der unter Abzinsung kapitalisierte Wert der Rentenleistungspflicht in Höhe der weiteren 100 DM festzustellen. Nur auf diesem Wege können die den privilegierten Vermögenserwerb mindernden Belastungen erfasst werden.

5. Das angefochtene Urteil kann danach im Umfang des Revisionsangriffs keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die zur Bewertung des Anfangsvermögens – sowohl hinsichtlich der übernommenen Belastung als auch hinsichtlich des Wertzuwachses durch das allmähliche Absinken des Werts des Wohnrechts – sowie die zum Zeitpunkt der weiteren Zuwendung durch den Erlass der zweiten Kaufpreisrate erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben wird.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die am Ehezeitende noch fortbestehende Rentenzahlungspflicht in Höhe des auf diesen Zeitpunkt zu ermittelnden (niedrigeren) Wertes auch das Endvermögen der Antragstellerin mindert (BGH, FamRZ 2005, 1974, 1977 = BGHZ 164, 69 = DNotZ 2006, 127).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Schlögel*, MittBayNot 2008, 98 (in diesem Heft).

9. BGB §§ 1586 b, 2325, 2328 (*Berücksichtigung von Pflichtteilergänzungsansprüchen bei § 1586 b BGB*)

**Bei der Bemessung der Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB sind auch (fiktive) Pflichtteilergänzungsansprüche zu berücksichtigen, die dem Unterhaltsberechtigten gemäß § 2325 BGB gegen die Erben zustünden, wenn seine Ehe mit dem Unterhaltspflichtigen erst durch dessen Tod aufgelöst worden wäre. Gegenüber diesen (nur fiktiven) Pflichtteilergänzungsansprüchen des Unterhaltsberechtigten können sich Erben, die selbst pflichtteilsberechtigt sind, nicht auf § 2328 BGB berufen. (Fortführung von BGHZ 146, 114, 118 = FamRZ 2001, 282, 283 = NJW 2001, 828 und von BGH, FamRZ 2003, 848, 854 = NJW 2002, 1269).**

BGH, Urteil vom 18.7.2007, XII ZR 64/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist die erste Ehefrau des am 25.12.1997 verstorbenen Erblassers; die Beklagte ist dessen Witwe. Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen der Vereitelung von Unterhaltsansprüchen; außerdem macht sie einen Anspruch nach dem Anfechtungsgesetz sowie aus Vermögensübernahme (§ 419 BGB a. F.) geltend.

Die Ehe der Klägerin mit dem Erblasser, aus der zwei Töchter hervorgegangen sind, wurde 1981 geschieden. Der Erblasser wurde rechtskräftig zur Zahlung von Unterhalt in Höhe von 2.500 DM monatlich verurteilt.

Die Beklagte und der Erblasser setzten sich durch gemeinschaftliches Testament gegenseitig zu Alleinerben ein. Während ihrer Ehe erhielt die Beklagte von dem Erblasser unentgeltliche Zuwendungen, deren Höhe sie in ihrer späteren Erbschaftsteuererklärung mit 1.138.155,43 DM angab. Die Beklagte und die Töchter der Klägerin schlugen die Erbschaft aus; die Töchter fochten die Ausschlagung später erfolgreich an. Der Unterhaltstitel der Klägerin wurde gegen deren Töchter umgeschrieben.

Im Zusammenhang mit einem sich anschließenden Rechtsstreit zwischen den Töchtern der Klägerin und der Beklagten zahlte diese an die Töchter zunächst 180.000 DM; der Rechtsstreit wurde durch einen gerichtlichen Vergleich beigelegt, in dem sich die Beklagte zur Zahlung weiterer 179.000 € an die Töchter verpflichtete.

Die Klägerin behauptet, der Erblasser habe im Laufe seiner zweiten Ehe auf die Beklagte Vermögenswerte von 2.661.060,33 DM (1.360.578,54 €) transferiert. Deshalb habe der Wert seines Nachlasses (ohne Berücksichtigung von Pflichtteilergänzungsansprüchen) nur noch 338.184,24 DM (172.910,86 €) betragen. Ihr Unterhaltsanspruch gegen den Erblasser hätte für die Zeit von dessen Tod bis zum 1.1.2004 – unter Berücksichtigung der von ihr inzwischen bezogenen Altersrente – insgesamt 66.934,38 € betragen. Diesen Anspruch habe sie gegen ihre Töchter gemäß § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB nur bis zur Grenze des fiktiven Pflichtteils geltend machen können; sie habe dementsprechend von ihren Töchtern auch nur  $\frac{1}{8}$  von 172.910,86 € = 21.613,86 € als Unterhalt erhalten. Die Differenz von (66.934,38 € – 21.613,86 €) = 45.320,52 € schulde ihr die Beklagte.

Das LG hat die Klage abgewiesen, da eine Schädigungs- bzw. Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Beklagten nicht dargetan sei. Das OLG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision, mit der die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiterverfolgt.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

#### II.

1. Das OLG geht zutreffend davon aus, dass Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte nur dann einen nach § 826 BGB erstattungsfähigen Schaden der Klägerin begründen könnten, wenn durch die Vermögensminderung beim Erblasser Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt, welche die Klägerin gemäß § 1586 b Abs. 1 BGB gegen ihre Töchter als Erben ihres geschiedenen Ehemannes geltend machen könnte, verkürzt worden wären. Das ist indes nicht der Fall.

a) Nach § 1586 b Abs. 3 Satz 1 BGB haften die Erben des Unterhaltsschuldners dem Unterhaltsgläubiger nur bis zur Höhe des (fiktiven) Pflichtteils, der dem Unterhaltsgläubiger gegenüber den Erben zustünde, wenn seine Ehe mit dem Erblasser nicht schon durch die Scheidung, sondern erst durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden wäre. Eine Verkürzung der Unterhaltsansprüche der Klägerin könnte deshalb nur eingetreten sein, wenn durch die Vermögenszuwendungen des Erblassers an die Beklagte der Nachlass und damit auch der (fiktive) Pflichtteilsanspruch der Klägerin gegen ihre Töchter in einem Umfang gemindert worden wäre, dass er zur Befriedigung der der Klägerin „an sich“ zustehenden Unterhaltsansprüche nicht mehr ausreichen würde. Diese Voraussetzung hat das OLG mit Recht verneint.

aa) Der für die Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB maßgebende (fiktive) Pflichtteilsanspruch der Klägerin beträgt, wie sich aus § 1931 Abs. 1, § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 1371 Abs. 2 Hs. 2, § 1586 b Abs. 2 BGB ergibt, ein Achtel des Nachlasswertes. Die Klägerin hat den Nachlasswert – ohne Berücksichtigung der Zahlungen, welche die Beklagte an die Töchter der Klägerin bereits als Pflichtteilergänzung geleistet hat – mit 172.910,86 € beziffert; daraus errechnet sich ein Pflichtteilsanspruch von 21.613,86 € – mithin in Höhe des Betrages, den die Klägerin von ihren Töchtern als Unterhalt bereits erhalten hat.

bb) Bei der Bemessung der Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB sind, wie der Senat entschieden hat (BGHZ 146, 114, 118 = FamRZ 2001, 282, 283 = NJW 2001, 828; BGH, FamRZ 2003, 848, 854 = NJW 2002, 1269), auch (fiktive) Pflichtteilergänzungsansprüche zu berücksichtigen, die dem Unterhaltsberechtigten (als fiktiv Pflichtteilergänzungsberechtigten) gemäß § 2325 BGB gegen die Erben zustünden, wenn seine Ehe mit dem Unterhaltspflichtigen erst durch dessen Tod aufgelöst worden wäre. Die Einbeziehung auch dieser Ansprüche rechtfertigt sich aus dem Sinn und Zweck der von § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB vorgesehenen Haftungsbeschränkung: Durch sie soll der geschiedene Ehegatte „nicht mehr erhalten, als er gehabt hätte, wenn seine Ehe statt durch Scheidung durch den Tod des Verpflichteten aufgelöst worden wäre“. Die Anknüpfung der Anspruchsbegrenzung an den Pflichtteil beruht dabei auf der Erwägung, dass es dem verstorbenen Verpflichteten ohne weiteres möglich gewesen wäre, den berechtigten Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen, und angenommen werden müsse, dass er von dieser Möglichkeit nach dem Scheitern der Ehe auch Gebrauch gemacht hätte (BT-Drucks. 7/760, S. 153). Wenn aber der Lebensbedarf des geschiedenen Ehegatten über den Tod des Verpflichteten hinaus in ähnlicher Weise sichergestellt werden soll wie dies bei Fortbestand der Ehe durch erbrechtliche Ansprüche erreicht worden wäre, dann ist es allein folgerichtig, bei der Bemessung der Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB auch einen Pflichtteilergänzungsanspruch zu berücksichtigen, der ihm als Witwer oder Witwe des Erblassers gegen dessen Erben zugestanden hätte.

Im vorliegenden Fall könnte die Klägerin, wäre ihre Ehe erst durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden, von ihren Töchtern als dessen Erben gemäß § 2325 BGB als Ergänzung ihres Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich ihr Pflichtteil erhöhen würde, wenn die Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte dem Nachlass hinzugerechnet würden. Da nach dem eigenen Vortrag der Klägerin der Wert dieser Zuwendungen 1.360.578,54 € beträgt, stünde der Klägerin hiervon ein Achtel – mithin ein Betrag von 170.072,32 € – als Pflichtteilergänzung zu. Die Haftungsgrenze des § 1586 b

Abs. 1 Satz 3 BGB steigt folglich um diesen Betrag auf (21.613,86 € + 170.072,32 € =) 191.686,18 €. Damit sind die bislang in Frage stehenden Unterhaltsansprüche der Klägerin gegen ihre Töchter derzeit in vollem Umfang abgedeckt, so dass ein Schaden der Klägerin nicht ersichtlich ist.

cc) Diesem (fiktiven) Pflichtteilergänzungsanspruch der Klägerin gegen ihre Töchter steht nicht entgegen, dass diese auch selbst pflichtteilsberechtigt sind. Zwar kann nach § 2328 BGB ein Erbe, der selbst pflichtteilsberechtigt ist, die Ergänzung des Pflichtteils insoweit verweigern, als ihm weniger als sein eigener Pflichtteil mit Einschluss dessen verbliebe, was ihm zur Ergänzung seines Pflichtteils gebühren würde. Diese Vorschrift ist indes, worauf *Schindler* (FamRZ 2004, 1527, 1533 mit Kritik an der gegenteiligen, aber nicht näher begründeten Auffassung des OLG Koblenz, FamRZ 2003, 261, 263; vgl. auch *Klingelhöffer*, ZEV 2003, 113; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2325 Rdnr. 58 Fn. 271) mit Recht hinweist, auf die Konkurrenz von Pflichtteilsberechtigten beschränkt; auf das Verhältnis zwischen dem (nur fiktiv pflichtteilsberechtigten) Unterhaltsgläubiger (hier: Klägerin) als einem Nachlassgläubiger und dem (abstrakt) pflichtteilsberechtigten Erben (hier: Töchter) ist sie nicht anwendbar. Aus dem Ziel der von § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB vorgesehenen Haftungsbeschränkung, den Unterhaltsgläubiger nicht besser zu stellen als er sich stünde, wenn seine Ehe mit dem Unterhaltsschuldner erst durch dessen Tod aufgelöst worden wäre, ergibt sich nichts Gegenteiliges; denn in diesem Falle hätte dem pflichtteilsberechtigten Unterhaltsgläubiger die Möglichkeit offen gestanden, sich wegen der vom Erben nicht zu befriedigenden Pflichtteilergänzung gemäß § 2329 BGB beim Beschenkten schadlos zu halten. Diese Möglichkeit ist dem nur fiktiv pflichtteilsberechtigten Ehegatten verwehrt (*Johannsen/Henrich/Büttner*, Eherecht, 4. Aufl., § 1586 b BGB Rdnr. 8 m. w. N.; zur Frage einer analogen Anwendung des § 2329 BGB ablehnend und m. w. N. *Schindler*, FamRZ 2004, 1527, 1529 f. sowie Fn. 31, 32).

dd) Auf die Überlegungen des OLG zur Frage, ob die Leistungen der Beklagten an die Töchter der Klägerin dem Nachlass zuzurechnen sind und insoweit den (fiktiven) Pflichtteilsanspruch der Klägerin erhöhen, kommt es nach allem nicht an. Soweit nämlich der Klägerin aufgrund der Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte ein fiktiver und in die Bemessung der Haftungsgrenze einzubeziehender Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB zusteht, können diese Zuwendungen nicht nochmals – über eine Berücksichtigung der von der Beklagten als Pflichtteilergänzung geleisteten Zahlungen an die Erbinnen – eine den Nachlass und damit den fiktiven (ordentlichen) Pflichtteil steigernde Berücksichtigung finden. Das OLG hat deshalb – im Ergebnis zutreffend – diese Zahlungen bei der Ermittlung des (fiktiven) Pflichtteilergänzungsanspruchs der Klägerin herausgerechnet; richtigerweise hätten diese Zahlungen dem Nachlass von vornherein nicht zugerechnet werden dürfen.

b) Nicht zu beanstanden ist schließlich die Annahme des OLG, dass die Möglichkeit der Töchter, ihre Haftung für die Unterhaltsansprüche der Klägerin auf den Nachlass zu beschränken, keinen Schaden der Klägerin begründet. Denn der von der Klägerin mit 172.910,86 € bezifferte Nachlass wird durch deren bisherige Unterhaltsforderungen bei weitem nicht erschöpft. Ein Schaden der Klägerin, den sie gemäß § 826 BGB von der Beklagten ersetzt verlangen könnte, scheidet damit aus.

2. Auch soweit die Klägerin ihr Begehren auf das Anfechtungsgesetz stützt, hat das OLG ihrer Klage den Erfolg zu Recht versagt. Denn auch ein auf das Anfechtungsgesetz gestützter Anspruch setzt voraus, dass der anfechtende Gläubi-

ger durch die angefochtene Rechtshandlung – hier die Klägerin durch die Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte – benachteiligt worden ist. Ein solcher Nachteil, der auch hier nur in einer Verkürzung der der Klägerin nach § 1586 b Abs. 1 BGB gegen ihre Töchter zustehenden Unterhaltsansprüche bestehen könnte, ist – wie ausgeführt – von der Klägerin jedoch nicht dargetan. (...)

10. GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1; BGB §§ 138 Abs. 1, 1355 (Ehevertragliche Vereinbarung über die Ablegung des Ehenamens nach Scheidung nicht sittenwidrig)

**Eine ehevertragliche Vereinbarung, den gemeinsamen Ehenamen nach einer Scheidung abzulegen, ist weder wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sittenwidrig, noch liegt darin ein Verstoß gegen die Ehe- und Familienordnung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Bonn, Urteil vom 13.11.2007, 9 O 260/07

Die Parteien streiten um die Fortführung des Ehenamens durch die Beklagte nach Scheidung der Ehe.

Kläger und Beklagte schlossen am 30.12.1993 vor dem Standesamt die Ehe. Als Ehenamen wählten sie „T.“, den Familiennamen des Klägers. Der Kläger ist geschäftsführender Gesellschafter der N. GmbH. Die Beklagte war bis Anfang 2005 in dieser Firma beschäftigt. Am 27.12.1993 schlossen die Parteien einen Ehevertrag, mit dem sie Gütertrennung vereinbarten und für den Fall der Scheidung der Ehe den nahehelichen Unterhalt sowie den Versorgungsausgleich ausschlossen. Die Ehe blieb kinderlos. Im Laufe des Jahres 2003 geriet die Ehe der Parteien in eine ernsthafte und dauerhafte Krise. Seit 18.10.2004 lebten die Parteien getrennt. In Februar und März 2005 wurden der Beklagten seitens der N. GmbH mehrfach Kündigungen ausgesprochen, die in einem Kündigungsschutzprozess vor dem AG Koblenz für unwirksam erklärt wurden. Da die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wieder herzustellen war, schlossen die Parteien in Vorbereitung der Scheidung am 17.11.2005 einen notariell beurkundeten „Ehevertrag mit scheidungs erleichternden Vereinbarungen“ (im Folgenden: Scheidungsfolgenvereinbarung). Neben Regelungen zur Trennungunterhalt, Hausrat und Ehemwohnung sowie zur Abwicklung des Scheidungsverfahrens enthielt die Vereinbarung unter Punkt F 3. folgenden Passus:

„Frau T. wird nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe, jedoch spätestens bis zum 31.12.2006 den Ehenamen „T.“ ablegen und ihren Geburtsnamen oder den Namen, den sie bis zur Bestimmung des Ehenamens geführt hat, wieder annehmen.“

Unter der Überschrift Arbeitsrecht – Punkt A.1. wurde vereinbart, dass die N. GmbH der Beklagten eine einmalige Abfindung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Höhe von 100.000 € zahlt. Unter Ziffer B. – Unterhalt – B.1. verpflichtete sich der Kläger, der Beklagten eine Abfindung von 40.000 € zu zahlen.

Auf Antrag der Beklagten wurde die Ehe am 22.12.2005 geschieden.

Der Kläger ist der Ansicht, aufgrund Punkt F 3 der Scheidungsfolgenvereinbarung habe er Anspruch darauf, dass die Beklagte den Namen „T.“ wieder ablegt. Die gesetzlich eingeräumten Wahlmöglichkeiten im Bereich des Ehenamensrechts stünden zur vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die Beklagte habe durch den Vertrag wirksam über ihr Namensrecht disponiert.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist zulässig und begründet.

(...)

Die Klage ist begründet, da der Kläger Anspruch auf Ablegung des Ehenamens T. durch die Beklagte hat.

Die Parteien haben mit dem Ehevertrag vom 17.11.2005 eine wirksame Einigung über den Ehenamen getroffen.

Das Namensrecht unterliegt grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Vereinbarungen über die Wahl des Ehenamens sind grundsätzlich zulässig. Insbesondere kann sich ein Ehegatte nach überwiegender Ansicht, der sich die Kammer anschließt, verpflichten, nach Scheidung der Ehe seinen Geburtsnamen wieder anzunehmen bzw. auf die Fortführung des Ehenamens zu verzichten (RGZ 86, 114; OLG Frankfurt, StAZ 1971, 137, 138; Everts, FamRZ 2005, 249; Diederichsen, NJW 1976, 1169, 1170; Lohmann in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 1355 Rdnr. 17; Hübner in Staudinger, BGB, 2000, § 1355 Rdnr. 110; MünchKommBGB/Wache, 4. Aufl. 2000, § 1355 Rdnr. 27; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 53; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 16 I 7). Die Kammer übersieht dabei nicht, dass der bereits durch Eheschließung angenommene Familienname nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht bloß geliehen, sondern Teil und Ausdruck der eigenen Persönlichkeit ist (BVerfG, FamRZ 2004, 515, 516 = MittBayNot 2004, 267). Das Namensrecht wird als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Dieser Grundrechtsschutz würde aber gerade in sein Gegenteil gekehrt, wenn die geschützte Rechtsposition in vollem Umfang der Disposition des Namensträgers entzogen würde.

Die in Teil F., Ziff. 3 der Scheidungsfolgenvereinbarung getroffene Vereinbarung über die Ablegung des Ehenamens ist auch inhaltlich zulässig.

Sie ist nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen die guten Sitten, wenn es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.

Eine die Sittenwidrigkeit begründende Kommerzialisierung des Ehenamens ist für die Kammer nicht ersichtlich. Kommerzialisierung kann einen Sittenverstoß begründen, wenn die Vereinbarung eines Entgelts in dem betreffenden Lebensbereich anstößig ist. (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 138 Rdnr. 56; MünchKommBGB/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl. 2000, § 138 Rdnr. 127). Dies wäre dann der Fall, wenn der Kläger der Beklagten den Ehenamen gleichsam „abgekauft“ hätte. Dies ist in der streitigen Vereinbarung nicht der Fall. Der Scheidungsfolgenvertrag enthält keine derartige Entgeltvereinbarung. Es sind neben der Konkretisierung des Trennungunterhalts keine Zahlungsverpflichtungen und Leistungspflichten des Klägers aufgeführt, die nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien als Gegenleistung für eine Aufgabe des Ehenamens bestimmt sind. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Zahlungen des Klägers und der N. GmbH im Zusammenhang mit dem Anspruch der Beklagten auf ehelichen Trennungunterhalt einerseits und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses andererseits standen, aber keine Gegenleistung für die Namensänderung sein sollten.

Allein die Tatsache, dass die Beklagte nur im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen der Scheidungsfolgenvereinbarung zu einer Einwilligung in die streitige Klausel einverstanden war, begründet keine sittenwidrige Kommerzialisierung. Zum einen war Beweggrund für die Vereinbarung und die darauf geleisteten Zahlungen allein die Beschleunigung des Scheidungsverfahrens. Zum anderen erscheint die Disposition über das Namensrecht in einem Vertrag, mit dem Scheidungsfolgen und arbeitsrechtliche Aspekte umfassend geklärt werden sollen, nicht als anstößig.

Eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines strukturellen Machtungleichgewichts der Parteien zu bejahen. Ein solches Ungleichgewicht kann bei grundrechtsverkürzenden Vereinbarungen wie der vorliegenden Namensänderungsklausel zur Sittenwidrigkeit führen.

Dies ist der Fall, wenn sich der Erklärende aufgrund der konkreten Situation im Einzelfall nicht mehr freiwillig seines Grundrechtsschutzes begeben hat. Die von der Beklagten behauptete Notsituation, aus der heraus sie den Vertrag geschlossen habe, erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Es war der Beklagten bei Abschluss des Vertrages unbenommen, eventuelle Unterhaltsansprüche gegen den Kläger und arbeitsrechtliche Ansprüche gegen das Unternehmen des Klägers gerichtlich geltend zu machen. Da unterhaltsrechtliche Ansprüche auch im Wege einer einstweiligen Leistungsverfügung zeitnah durchgesetzt werden können, bestand keine finanzielle Notsituation für die Beklagte, die sie zu dem Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung gezwungen hätte.

Die Sittenwidrigkeit ergibt sich auch nicht aus einem Verstoß gegen die Ehe- und Familienordnung gemäß Art. 6 Abs. 1 GG. Neben der Entgeltlichkeit bilden die Grundrechte ein anerkanntes Element der Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten. Die Grundrechte sind als Grundwerte für die gesamte staatliche und gesellschaftliche Ordnung angelegt. Daher nimmt das BVerfG eine sogenannte mittelbare Drittwirkung in dem Sinne an, dass die in ihnen zum Ausdruck kommenden Grundwerte nicht nur bei der Schaffung, sondern auch bei der Auslegung und Anwendung von Zivilrechtsnormen zu berücksichtigen sind. Unbestimmte Rechtsbegriffe, wie der der guten Sitten, erlauben die Berücksichtigung von Verfassungsnormen im Zivilrecht. Insofern könnte sicherlich eine Rolle spielen, dass bei Vorhandensein von Kindern das Namensrecht bezüglich des Familiennamens eine besondere Kontinuität und Folgewirkung entfaltet, was Indiz für eine mögliche Sittenwidrigkeit sein könnte. Gemeinschaftliche Kinder haben die Parteien aber keine.

Die rechtliche Anerkennung der nahehelichen Namensführungsvereinbarung ist auch nicht vor dem Hintergrund des Persönlichkeitsrechts des betroffenen Ehegatten aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG über § 138 Abs. 1 BGB zu versagen. Es handelt sich lediglich um eine grundrechtsverkürzende Abrede mit lediglich allgemein-persönlichkeitsrechtlichem Bezug. Die Vereinbarung verstößt nicht gegen Grundrechte der Beklagten, an die das Gericht durch die mittelbare Wirkung der Grundrechte gebunden ist. Die Vereinbarung der Parteien beruhte auf einer Mitwirkung der Parteien. Sie ist unter Ausübung der ebenfalls grundrechtlich garantierten Vertragsfreiheit zustande gekommen. Im konkreten Fall wird dies dadurch verdeutlicht, dass die Dispositionsbefugnis über den Ehenamen, wie durch § 1355 BGB auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleistet wird, ebenfalls Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist (BVerfG, NJW 2004, 1155, 1156 = MittBayNot 2004, 267). Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt den Namen eines Menschen als Ausdruck seiner Identität und seiner Individualität (BVerfG, FamRZ 2004, 515, 516 = MittBayNot 2004, 267). Der Schutz umfasst neben dem Vornamen auch den Familiennamen (vgl. BVerfGE 78, 38, 49; 84, 9, 22). Die Schutzfunktion der Grundrechte würde dann aktiviert, wenn der Grundrechtsträger (hier: der den Namen des Partners annehmende Ehegatte) sich nur äußerlich freiwillig, tatsächlich aber einer Zwangslage folgend auf die vertragliche Regelung eingelassen hat. Ein strukturelles Verhandlungsungleichgewicht kann dafür ein Indiz für fehlende Freiwilligkeit sein (BGH, FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270). Ein strukturelles Verhandlungsungleichgewicht ist nach den Umständen des Einzelfalls nicht ersichtlich, zumal die Beklagte bei der Scheidung und den Verhandlungen im Vorfeld von einer bundesweit renommierten Fachanwältin für Familienrecht vertreten wurde.

11. BGB §§ 2350, 2346 (*Unwirksamkeit eines Erbverzichts*)

**Die Unwirksamkeit eines Erbverzichts kann erst dann auf die Auslegungsregeln des § 2350 BGB gestützt werden, wenn die Ermittlung des Willens der Verzichtsparteien ohne Erfolg geblieben ist.**

**Dabei liegt die Beweislast bei demjenigen, der entgegen den Vermutungen des § 2350 BGB aus einem unbedingten Verzicht Rechte herleiten will.**

BGH, Urteil vom 17.10.2007, IV ZR 266/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um die Höhe der dem Kläger zustehenden Pflichtteilsquote.

Der Kläger war 1981 durch Testament zum Alleinerben seines Vaters, des am 29.12.2002 verstorbenen Erblassers, eingesetzt worden. 1987 schloss dieser mit seinem zweiten Sohn, dem Bruder des Klägers, einen notariellen „Erbschafts- und Pflichtteilsverzichtsvertrag“. Mit notariellem Erbvertrag vom 11.9.2000 setzte der Erblasser den Beklagten, seinen Cousin, zum Alleinerben ein.

Der Kläger will festgestellt wissen, dass ihm nach seinem Vater ein Pflichtteilsanspruch von 50 % zustehe. Der Beklagte ist hingegen der Ansicht, der Kläger sei nur zu 25 % pflichtteilsberechtigt, da dessen Bruder aufgrund der Unwirksamkeit seines Verzichts bei der Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen sei (§§ 2310, 2350 BGB).

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht das stattgebende Urteil des LG aufgehoben und die Feststellungsklage abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

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

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts gebührt dem Kläger nur eine Pflichtteilsquote von 25 %, da sein Bruder bei der Berechnung des Pflichtteils nach § 2310 Satz 1 BGB mitzuzählen sei. Dessen Erbverzicht sei bereits wegen der Vermutung des § 2350 BGB unwirksam; dem Tatsachenvortrag des Beklagten zur Unterstützung dieser Vermutung habe daher nicht nachgegangen werden müssen. Der Tatsachenvortrag des Klägers gegen einen Erbverzicht unter der Bedingung seiner Erbeinsetzung sei unbeachtlich, weil es insofern auf den Willen beider Vertragsparteien ankomme, ein entsprechender Wille des Erblassers jedoch nicht festgestellt werden könne. Eine teleologische Reduktion des § 2350 BGB sei nicht geboten. Dessen Schutzzweck zielt darauf, eine ungewollte Begünstigung nachfolgender Erbordnungen oder Dritter durch deren verzichtsbedingtes Nachrücken in die Erbstellung zu verhindern. Auf den Pflichtteilsverzicht finde § 2350 BGB aber keine Anwendung, da er ausschließlich die erbrechtliche Stellung der Beteiligten betreffe; er diene deshalb nicht der Erhaltung oder Erhöhung von Pflichtteilsansprüchen. Bei einer Pflichtteilsquote von 25 % verbleibe es auch, wenn man mit dem LG von einer Unwirksamkeit des Erb-, nicht aber des Pflichtteilsverzichts des Bruders ausgehe. Dass dem Beklagten wirtschaftlich 75 % des Nachlasses verblieben, sei nicht Rechtsfolge des Erb-, sondern des Pflichtteilsverzichts.

II. Ob diesen Erwägungen des Berufungsgerichts zu § 2350 BGB beizutreten ist, kann offen bleiben; sie sind nicht entscheidungserheblich. Die von ihm gesehene Zulassungsfrage nach der Reichweite des Schutzzwecks dieser Norm stellt sich nicht. Gleichwohl ist der Senat an die Revisionszulassung gebunden (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Das Berufungsurteil ist schon deshalb aufzuheben, weil das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft auch aus seiner Sicht entscheidungserheblichen Vortrag des Klägers zu einer Abtretung des Pflichtteilsanspruchs seines Bruders nicht berücksichtigt hat bzw. daran anknüpfenden Hinweispflichten (§ 139 ZPO) nicht nachgekommen ist.

(...)

2. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat mangels Entscheidungsreife verwehrt (§ 563 Abs. 3 ZPO). Es bedarf zunächst weiterer Tatsachenfeststellungen zu den – umstrittenen – beiderseitigen Vorstellungen der Vertragsparteien über Umfang und Wirkung des Erbverzichts insgesamt bzw. eines isolierten Pflichtteilsverzichts. Für das weitere Verfahren weist der Senat dazu auf Folgendes hin:

a) Bei einem unbeschränkten Verzicht nach § 2346 Abs. 1 BGB teilt der Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) grundsätzlich das rechtliche Schicksal des Erbverzichts (vgl. *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2350 Rdnr. 16; offenbar auch *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2350 Rdnr. 2; *Tschichoflos* in Frieser, KK-Erbrecht, § 2350 Rdnr. 12; *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 1913, S. 395 Fn. 22; BGB-RGRK/*Johannsen*, 12. Aufl., § 2350 Rdnr. 5). Die Unwirksamkeit des Erbverzichts hat das Berufungsgericht allerdings vorschnell mit § 2350 BGB begründet. Dieser enthält zwei Auslegungsregeln. § 2350 BGB kann danach erst zur Anwendung kommen, wenn erfolglos versucht wurde, den Willen der beiden Parteien des Verzichtsvertrags zu ermitteln (*Staudinger/Schotten*, § 2350 Rdnr. 10, 25; *Kuchinke* in FS Kralik, 1986, S. 452; *MünchKommBGB/Strobel*, 4. Aufl., § 2350 Rdnr. 10). Dabei liegt die Beweislast beim Kläger, da dieser entgegen den Vermutungen des § 2350 BGB aus einem unbedingten Verzicht Rechte herleiten will (vgl. RG LZ 1926, 1006; *Erman/Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2350 Rdnr. 6; *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht 2. Aufl., Rdnr. 360).

Vom Kläger hierzu angebotene Beweise hat das Berufungsgericht mit unzutreffender Begründung nicht erhoben. Seine Annahme, der Kläger habe lediglich behauptet, dass (nur) der Bruder von einem unbedingten Verzicht ausgegangen sei, reißt in unzulässiger Weise eine einzelne Aussage des Klägers aus ihrem Zusammenhang. Sein Gesamtvortrag im Wechselspiel mit dem Vortrag des Beklagten lässt keinen Zweifel daran, dass er zum übereinstimmenden Willen beider Verzichtsvertragsparteien Beweis antreten wollte. Das Berufungsgericht wird deshalb den dazu angebotenen Beweisen nachzugehen haben.

b) Sollte eine Überzeugungsbildung danach nicht möglich sein, stünde auch nach der vom Berufungsgericht nachvollziehbar erwogenen Anwendung des § 2350 BGB noch nicht fest, dass dem Bruder ein Pflichtteilsanspruch zusteht. Vielmehr stellte sich dann im Rahmen des § 139 BGB, der auf den Verzicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden Anwendung findet (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2346 Rdnr. 2), die Frage, ob die Parteien des Verzichtsvertrags bei Unwirksamkeit eines Gesamtverzichts nicht zumindest einen isolierten Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) gewollt hätten (vgl. BGHZ 146, 37, 47; 107, 351, 355 f.; 105, 213, 220 f.). Darüber eröffnete sich die Möglichkeit, einen unwirksamen Erbverzicht i. S. d. § 2346 Abs. 1 BGB als einen Pflichtteilsverzicht i. S. d. § 2346 Abs. 2 BGB aufrecht zu erhalten. Dies hängt davon ab, welche Entscheidung die Parteien des Verzichtsvertrages bei Kenntnis der Sachlage nach Treu und Glauben und bei vernünftiger Abwägung getroffen hätten (BGH, WM 1997, 625 unter B III 2 c) m. w. N.). Beide Parteien haben hierzu bereits Beweis angetreten. Die Beweislast für die Tatsachen, aus

denen sich ergibt, dass ein isolierter Pflichtteilsverzicht auch ohne den unwirksamen Erbverzicht vorgenommen worden wäre, liegt dabei beim Beklagten (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 346 unter IV 3). In diesem Zusammenhang wird sich das Berufungsgericht auch – ggf. nach ergänzendem Parteivortrag – mit der Wirkung einer für den Pflichtteilsverzicht evtl. gezahlten Abfindung zu befassen haben (vgl. *Kuchinke* in FS Kralik, S. 453; *jurisPK-BGB/Hau*, 3. Aufl., § 2350 Rdnr. 3; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2350 Rdnr. 7; *Soergel/Damrau*, § 2350 Rdnr. 7; *Staudinger/Schotten*, § 2350 Rdnr. 25).

c) Eine solche Beweisaufnahme wäre auch außerhalb des vom Berufungsgericht gezogenen Anwendungsbereichs des § 2350 BGB notwendig, um die Vereinbarung eines dann in Betracht kommenden gewöhnlichen bedingten Erbverzichts nachzuvollziehen (vgl. *Staudinger/Schotten*, § 2350 Rdnr. 5). Erst wenn auch insoweit keine Überzeugungsbildung möglich sein sollte, kann die Rechtsfrage nach einer teleologischen Reduktion des § 2350 BGB, die das Berufungsgericht zur Revisionszulassung veranlasst hat, entscheidungserheblich werden.

12. FGG §§ 19, 27; BGB §§ 1946, 1953 (*Folgen der Erbausschlagung des Alleinerben auf den Erbvertrag*)

**Setzen Ehegatten einander in einem Erbvertrag gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden von ihnen, zu unbeschränkten alleinigen Erben ein und treffen sie darüber hinaus Regelungen der weiteren Erbfolge, so führt die Erbausschlagung des überlebenden Ehegatten grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Erbvertrages und zur Folge des Eintritts der gesetzlichen Erbfolge.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.4.2007, I-3 Wx 44/07

Die am 18.4.2006 verstorbene Erblasserin war mit dem Beteiligten zu 2 verheiratet. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor, nämlich die Beteiligte zu 1 und die Beteiligten zu 3 und 4.

Die Erblasserin und der Beteiligte zu 2 errichteten unter dem 28.11.1980 notariell ein gemeinschaftliches Testament. Unter dem 12.5.1999 schlossen die Parteien einen Erbvertrag, durch den sie alle früheren Verfügungen von Todes wegen aufhoben, auch das Testament vom 28.11.1980. Unter dem 6.4.2004 schlossen die Erblasserin und der Beteiligte zu 2 einen weiteren Erbvertrag, in dem wiederum alle bereits errichteten Verfügungen von Todes wegen aufgehoben wurden. In dem Erbvertrag vom 6.4.2004 heißt es unter anderem:

„§ 2 Gegenseitige Erbeinsetzung

Wir setzen uns hiermit gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden von uns zu unbeschränkten alleinigen Erben ein, ohne Rücksicht darauf, ob und welche Pflichtteilsberechtigte bei unserem Tode vorhanden sein werden.

§ 3 Erbfolge nach dem Überlebenden von uns

1. Der Überlebende ernennt zu seinem alleinigen Erben unseren Sohn C, geb. am 19.4.1966, wohnhaft bei uns.

Ersatzerbe ist sein Bruder B, geb. am 13.3.1961, ...

2. Unser Sohn C ist Vorerbe. (...) Nacherbe ist sein Bruder B, vorgenannt, ersatzweise dessen Abkömmlinge entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

(...)

5. Ersatzvermächtnisnehmer für unseren Sohn B sind dessen Abkömmlinge entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

(...)

## § 5 Enterbungsbestimmung

Unsere Tochter D, enterben wir mit ihrem Stamm.

## § 6 Gleichzeitiges Versterben

Die vorstehenden Bestimmungen in §§ 3, 4 und 5 gelten entsprechend für den Nachlass eines jeden von uns für den Fall, dass wir zur gleichen Zeit oder aus gleichem Anlass kurz hintereinander versterben.“

Der Beteiligte zu 2 schlug durch notariell beglaubigte Urkunde die Erbschaft nach der Erblasserin aus allen Berufungsgründen aus. Mit Erbscheinsantrag hat die Beteiligte zu 1 beantragt, einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, wonach sie und die Beteiligten zu 3 und 4 zu je  $\frac{1}{3}$  Erben der Erblasserin geworden seien. Da der Beteiligte zu 2 die Erbschaft ausgeschlagen habe, sei gesetzliche Erbfolge eingetreten. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind dem Erbscheinsantrag entgegengetreten.

Durch die angefochtene Entscheidung hat das AG den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat sich die Beteiligte zu 1 mit ihrem Rechtsmittel gewendet und hat die Erteilung eines Teilerbscheins mit der Maßgabe, dass die Erblasserin von der Beteiligten zu 1 zu  $\frac{1}{3}$  beerbt worden ist beantragt.

Das AG hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Das LG hat die Beschwerde als unzulässig verworfen. Die Beteiligte zu 1 wendet sich gegen diese Entscheidung mit der weiteren Beschwerde, der die Beteiligten zu 3 und 4 entgegengetreten.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einem Rechtsfehler (§ 27 FGG).

(...)

bb)

Ein Teilerbschein kann der Beteiligten zu 1 nicht erteilt werden, weil sie durch § 5 des Erbvertrages vom 6.4.2004 enterbt worden ist.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn dieser Vertrag unwirksam wäre. Hierfür besteht indes kein Anhalt. Insbesondere führt der Umstand, dass der Beteiligte zu 2 die Erbschaft ausgeschlagen hat, nicht zur Unwirksamkeit des Erbvertrages und zum Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden nicht als erfolgt, § 1953 Abs. 1 BGB. Die Erbschaft fällt demjenigen zu, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte, § 1953 Abs. 2 BGB.

Hätte der Beteiligte zu 2 den Erbfall nicht erlebt, so wäre gemäß § 3 Nr. 1 des Erbvertrages der Beteiligte zu 4 zum Vorerben berufen. Dass die Ausschlagung auch nach dem Willen der Vertragsschließenden nicht zur Unwirksamkeit des Erbvertrages führen sollte, ergibt sich indiziell auch aus § 7 Nr. 2 des Erbvertrages, wonach der Überlebende u. a. berechtigt sein sollte, über sein aufgrund dieses Erbvertrages ererbtes Vermögen zu Lebzeiten beliebig zu verfügen. Eine vergleichbare Wirkung hat nämlich die Ausschlagung.

Hiernach bleibt festzuhalten, dass bei fortbestehendem Erbvertrag die Beteiligte zu 1 kein Erbrecht und damit keinen Anspruch auf Erteilung eines Erbscheins oder auf eine entsprechende Anweisung des Nachlassgerichts hat.

13. BGB § 2306 Abs. 1 Satz 2 (*Anwendbarkeit § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB beim Alleinerben*)

**§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB findet auch Anwendung, wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe, der zum Alleinerben eingesetzt wurde, die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.10.2007, 7 U 114/07

*Aus den Gründen:*

(...)

a) Die Klägerin ist pflichtteilsberechtigt. Nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn der hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Klägerin ist als Ehegattin des Erblassers nach § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB pflichtteilsberechtigt. Sie wurde durch das Testament des Erblassers vom 15.10.2004 zur Alleinerbin eingesetzt und durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränkt sowie durch umfangreiche Vermächtnisse zugunsten der Beklagten beschwert. Durch Erklärung vom 15.12.2004 hat die Klägerin die Erbschaft fristgerecht ausgeschlagen.

Der Senat folgt der ganz herrschenden Meinung, dass § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für den Alleinerben gilt (ebenso: BayObLG, BayObLGZ 1959, 77, 79 = NJW 1959, 1734; *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2306 Rdnr. 54; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2306 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2306 Rdnr. 17; *Erman/Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2306 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth*, BGB, 2006, § 2306 Rdnr. 20; a. A.: *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2306 Rdnr. 9).

Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift für diese Meinung. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB nimmt auf Satz 1 dieser Vorschrift Bezug. Dort ist geregelt, dass bestimmte Beschränkungen und Beschwerden als nicht angeordnet gelten, wenn dem als Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen wird, der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB regelt hingegen den Fall, dass der hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe zum Alleinerben eingesetzt wird.

Auch Sinn und Zweck von § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB sprechen für dieses Verständnis. Dem pflichtteilsberechtigten Erben, dem mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen wird, soll ein Wahlrecht eingeräumt werden, ob er entweder den zugewandten Erbteil einschließlich der Beschränkungen und Beschwerden annimmt oder ob er die Beschränkungen und Beschwerden nicht akzeptieren will und stattdessen den Pflichtteil verlangt. Die Situation für den pflichtteilsberechtigten Erben, der mit Beschränkungen und Beschwerden belastet ist, ist aber nicht unterschiedlich, ob er Alleinerbe ist oder ihm ein Erbteil zugewandt wurde, welches jedenfalls größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist. Die allein von *Palandt/Edenhofer* vertretene gegenteilige Ansicht überzeugt schon deshalb nicht, weil sie nicht begründet wird. Unzutreffend ist auch die Bezugnahme auf das Urteil des OLG Stuttgart (NJW 1959, 1735). Das von der Klägerin in vollständiger Fassung vorgelegte Urteil befasst sich überhaupt nicht mit der Frage, ob einem Alleinerben, der die Erbschaft ausschlägt, das Wahlrecht nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB zusteht.

(...)

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. HGB § 160 Abs. 1 (OHG – Beginn der fünfjährigen Enthaftungsfrist)

**Wird das Ausscheiden des Gesellschafters einer OHG nicht in das Handelsregister eingetragen, beginnt – wie im BGB-Gesellschaftsrecht – der Lauf der fünfjährigen Enthaftungsfrist mit der positiven Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters; die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister ist für den Fristbeginn nicht konstitutiv.**

BGH, Urteil vom 24.9.2007, II ZR 284/05

Die Klägerin, eine Raiffeisenbank eG, macht gegen die Beklagte in deren Eigenschaft als frühere Gesellschafterin einer OHG Darlehensrückzahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 12.106,41 € zuzüglich Zinsen geltend.

Die Beklagte hatte mit den Eheleuten F Ende April 1996 einen datierten „Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft zur Gründung einer OHG unter der Firma T“ geschlossen. In das Handelsregister wurde die Gesellschaft nicht eingetragen.

Unter dem 30.5.1996 schlossen die Beklagte und die Eheleute F in GbR mit der Raiffeisenbank einen Darlehensvertrag über ein Darlehen in Höhe von 40.000 DM, das mit Vertrag vom 7.11.1996 auf 55.299,08 DM aufgestockt wurde.

Am 9.2.1998 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie „zum 1.1.1998 aus der GbR ausgeschieden“ sei. Ihren Gesellschaftsanteil hatte die Beklagte mit Vertrag vom 9.2.1998 an die Eheleute F übertragen. Da die OHG nach wie vor nicht in das Handelsregister eingetragen war, wurde auch der Austritt der Beklagten nicht nach § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB verlaublich.

Im Dezember 1999 wurden die monatlichen Darlehensraten – ohne dass die Beklagte hiervon in Kenntnis gesetzt wurde – von 1.000 DM auf 250 DM herabgesetzt, die bis Herbst 2003 ordnungsgemäß entrichtet wurden; danach wurden die Zahlungen eingestellt. Nachdem die Klägerin im Februar und März 2004 die Rückstände nicht nur gegenüber den Eheleuten F, sondern auch gegenüber der Beklagten wiederholt erfolglos angemahnt hatte, kündigte sie den Darlehensvertrag mit Schreiben vom 26.5.2004 sowohl gegenüber den Eheleuten F als auch gegenüber der Beklagten und forderte diese vergeblich zur Zahlung der seinerzeit noch offenen 12.034,27 € bis zum 14.6.2004 auf.

Das LG hat der Mitte 2004 erhobenen Klage auf Rückzahlung des restlichen Darlehens (nebst Zinsen) zum ganz überwiegenden Teil entsprochen; das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die – vom Berufungsgericht zugelassene – Revision der Klägerin.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte schulde der Klägerin die Rückzahlung des restlichen Darlehens nicht, weil diese positive Kenntnis von dem Ausscheiden gehabt habe und sich nach Ablauf der Frist des § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB nicht darauf berufen dürfe, das Ausscheiden der Beklagten aus der OHG sei im Handelsregister nicht eingetragen worden. § 160 Abs. 1 n. F. HGB sei in teleologischer Reduktion so zu lesen, dass die Enthaftung „spätestens“ mit der Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters, davor jedoch bereits bei positiver Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters beginne. Nur deswegen ergebe auch § 736 Abs. 2 BGB zur Nachhaftung in der GbR einen Sinn, nach der § 160 HGB „sinngemäß“ gelten solle. Denn „sinngemäß“ könne hier nur bedeuten, dass die hinsichtlich der GbR gar nicht mögliche Eintragung durch Kenntnis des Gläubigers ersetzt werde.

II. Das hält den Angriffen der Revision stand.

Die Beklagte kann gegenüber dem Anspruch der Klägerin aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 128 Satz 1 HGB einwenden, es sei gemäß § 160 Abs. 1 n. F. HGB, der gemäß der Übergangsvorschrift des Art. 35 Abs. 1 EGHGB Anwendung findet, Enthaftung eingetreten.

1. Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass der hier maßgebliche Darlehensvertrag vom 7.11.1996 – ungeachtet des Auftretens der Gesellschaft als „GbR“ im Rechtsverkehr – nicht mit einer GbR, sondern mit einer OHG i. S. v. § 105 HGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 1 a. F. HGB zustande gekommen ist, deren Gesellschafter die Beklagte sowie die Eheleute F waren, und dass der Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufgrund wirksamer Kündigung des Darlehensvertrages wegen Zahlungsverzugs entstanden ist. Hiergegen wird auch von der Beklagten in der Revisionsinstanz nichts mehr erinnert.

2. Bei dem seitens der Klägerin geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruch handelt es sich um eine Altverbindlichkeit der OHG, auf die sich die befristete Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, hier der Beklagten, nach § 160 Abs. 1 Satz 1 n. F. HGB grundsätzlich erstreckt (vgl. BGHZ 55, 267, 269 f.). Die Herabsetzung der monatlichen Darlehensraten von 1.000 DM auf 250 DM wandelte den Kreditvertrag nicht in eine Neuverbindlichkeit um, weil dies nur angenommen werden könnte, wenn die Änderung des Vertrages zu einer Erweiterung der Schuld nach Inhalt und Umfang geführt hätte (vgl. hierzu MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rdnr. 52).

3. Die Beklagte kann gegenüber der erst Mitte 2004 erhobenen Klage Enthaftung nach § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB einwenden, da der Lauf der Nachhaftungsfrist schon mit der positiven Kenntnis der Klägerin von ihrem Ausscheiden, d. h. am 9.2.1998, begonnen hatte und ihre Haftung deshalb mit Ablauf des 9.2.2003 (§ 188 Abs. 2 BGB) endete.

a) Zwar wird aufgrund des Wortlauts des § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB, wonach die fünfjährige Enthaftungsfrist mit dem Ende des Tages beginnt, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird, im Schrifttum ganz überwiegend die Ansicht vertreten, die Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters in das Handelsregister sei unabdingbare, konstitutive Voraussetzung für den Beginn des Laufs dieser Haftungsausschlussfrist (vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., § 160 Rdnr. 2 i. V. m. § 159 Rdnr. 6; *Staub/Habersack*, HGB, 4. Aufl., § 160 Rdnr. 16 i. V. m. § 159 Rdnr. 17; v. *Gerkan* in *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB, 2. Aufl., §§ 159, 160 Rdnr. 11; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, Bd. II, 2. Aufl., § 160 Rdnr. 14; *Stuhlfelner* in *Heidelberger Kommentar HGB*, 7. Aufl., §§ 159, 160 Rdnr. 2; *Ensthaler* in *Ensthaler, Gemeinschaftskommentar zum HGB*, 7. Aufl., § 159 Rdnr. 4; *Hofmeister*, NJW 2003, 93, 96 f.; vgl. auch *A. Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., S. 526 und *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl., § 159 Rdnr. 26 – jeweils zu § 159 a. F. HGB). Insbesondere wenn der Gesellschafter oder gar die Gesellschaft noch gar nicht eingetragen seien, müssten für den Fristbeginn diese Eintragungen zuvor nachgeholt und sodann das Ausscheiden eingetragen werden (siehe hierzu etwa *Staub/Habersack*, HGB, § 160 Rdnr. 16 i. V. m. § 159 Rdnr. 17; *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., § 160 Rdnr. 2 i. V. m. § 159 Rdnr. 6).

b) Dem vermag der Senat jedoch in Übereinstimmung mit *Altmeppen* (NJW 2000, 2529, 2530 ff.) und *K. Schmidt* (MünchKommHGB, § 160 Rdnr. 27) für das neu gefasste Nachhaftungsbegrenzungsrecht nicht zu folgen.

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Ansicht der herrschenden Lehre für § 159 a. F. HGB zutreffend gewesen ist (a. A. insoweit *Altmeppen*, NJW 2000, 2529, 2530 ff.). Denn jedenfalls für die konzeptionelle Neuregelung des Enthaftungsrechts der Personengesellschaften durch das Nachhaftungsbegrenzungsgesetz vom 18.3.1994 (BGBl I, S. 560), wie sie in § 736 Abs. 2 BGB einerseits und § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB andererseits zum Ausdruck kommt, lässt sie sich nicht aufrechterhalten. Sie beachtet nicht genau genug den vom Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB verfolgten Sinn und die von ihm mit dem Nachhaftungsbegrenzungsgesetz bezweckte Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung im Personengesellschaftsrecht (BT-Drucks. 12/1868, S. 2). Zudem führt sie zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Besserstellung der Gesellschaftsgläubiger einer OHG im Verhältnis zu den Gläubigern einer BGB-Gesellschaft.

aa) Hinsichtlich der GbR entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass die Fünfjahresfrist in der in § 736 Abs. 2 BGB geregelten sinngemäßen Anwendung des § 160 Abs. 1 n. F. HGB mit der – durch die Kundgabe seitens des Gesellschafters erlangten – positiven Kenntnis des jeweiligen Gläubigers von dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft beginnt, da man insoweit – anders als bei einer Personenhandelsgesellschaft – nicht an die Publizität durch Registereintragung des Ausscheidens anknüpfen kann (vgl. nur *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, § 736 Rdnr. 18; *Münch-KommBGB/Ulmer*, 4. Aufl., § 736 Rdnr. 27 jew. m. w. N.; ebenso schon BGHZ 117, 168, 178 f. = DNotZ 1992, 729 zu § 159 a. F. HGB).

Wollte man an die mit der Kundgabe verbundene positive Kenntnis des Gläubigers einer OHG von dem Ausscheiden des Gesellschafters nicht dieselben Rechtsfolgen knüpfen, verfehlte man den Sinn der für die OHG getroffenen besonderen Regelung des § 160 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB. Sie soll den Gesellschafter einer OHG der Notwendigkeit entheben, alle Gläubiger einzeln in Kenntnis zu setzen; stattdessen lässt es der Gesetzgeber für den Fristbeginn ausreichen, dass die Gläubiger von dem Ausscheiden durch Einsichtnahme in das Handelsregister und die dortige Eintragung Kenntnis erlangen können.

Hat der Gläubiger einer OHG infolge positiver Kenntnis vom Ausscheiden taggenau volle fünf Jahre Zeit, seine Ansprüche gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter durchzusetzen, kann ihm nicht gestattet werden, sich auf die fehlende Eintragung des Ausscheidens zu berufen. Darin läge, weil mit dem Erlangen der positiven Kenntnis die fristgebundene Möglichkeit der Anspruchsverfolgung eröffnet ist und der gebotene Interessenausgleich hergestellt werden kann, eine zweckwidrige Ausnutzung einer formalen Rechtsposition, welche vor dem Hintergrund der mit dem Nachhaftungsbegrenzungsgesetz beabsichtigten Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung im Personengesellschaftsrecht zu einer nicht vertretbaren Besserstellung der Gläubiger eines OHG-Gesellschafters führt.

bb) Die Ansicht der herrschenden Lehre steht weiterhin nicht nur angesichts der Existenz von einerseits eintragungspflichtigen und andererseits nur eintragungsfähigen offenen Handelsgesellschaften, sondern ebenso bei der identitätswahrenden Umwandlung einer BGB-Gesellschaft in eine OHG und umgekehrt in einem unauflösbaren Widerspruch zu der mit dem Nachhaftungsbegrenzungsgesetz bezweckten Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung (vgl. dazu *MünchKommBGB/K. Schmidt*, § 160 Rdnr. 27).

15. GmbH § 19; HGB § 161 (*Kapitalaufbringung bei der GmbH & Co. KG*)

- a) **Die allgemeinen Kapitalaufbringungsregeln des GmbH-Rechts (§ 19 GmbH) gelten auch bei der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, ohne dass unter dem Gesichtspunkt einer „wirtschaftlichen Einheit“ der beiden Gesellschaften ein „Sonderrecht“ für die Kapitalaufbringung bei der Komplementär-GmbH anzuerkennen wäre. Danach ist die Einlageforderung der (Komplementär-)GmbH nicht erfüllt, wenn die an sie gezahlten Einlagemittel umgehend als „Darlehen“ an die von dem oder den Inferenten beherrschte KG weiterfließen (vgl. BGHZ 153, 107 = DNotZ 2003, 223).**
- b) **Aus den Kapitalerhaltungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG) ergibt sich schon deswegen nichts anderes, weil diese Regeln erst nach dem ordnungsgemäß abgeschlossenen Kapitalaufbringungsverfahren anwendbar sind (vgl. BGH, ZIP 2001, 1997 = NJW 2001, 3781).**

BGH, Urteil vom 10.12.2007, II ZR 180/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Insolvenzverwalter des Vermögens der P GmbH (nachfolgend Schuldnerin). Satzungsgemäßer Gegenstand ihres Unternehmens (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) war laut Eintrag im Handelsregister die Planung und Erbringung von Bauleistungen sowie „insbesondere“ die Übernahme der Komplementärfunktion in einer GmbH & Co. KG gleichen Namens. Von dem Stammkapital der Schuldnerin i. H. v. 60.000 DM übernahmen die Beklagte zu 1 40.000 DM (= 20.451,68 €) und die Beklagte zu 2 20.000 DM (= 10.225,84 €). Entsprechende Barbeträge übergaben die Väter der Beklagten dem Geschäftsführer der Schuldnerin, welche bis zuletzt kein eigenes Bankkonto unterhielt. Der Gesamtbetrag von 60.000 DM wurde in der Folgezeit mit der Kennzeichnung „Stammeinlage Verwaltungs GmbH“ durch den Steuerberater der Gesellschaft (S) auf das Bankkonto der GmbH & Co. KG zu dem vereinbarten Zweck einer Darlehensgewährung seitens der Schuldnerin einbezahlt. Kommanditisten der KG waren (und sind) die Beklagte zu 1 mit einer Einlage von 40.000 DM sowie die Beklagte zu 2 und S mit Einlagen von je 20.000 DM. Die in der Bilanz der Schuldnerin aktivierte Darlehensforderung wurde seitens der KG nie getilgt. Im Jahr 2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und der KG eröffnet.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger als Insolvenzverwalter der Schuldnerin von den Beklagten erneute Zahlung der nach seiner Ansicht nicht wirksam geleisteten Stammeinlagen. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Mit seiner zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die geltend gemachten Ansprüche weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet und führt zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

#### I.

Das Berufungsgericht (ZIP 2006, 1534) meint, die Einlageverpflichtungen der Beklagten seien durch die hierauf geleisteten Zahlungen ihrer Väter wirksam erfüllt worden. In der Weiterleitung der Beträge an die KG sei kein erfüllungsschädlicher (mittelbarer) Einlagenrückfluss an die Beklagten als Gesellschafterinnen der KG, sondern eine zulässige Verwendung der Einlagemittel zu sehen. Eine Komplementär-GmbH (wie die Schuldnerin) handele ihrer Aufgabenstellung gemäß, wenn sie Finanzmittel als Darlehen in die KG als die eigentliche Betriebsgesellschaft einbringe und damit ein Verkehrsgeschäft tätige. Die wirtschaftliche Einheit der GmbH & Co. KG, speziell auch die Haftung der Komplementär-GmbH

gegenüber den KG-Gläubigern (§§ 161 Abs. 2, 128 HGB), sprächen dafür, die Finanzierung der KG durch die Stammeinlagen ihrer Komplementär-GmbH zu gestatten. Der Gefahr, dass die Stammeinlagen der GmbH über die KG an die Gesellschafter beider Gesellschaften zurückfließen, werde durch die umfassende Kapitalbindung der GmbH & Co. KG in ausreichendem Maße begegnet.

## II.

Das Berufungsurteil (zust. *Kunkel/Lanzius*, NZG 2007, 529; *Priester*, EWIR 2006, 497; *Ivo*, EWIR 2007, 237; a. A. OLG Hamm, NZG 2007, 395; *Janzen*, DB 2006, 2108, 2110; *Werner*, GmbHR 2006, 942; zweifelnd *Wachter*, BB 2006, 1647) hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Einlageverpflichtungen der Beklagten (§ 19 Abs. 1 GmbHG) durch die von ihren Vätern (als Dritten i. S. v. § 267 BGB) geleisteten Zahlungen nicht wirksam getilgt worden, weil die dem Geschäftsführer der Schuldnerin übergebenen Beträge ihm nicht zu freier Verfügung verbleiben, sondern alsbald als Darlehen an die von den beiden Beklagten gemeinsam beherrschte KG weiterfließen sollten.

1. Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine für die Erfüllung der Einlageschuld (§ 19 Abs. 1 GmbHG) erforderliche Leistung zu freier Verfügung der Geschäftsführung nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend als Darlehen an den Inferenten oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen zurückfließt (BGHZ 153, 107, 109, 111 = DNotZ 2003, 223). Vielmehr leistet der Inferent hier unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts. Die Darlehensabrede ist unwirksam und kann nicht dazu führen, dass die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung – entgegen dem Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – durch eine in dieser Hinsicht schwächere Darlehensforderung ersetzt wird (BGHZ 165, 113, 116 = DNotZ 2006, 218; BGHZ 165, 352, 356 = NJW 2006, 906). Anders als das Berufungsgericht meint, kommen diese Grundsätze auch im vorliegenden Fall zur Anwendung.

a) Noch zutreffend sieht auch das Berufungsgericht einen entscheidungserheblichen Unterschied zwischen dem vorliegenden und dem Fall, der dem Senatsurteil vom 2.12.2002 (BGHZ 153, 107 = DNotZ 2003, 223) zugrunde lag, nicht schon darin, dass dort die an die GmbH gezahlten Einlage Mittel an eine ausschließlich aus den Inferenten bestehende Gesellschaft (OHG) weitergereicht wurden, während hier neben den beiden Beklagten auch noch der Steuerberater S (mit einem Kommanditanteil von 20.000 DM) an der KG beteiligt war. Der Tatbestand einer Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln durch Hin- und Herzahlen setzt eine personelle Identität zwischen dem Inferenten und dem Zahlungsempfänger nicht voraus; es genügt vielmehr, dass der oder die Inferenten durch die Weiterleitung des Einlagebetrages bei wirtschaftlicher Betrachtung mittelbar in gleicher Weise begünstigt werden, wie durch eine unmittelbare Leistung an sie selbst, was insbesondere bei der Leistung an ein von dem oder den Inferenten beherrschtes Unternehmen der Fall ist (BGHZ 125, 141, 144 = NJW 1994, 1477; BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223; BGHZ 166, 8, 15 = DNotZ 2006, 543; BGHZ 170, 47, 53 = DNotZ 2007, 230). Die beiden mit Kommanditanteilen von 40.000 DM und 20.000 DM beteiligten Beklagten beherrschten die KG zwar nicht jeweils einzeln. Das ist hier aber unerheblich, weil beide Beklagte das gleichgerichtete Interesse verfolgten, die von ihnen jedenfalls gemeinsam beherrschte KG mit der für ihren Betrieb erforderlichen Liquidität (über die angeblich eingezahlten Komman-

diteinlagen hinaus) auszustatten und dazu die an die GmbH zu zahlenden (und ihr gebührenden) Bareinlagebeträge zu verwenden (vgl. BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223; BGHZ 166, 8, 15 = DNotZ 2006, 543). Von einer entsprechenden Vor-Absprache der Beteiligten bei Begründung der Einlageschuld ist schon wegen des fehlenden Bankkontos der Schuldnerin, unabhängig davon aber auch aufgrund des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs mit der Weiterleitung der Einlagemittel auszugehen (vgl. BGHZ 152, 37, 45 = DNotZ 2003, 207; BGHZ 153, 107, 109 = DNotZ 2003, 223; BGH, ZIP 2002, 2045, 2048 = DNotZ 2003, 207 m. Anm. *Priester*). Durch die gewählte Darlehenskonstruktion haben sich die Beklagten die Aufbringung zusätzlicher Mittel zum Zwecke der maßgeblich in ihrem Interesse liegenden Anschubfinanzierung des Betriebs der KG erspart. Die Situation ist bei wirtschaftlicher Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nicht anders zu beurteilen als der Fall, dass sich der Inferent die Einlagemittel zurückzahlen lässt und damit der KG selbst ein Darlehen gewährt. Von einer Barleistung zu freier Verfügung des Geschäftsführers der GmbH kann unter den vorliegenden Umständen keine Rede sein. Vielmehr sollte die Bareinlage von vornherein über die Schuldnerin als bloße Zahlstelle an die KG fließen und der Schuldnerin nur ein (vermeintlicher) Darlehensrückzahlungsanspruch verschafft werden (vgl. BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223).

b) Soweit demgegenüber das Berufungsgericht die Einlagezahlung unter dem Gesichtspunkt einer „wirtschaftlichen Einheit“ der GmbH & Co. KG für wirksam erachtet, ist das schon im Ansatz verfehlt. Einer entsprechenden Erwägung (so *K. Schmidt*, DB 1985, 1986) ist der Senat bereits im Urteil vom 25.11.1985 (ZIP 1986, 161 = DNotZ 1986, 371) entgegengetreten. Davon abzugehen, besteht – auch nach erneuter Prüfung unter dem Gesichtspunkt der seither in Rechtsprechung und Schrifttum geführten Diskussion – kein Anlass. Festzuhalten ist vielmehr daran, dass die KG und ihre Komplementär-GmbH hinsichtlich der Regeln über die Kapitalaufbringung und -erhaltung selbst dann nicht als Einheit behandelt werden können, wenn die GmbH neben der Führung der Geschäfte der KG keine weitere Tätigkeit ausübt. Denn zum einen können der GmbH auch in diesem Fall eigene originäre Verbindlichkeiten, z. B. in Form von Steuerschulden oder aufgrund von Aufwendungen, die von der KG nicht erstattet werden, entstehen (BGH, ZIP 1986, 161 = DNotZ 1986, 371; *Wachter*, GmbHR 2004, 1249, 1255; *Werner*, GmbHR 2006, 942; a. A. ohne nähere Begründung *Priester*, EWIR 2006, 497). Für Eigenschulden der GmbH haftet die KG – anders als die GmbH für Schulden der KG (§ 128 HGB) – nicht. Zum anderen sind nicht nur die Eigengläubiger der GmbH, sondern auch die Gläubiger der KG, die das Recht haben, die persönlich haftende Gesellschafterin in Anspruch zu nehmen, auf die Haftungsmasse der GmbH angewiesen. Wird aber die ihr gebührende Stammeinlage umgehend als Darlehen an die KG weitergereicht, so hängt die Solvenz der Komplementär-GmbH von vornherein von derjenigen der KG ab. Das widerspricht der Funktion der Komplementär-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin, deren genuine Aufgabe es – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – keineswegs ist, Finanzmittel aus ihrem gesetzlichen Garantiekapital „in die KG als der eigentlichen Betriebsgesellschaft einzubringen“ und ihr als Darlehen mit mehr oder weniger zweifelhafter Aussicht auf Rückzahlung zu belassen (vgl. auch *v. Gerkan*, WuB II G. § 19 GmbHG 2.03, 891, 892). Deswegen handelt es sich hier auch nicht, wie das Berufungsgericht meint, um ein „Verkehrsgeschäft“ (vgl. auch BGHZ 170, 47 = DNotZ 2007, 230). Soweit die Komplementär-

GmbH aufgrund ihrer Haftung gemäß § 128 HGB Gläubiger der KG befriedigt, erwächst ihr ein grundsätzlich sofort fälliger Rückgriffsanspruch gegen die KG (§§ 161 Abs. 2, 110 HGB).

Richtigerweise treffen bei der GmbH & Co. KG die unterschiedlichen Kapitalschutzsysteme der Komplementär-GmbH einerseits und der KG andererseits aufeinander, mit der Folge, dass die Gesellschafter beider Gesellschaften ihre Einlageverpflichtungen ihnen gegenüber jeweils gesondert zu erfüllen und die Vermögensmassen beider getrennt zu halten haben (vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 56 V 1, S. 1653 f.; *Werner*, GmbHR 2006, 942). Nach der gesetzgeberischen Konzeption sind die Komplementär-GmbH und die KG für die Zwecke der Kapitalaufbringung und -erhaltung grundsätzlich als jeweils selbständige Unternehmen anzusehen (vgl. OLG Koblenz, GmbHR 1989, 377; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 V 1, S. 1653 f.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 33; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 66). Ebenso wenig wie nach bisheriger Rechtslage ein „Sonderrecht“ der Kapitalaufbringung für die in ein Cash-Pool-System einbezogenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung anzuerkennen ist (dazu BGHZ 166, 8 = DNotZ 2006, 543), rechtfertigt das Interesse der an einer GmbH & Co. KG maßgeblich beteiligten Gesellschafter, der Komplementär-GmbH geschuldete Einlagemittel in die KG als „eigentliche Betriebsgesellschaft“ einzubringen, eine Abweichung von den geltenden Kapitalaufbringungsregeln. Das gilt gleichviel, ob die Komplementär-GmbH die Einlagemittel zur Begleichung eigener oder von Verbindlichkeiten der KG (§ 128 HGB) aktuell benötigt oder nicht (a. A. *Priester*, EWiR 2006, 497), und gilt im Übrigen erst recht dann, wenn der satzungsgemäße Zweck der Komplementär-GmbH auch eine jederzeit aufnehmbare eigenwirtschaftliche Betätigung einschließt, wie hier aus der Registereintragung der Schuldnerin ersichtlich.

c) Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringungsregeln fehlgehend ist schließlich die Ansicht des Berufungsgerichts, es liege bei der hier gegebenen Fallkonstellation – anders als bei derjenigen im Senatsurteil vom 2.12.2002 (BGHZ 153, 107 = DNotZ 2003, 223) – deshalb kein unzulässiges Hin- und Herzahlen, sondern eine wirksame Einlageleistung der Beklagten vor, weil bei der GmbH & Co. KG durch entsprechende Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG verhindert werde, dass die Inferenten auf die an die KG weitergeleiteten Einlagemittel Zugriff nehmen könnten (i. d. S. auch OLG Köln, GmbHR 2002, 968; *K. Schmidt*, DB 1985, 1986; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 1655; *Kunkel/Lanzius*, NZG 2007, 527, 529). Richtig ist zwar, dass nach ständiger Rechtsprechung des Senats Zahlungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG an deren Kommanditisten in entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG unzulässig sind, wenn dadurch mittelbar eine Unterdeckung des Stammkapitals der Komplementär-GmbH eintritt (vgl. BGHZ 60, 324, 328 f.; 69, 274, 279; 110, 342, 358; 123, 289, 296; BGH, ZIP 1998, 1437). Abgesehen davon, dass in diesem Fall der Anspruch aus § 31 GmbHG analog nicht der Komplementär-GmbH, sondern der KG zusteht (vgl. BGHZ 60, 324, 329 f.; 110, 342, 346), betrifft das jedoch lediglich den Aspekt und die Regeln der Kapitalerhaltung, deren Anwendung einen ordnungsgemäß abgeschlossenen Kapitalaufbringungs Vorgang voraussetzt (vgl. BGH, ZIP 2001, 1997 = NJW 2001, 3781). Dieser unterliegt, wie aus den unterschiedlichen Vorschriften der §§ 19 und 30 GmbHG hervorgeht, seinen eigenen, für ihn maßgeblichen Regeln, die hier, wie bereits dargelegt, nicht beachtet worden sind (vgl. oben 1 a).

Dagegen können die – mangels eines ordnungsgemäß abgeschlossenen Kapitalaufbringungs Vorgangs ohnehin nicht anwendbaren – Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG) nicht ins Feld geführt werden. Denn ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung setzt in den Fällen der Weiterleitung des Einlagebetrages an ein von dem Inferenten beherrschtes Unternehmen nicht voraus, dass der Inferent dadurch einen unmittelbaren Zugriff auf den Einlagebetrag erlangt, den er z. B. auch bei „darlehensweiser“ Weiterleitung an eine andere von ihm beherrschte GmbH nicht erhalte, soweit und solange dort durch eine Entnahme des Betrages eine Unterbilanz entstände oder vertieft würde (§ 30 GmbHG; vgl. z. B. BGHZ 136, 125, 127 = NJW 1997, 2599). Insofern wäre auch in diesem Fall der Rückzahlungsanspruch der Einlagegläubigerin aus der mit der zweiten GmbH getroffenen (in Wahrheit rechtsunwirksamen; vgl. BGHZ 165, 113, 116 = DNotZ 2006, 218; BGHZ 165, 352, 356 = NJW 2006, 906) „Darlehensabrede“ mittelbar geschützt. Der Anspruch der zweiten GmbH aus § 31 GmbHG entspräche demjenigen der KG in dem oben genannten Fall. Darauf kommt es indes in den genannten Weiterleitungsfällen nicht an. Vielmehr liegt hier der Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung schon darin, dass die einer GmbH geschuldeten Bareinlagemittel von dem Inferenten realiter nicht ihr, sondern einer anderen von ihm beherrschten Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, er sich also einer – ihm als Gesellschafter obliegenden – zweifachen Finanzierungsaufgabe durch einmalige Leistung für Rechnung sowie zum Nachteil der ersten Gesellschaft und ihrer Gläubiger entledigt. Soweit dieses Vorgehen darauf abzielt, der einen Gesellschaft anstelle der ihr geschuldeten Bareinlage einen „Darlehensrückzahlungsanspruch“ gegen die andere Gesellschaft zu verschaffen, befreit das den Inferenten schon nach der gesetzlichen Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG nicht von seiner Bareinlageverpflichtung, wobei dahinstehen kann, ob es sich um eine verdeckte Sacheinlage i. e. S. handelt (BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223; *Sieger/Wirtz*, ZIP 2005, 2277; a. A. *Bayer*, GmbHR 2004, 445, 451; einschränkend BGHZ 165, 113, 117 = DNotZ 2006, 218), wie die Revision meint. Die Regeln der Kapitalaufbringung (und der Kapitalerhaltung) können zwar nicht verhindern, dass das Stammkapital einer GmbH im Lauf der Zeit durch Verluste aufgezehrt wird; sie sollen aber sicherstellen, dass der Gesellschaft die ihr von dem Inferenten geschuldeten (Bar-)Einlagemittel real zur Verfügung gestellt werden. Hinsichtlich der Kapitalaufbringung bei der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG gilt nichts anderes; sie unterliegt – als GmbH – den dargestellten Grundsätzen des GmbH-Rechts mit der Folge, dass die Einlageschuld der Beklagten fortbesteht.

2. Die von den Beklagten hinsichtlich einer vermeintlichen „Differenzhaftung“ erhobene Verjährungseinrede greift nicht durch. Der dem Kläger zustehende Anspruch auf erneute Einlagezahlung (§ 19 Abs. 1 GmbHG) unterlag gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB bis zum 1.1.2002 der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. (vgl. BGHZ 153, 107, 111 = DNotZ 2003, 223; BGH, WM 2000, 2301, 2303 f.) und von da an ursprünglich der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F., welche durch die im Jahr 2003 erhobene Klage gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt wurde.

16. GmbHG § 4 a; EG Art. 43, 48 (*Satzungssitzverlegung einer deutschen GmbH ins Ausland nicht eintragungsfähig*)

**Die Verlegung des Satzungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in einen anderen Mitgliedstaat der EU (hier: Portugal) kann nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden. Daran hat sich durch die neuere Rechtsprechung des EuGH (vgl. zuletzt „de La-steyrie du Saillant“ und „Sevic“) zur Niederlassungsfreiheit nichts geändert.**

OLG München, Beschluss vom 4.10.2007, 31 Wx 036/07; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die im Jahr 1994 im Inland gegründete GmbH hatte 2003 ihren Sitz innerhalb Deutschlands verlegt. Mit notariell beurkundetem Beschluss vom 9.9.2004 beschloss der Alleingesellschafter die Verlegung des Sitzes nach Portugal. Der beurkundende Notar meldete den Beschluss zur Eintragung in das Handelsregister an. Das Registergericht wies die Anmeldung zurück mit der Begründung, die vorgenommene Satzungsänderung sei nicht eintragungsfähig. Der Geschäftsführer der Gesellschaft beantragte daraufhin, die Beendigung der Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen. Diesem Antrag entsprach das Registergericht nicht, weil das Finanzamt der Löschung nicht zustimmte. Gegen diese Entscheidung legte die Gesellschaft Beschwerde ein mit dem Ziel, die Löschung im Handelsregister einzutragen und das Registerblatt mit einem Wegzugsvermerk nach Portugal zu versehen.

Das LG wies die Beschwerde zurück. Zur Begründung führte es insbesondere aus, dass nach gegenwärtigem deutschem Gesellschaftsrecht eine Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes einer in Deutschland errichteten GmbH in das Ausland – auch in einen anderen Mitgliedstaat der EU – nicht möglich sei; eine dem deutschen Recht unterliegende Kapitalgesellschaft benötige zwingend einen inländischen Gesellschaftssitz. Das verstoße auch nicht gegen höher-rangiges europäisches Recht. Die Löschung der Gesellschaft im deutschen Handelsregister könne nicht erfolgen, solange die Gesellschaft noch nicht voll beendet sei. Das sei nicht der Fall, da nach Auskunft des Zentralfinanzamts die steuerlichen Angelegenheiten noch nicht abgewickelt seien.

Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft mit dem Ziel, die Eintragung der Sitzverlegung zu erreichen. Eine Löschung hält die Beschwerdeführerin hingegen nicht mehr für zulässig, weil sie in Portugal weiter bestehe. Dort sei sie als „I. Companhia de conselho em assuntos financeiros LDA“ unter Hinweis auf die Voreintragung in Deutschland im Handelsregister eingetragen. Nach dieser identitätswahrenden Eintragung im portugiesischen Handelsregister müsse im deutschen Handelsregister der Wegzug eingetragen werden; der alleinige und aktive Geschäftssitz befinde sich in Portugal. Eine andere Handhabung verstoße gegen Europarecht.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Das LG hat rechtsfehlerfrei (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) angenommen, dass die Verlegung des Satzungssitzes einer deutschen GmbH in das Ausland nicht im Handelsregister eingetragen werden kann. Das gilt auch, wenn es um den Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat der EU geht.

a) Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung im Schrifttum bedarf eine dem deutschen Recht unterliegende Kapitalgesellschaft zwingend eines in ihrer Satzung bestimmten inländischen Gesellschaftssitzes; das gilt auch für den Sitz einer GmbH i. S. v. § 4 a GmbHG (BGHZ 25, 134, 144; 29, 320, 328; BayObLGZ 2004, 25, 26 m. w. N. = ZNotP 2004, 239; OLG Brandenburg, FGPrax 2005, 78, 79 = NotBZ 2005, 219; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, 1998, Rdnr. 243; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl., § 4 a Rdnr. 9; *Lutter/Bayer*, GmbHG, 16. Aufl., § 4 a Rdnr. 22; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl., § 4 a Rdnr. 3; *Roth/Altmeyen*,

GmbHG, 5. Aufl., § 4 a Rdnr. 30). Bei einer grenzüberschreitenden Verlegung ihres Satzungs- und Verwaltungssitzes verliert die Gesellschaft deshalb ihre Rechtsfähigkeit auf der Grundlage ihres bisherigen Personalstatuts, denn sie löst sich damit aus der Rechtsordnung, die Grundlage für ihre Existenz ist (vgl. *Weller*, DStR 2004, 1218, 1219). Die identitätswahrende Auswanderung einer Kapitalgesellschaft lässt das geltende deutsche Recht nicht zu (vgl. OLG Brandenburg, FGPrax 2005, 78, 79 = NotBZ 2005, 219). Das gilt unabhängig davon, ob sie die Rechtsform der GmbH deutschen Rechts beibehalten oder – wie es hier nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin der Fall ist – eine entsprechende Rechtsform nach dem Recht des Zuzugslandes annehmen will.

b) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es für die beantragte Eintragung im deutschen Handelsregister unerheblich, ob sie aus der Sicht des portugiesischen Rechts (vgl. dazu *Jayme*, IPrax 1987, 46, 47) dort unter Wahrung ihrer Identität zugezogen ist. Denn ein Fortbestehen der Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ist nur dann möglich, wenn sowohl der Wegzugs- als auch der Zuzugsstaat nach ihrer jeweiligen Rechtsordnung den Fortbestand ermöglichen (vgl. BayObLGZ 2004, 25, 27 = ZNotP 2004, 239; OLG Brandenburg, FGPrax 2005, 78, 79 = NotBZ 2005, 219; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rdnr. 606; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 4 a Rdnr. 10). Nachdem nach deutschem Recht eine GmbH ihre Rechtsfähigkeit mit der Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland verliert, ist das Fortbestehen ausgeschlossen, unabhängig davon, wie das Recht des Zuzugsstaates – hier Portugal – diese Frage beantwortet.

c) Aus Art. 43 und 48 EG ergibt sich nichts anderes. Die Frage, ob eine nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Kapitalgesellschaft ihren (Satzungs-)Sitz identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann, berührt zwar die Niederlassungsfreiheit. Diese gebietet es jedoch nicht, ohne die in Vorbereitung befindliche Rechtssetzung die Verlegung des Satzungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in einen anderen Mitgliedstaat zuzulassen. Die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes, die das deutsche Gesellschaftsrecht nicht vorsieht, bringt wegen des mit ihm verbundenen Wechsels der Rechtsform Gefahren für Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger mit sich (vgl. *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 36 f.). Die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie hinsichtlich der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder des tatsächlichen Sitzes aufweisen, stellen Fragen dar, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen (vgl. EuGH, NJW 1989, 2186, 2188 „Daily Mail“). Ein Richtlinienvorschlag für die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften wird derzeit von der Kommission erarbeitet. Dieser soll eine rechtliche Koordinierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in die Wege leiten, um Kapitalgesellschaften die Ausübung des Niederlassungsrechts in Form der Verlegung des Satzungssitzes zu ermöglichen mit dem Ziel, dort Rechtspersönlichkeit zu erlangen und sich dem dort geltenden Recht zu unterstellen, das ihrer Ansicht nach besser ihren Erfordernissen entspricht, ohne sich auflösen zu müssen. Dabei soll unter anderem dem Herkunftsmitgliedstaat die Möglichkeit eingeräumt werden, den Rechten bestimmter Personengruppen, insbesondere der Minderheitsaktionäre und Gläubiger, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips besonderen Schutz zu gewähren

(vgl. [ec.europa.eu/international\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://ec.europa.eu/international_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm)). Solange die auch vom EuGH für erforderlich angesehene Regelung auf Gemeinschaftsebene fehlt, kann deshalb die im nationalen Recht nicht vorgesehene Satzungsitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat auch nicht unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit hergeleitet werden (vgl. MünchKommBGB/Kindler, 4. Aufl., IntGesR Rdnr. 509; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, Einl. Rdnr. 42).

d) Aus der Entscheidung des EuGH vom 11.3.2004 in der Sache „de Lasteyrie du Saillant“ (NJW 2004, 2439) lässt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht herleiten, dass die Verlegung des Satzungssitzes einer Kapitalgesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ungeachtet entgegenstehenden nationalen Rechts ermöglicht werden müsste. Diese Entscheidung betrifft die Verlegung des Wohnsitzes einer natürlichen Person, die nach der angegriffenen Regelung des französischen Rechts zu einer Besteuerung bestimmter stiller Reserven führte. Aus ihr lässt sich nichts zum Wegzug von Kapitalgesellschaften aus einem Mitgliedstaat entnehmen. Denn anders als natürliche Personen bestehen Gesellschaften – mit Ausnahme der europäischen Aktiengesellschaft – nur kraft nationalen Rechts, d. h. sie bestehen als juristische Personen nur im Rahmen einer innerstaatlichen Rechtsordnung. Von ihrer Niederlassungsfreiheit machen sie im Allgemeinen durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften Gebrauch, wie es das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vorsieht. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben sie keine Realität (vgl. EuGH NJW 1989, 2186, 2187 „Daily Mail“; NJW 2002, 3614, 3616 Tz. 81 „Überseering“). Die Verlegung des Satzungssitzes einer Kapitalgesellschaft kann deshalb nicht gleichgesetzt werden mit der Verlegung des Wohnsitzes einer natürlichen Person. Vielmehr hat der EuGH in der Entscheidung „Daily Mail“ die Beschränkung der Sitzverlegung durch die Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft gegründet wurde, nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit angesehen.

e) Es besteht deshalb auch kein Anlass, eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 EG einzuholen. Der EuGH hat in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen „Überseering“ und „Inspire Art“ (GmbHR 2003, 1260 = DNotZ 2004, 55) ausdrücklich auf die Entscheidung in der Sache „Daily Mail“ Bezug genommen und diese damit bestätigt. Aus der Entscheidung „de Lasteyrie du Saillant“ lässt sich – wie oben ausgeführt – für die Verlegung des Sitzes von Kapitalgesellschaften nichts entnehmen. Dasselbe gilt für die Entscheidung in der Sache „Sevic“ (NJW 2006, 425 = DNotZ 2006, 210), die den generellen Ausschluss grenzüberschreitender Verschmelzungen als unzulässig erachtet.

17. AktG §§ 123 Abs. 2 Satz 3, 243 ff. (Verkürzung der Anmeldefrist nur durch Satzung, Verletzung des Fragerechts)

1. **Eine Verkürzung der Anmeldefrist des § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG kann nur in der Satzung selbst vorgenommen werden und nicht im Wege der Delegation auf den Vorstand übertragen werden.**
2. **Werden einem Aktionär Auskünfte vorenthalten, die aus der Sicht eines objektiv wertenden Aktionärs in der Fragesituation zur sachgerechten Beurteilung des Beschlussgegenstandes „erforderlich“ sind, so liegt darin zugleich ein relevanter Verstoß gegen das**

### **Teilnahme- und Mitwirkungsrecht des Aktionärs, ohne dass es darauf ankommt, ob der tatsächliche Inhalt der in der Hauptversammlung verweigerten oder nicht hinreichend gegebenen Auskunft einen objektiv wertenden Aktionär von der Zustimmung zur Beschlussvorlage abgehalten hätte. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München I, Urteil vom 30.8.2007, 5 HK O 2797/07; mitgeteilt von Dr. *Helmut Krenek*, Vorsitzender Richter am LG München I

Am 19.12.2006 veröffentlichte die Beklagte im elektronischen Bundesanzeiger die Einladung zu ihrer Hauptversammlung am 23.1.2007. Die Veröffentlichung enthielt folgende Passage im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Teilnahme an der Hauptversammlung:

„Teilnahme

Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung sind diejenigen Aktionäre berechtigt, die ihre Berechtigung durch einen durch das depotführende Institut in Textform (§ 126 b BGB) erstellten besonderen Nachweis des Anteilsbesitzes nachgewiesen haben. Der Nachweis des Anteilsbesitzes muss sich auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung, d. h. auf Dienstag, den 2. Januar 2007, 00.00 Uhr, beziehen und der Gesellschaft zur Anmeldung für die Hauptversammlung unter folgender Adresse bis spätestens Freitag, den 19. Januar 2007, 24.00 Uhr zugehen: (...)

Die Satzung der Beklagten enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

„§ 15 Teilnahme an und Verlauf der Hauptversammlung

1. Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sind nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die sich vor der Hauptversammlung in Textform (§ 126 b BGB) in deutscher oder englischer Sprache angemeldet haben. Die Anmeldung muß der Gesellschaft unter der in der Einberufung hierfür mitgeteilten Adresse bis spätestens am 7. Tage vor der Hauptversammlung zugehen. In der Einberufung kann eine kürzere Anmeldefrist bestimmt werden.“

Am 23.1.2007 fand die Hauptversammlung der Beklagten statt, an der die Kläger, die ihre Aktien jeweils schon vor der Bekanntmachung der Einladung erworben hatten, entweder persönlich oder durch Vertreter teilnahmen. Namentlich die Kläger zu 4 und zu 5 fragten während der Hauptversammlung nach der Geschäftsplanung der neuen Tochtergesellschaften E GmbH sowie nach den Planzahlen für die E M GmbH für die nächsten drei Jahre (Umsatz und EBIT). Ebenso fragte der Kläger zu 4 nach den konkreten Planungen für die E M GmbH. Der Kläger zu 5 bat zudem um Plan- und Prognosezahlen für die Beklagte. Der Vorstand der Beklagten nannte keine Planzahlen und machte auch keine detaillierten Angaben zur künftig geplanten Geschäftstätigkeit.

Die Einladung zur Tagesordnung enthielt unter anderem als Tagesordnungspunkt 1 den Vorschlag, der Auslagerung der Geschäftsbereiche Produktion und Vertrieb in die rechtlich selbstständigen Gesellschaften E Synthesis GmbH (für den Geschäftsbereich Produktion) und E GmbH (für den Geschäftsbereich Vertrieb) im Rahmen des danach im Einzelnen näher beschriebenen Konzepts zuzustimmen. Unter Tagesordnungspunkt 2 sollte die Hauptversammlung dem Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages zwischen der Beklagten und ihren beiden Tochtergesellschaften E GmbH und E S GmbH zustimmen, wobei der Wortlaut der Verträge in der Einladung wiedergegeben worden war. Die Hauptversammlung stimmte den Beschlussvorschlägen zu Tagesordnungspunkt 1 und 2 mit einer Mehrheit von jeweils 99,6% zu. Alle Kläger erklärten Widerspruch zur Niederschrift des beurkundenden Notars.

Aus den Gründen:

I.

Die Klagen sind zulässig, insbesondere muss die Rechtshängigkeit der Klagen bejaht werden, weil auch eine wirksame Zustellung an ein Mitglied des Aufsichtsrates erfolgte. Dabei

muss die Kammer nicht abschließend entscheiden, inwieweit der teilweise mit beachtlichen Argumenten vertretenen Ansicht zu folgen ist, eine Ersatzzustellung an ein Mitglied des Aufsichtsrates könne auch am Sitz der Gesellschaft erfolgen (vgl. OLG Hamm, ZIP 1989, 511). Denn auch wenn mit der überwiegend vertretenen Meinung davon auszugehen sein wird, dass die Zustellung aufgrund der Regelung in § 246 Abs. 2 Satz 2 AktG und den dahinter stehenden Normzweck an die Privatanschrift des Aufsichtsratsmitgliedes P hätte erfolgen müssen und nicht an den Geschäftssitz der Beklagten, weil sich ein Aufsichtsratsmitglied dort nicht ständig aufzuhalten pflegt und daher eine Ersatzzustellung dort nicht möglich sein wird (vgl. Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 246 Rdnr. 34 m. w. N.), muss von einer Heilung gemäß § 189 Satz 1 ZPO ausgegangen werden. Ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, so gilt es in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung gerichtet war, tatsächlich zugegangen ist. Die Beklagte hat nach dem Hinweis der Kammer im Termin zur mündlichen Verhandlung über eine mögliche Heilung eines Zustellungsmangels keine Ausführungen mehr gemacht. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates Kenntnis von der Klageschrift erlangt haben, zumal der Aufsichtsrat für die Erteilung der Prozessvollmacht an die Prozessbevollmächtigten zusammen mit dem Vorstand zuständig ist.

## II.

Die Anfechtungsklagen sind auch begründet, weil die zu den Tagesordnungspunkten 1 und 2 gefassten Beschlüsse das Gesetz i. S. d. § 243 Abs. 1 AktG verletzen.

1. Die Kläger sind anfechtungsbefugt i. S. d. § 245 Nr. 1 AktG. Die Beklagte hat den Erwerb der Aktien durch die Kläger bereits vor dem Zeitpunkt der Bekanntmachung der Einladung der Hauptversammlung nach der Vorlage entsprechender Unterlagen im Termin zur mündlichen Verhandlung unstreitig gestellt. Zudem waren die Kläger auf der Hauptversammlung am 23.1.2007 anwesend und haben wirksam Widerspruch zur Niederschrift des Notars erklärt.

2. Die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG wurde eingehalten. Nach dieser Vorschrift muss die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden. Auch wenn eine Klage erst mit der Zustellung an die Beklagte bzw. ihre vertretungsberechtigten Organe und damit erst mit Eintritt der Rechtshängigkeit erhoben ist, die vorliegend nach dem Ende der Monatsfrist erfolgte, ist die Frist gewahrt, weil die Zustellung an die Organe der Beklagten „demnächst“ im Sinne der auch im Anwendungsbereich von § 246 Abs. 1 AktG geltenden Vorschrift des § 167 ZPO erfolgte. Nachdem die Klage des Klägers zu 1 am 14.2.2007, die des Klägers zu 5 am 22.2.2007 und die der übrigen Kläger am 23.2.2007 bei Gericht eingegangen sind, trat Anhängigkeit innerhalb der Monatsfrist ein. Die Zustellung erfolgte auch demnächst. Da die Kläger nicht verpflichtet sind, den Gerichtskostenvorschuss bereits mit der Klage zu entrichten, sondern die Aufforderung durch das Gericht abwarten können, steht die bis zu der am 13.3.2007 erfolgte Einzahlung verstrichene Zeit der Bejahung der Voraussetzungen von § 167 ZPO nicht entgegen. (...)

3. Die zu den Tagesordnungspunkten 1 und 2 gefassten Beschlüsse verletzen das Gesetz i. S. d. § 243 Abs. 1 AktG und sind daher für nichtig zu erklären.

a. Ein Gesetzesverstoß liegt bereits in der Nichtbeachtung der Regelungen des § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG.

(1) Die Satzung der Beklagten macht die Teilnahme und die Ausübung des Stimmrechts in ihrem § 15 Abs. 1 von der Anmeldung abhängig. Diese Anmeldung muss der Gesellschaft aufgrund von § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG unter der in der Einberufung hierfür angegebenen Adresse bis spätestens am siebten Tag vor der Versammlung zugehen, soweit die Satzung keine kürzere Frist vorsieht. Hiergegen wurde verstoßen, nachdem der Vorstand die kürzere Anmeldefrist bestimmte.

Die Regelung in § 15 Abs. 1 Satz 3 der Satzung der Beklagten bildet für dieses Vorgehen keine taugliche Rechtsgrundlage, weil diese Bestimmung nicht mit der Gesetzesregelung in § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG in Einklang steht. Eine Verkürzung der Anmeldefrist kann nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nur in der Satzung selbst getroffen werden und nicht im Wege einer Delegation auf den Vorstand übertragen werden. Die Zulassung einer derartigen Möglichkeit stünde in Widerspruch zu § 23 Abs. 5 AktG sowie zur Bedeutung der Vorschriften über den „Record Date“ und dem Nachweis der Teilnahmevoraussetzungen an der Hauptversammlung. Die Satzung kann aufgrund von § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Vielmehr muss eine kürzere Anmeldefrist in der Satzung selbst festgelegt werden. § 123 Abs. 2 AktG soll nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers in sich geschlossen die satzungsmäßige Anmeldung regeln (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 13). Das Teilnahme- sowie das Stimmrecht an bzw. in der Hauptversammlung gehört zu den zentralen Rechten, die eine Aktie dem Aktionär vermittelt. Dann aber muss die Satzung, die von der Hauptversammlung zu beschließen ist, unmittelbar die Voraussetzungen bestimmen, unter denen die Teilnahme an der Hauptversammlung möglich ist. Eine Übertragung auf den Vorstand ist von § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG somit nicht gedeckt.

(2) Die Berufung auf diesen Mangel seitens der Kläger erfolgt auch nicht treuwidrig, weil die Aktionäre durch diesen Mangel tatsächlich in ihren Rechten beeinträchtigt sind. Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, für den Fall, dass die Gesellschaft infolge einer fehlerhaften Berechnung der Hinterlegungsfrist die Teilnahmevoraussetzungen erleichtere, fehle es an der Beschwer der Aktionäre mit der Folge der Treuwidrigkeit einer hierauf gestützten Anfechtungsklage (vgl. Werner in Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., § 70 Rdnr. 69), betrifft dies eine andere Fallkonstellation. Bei der vorliegend gegebenen Ausgangssituation liegt nämlich keine fehlerhafte Berechnung vor, sondern es wird in die Kernkompetenz der Hauptversammlung eingegriffen, die Anmeldefrist und damit die Voraussetzungen für die Teilnahme des Aktionärs an der Hauptversammlung selbst zu bestimmen.

b. Ein Verstoß gegen das Gesetz liegt auch in der Verletzung des Fragerechts, wie es in § 131 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AktG geregelt ist. Danach ist jedem Aktionär auf Verlangen Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich ist. Dabei erstreckt sich die Auskunftspflicht auch auf rechtliche und geschäftliche Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen. Diese Pflicht hat der Vorstand der Beklagten auf der Hauptversammlung vom 23.1.2007 verletzt.

(1) Die Frage nach Planzahlen der Beklagten sowie der Tochtergesellschaften E GmbH und E S GmbH wurde nicht hinreichend beantwortet. Die Beklagte hat selbst ausgeführt, der Vorstand habe geantwortet, er gebe keine Prognosen für die Zukunft ab. Damit aber ist die Frage nach Planzahlen

nicht beantwortet worden. Sollte mit der Äußerung des Vorstandes zum Ausdruck gebracht werden, dass keine Planzahlen existierten, so ist dies der Antwort, der Vorstand gebe keine Prognose ab, nicht mit der erforderlichen Klarheit zu entnehmen. Das Unterbleiben einer Prognose ist nicht gleichzusetzen mit einem Hinweis auf vollständig fehlende Planzahlen. Der Hinweis auf eine Umsatzausweitung und eine Ergebnisverbesserung ist so allgemein gehalten, dass darin eine den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechende Auskunft nicht gesehen werden kann. Zudem ist nicht von der Hand zu weisen, dass diese Aussage über Verbesserungen in der Zukunft nicht ohne die Existenz von Planzahlen möglich sein wird. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil der Vorstand zu entsprechenden Planungen auch verpflichtet ist, wie der Wertung des § 90 Abs. 1 AktG jedenfalls seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) zu entnehmen ist (vgl. nur *Kropff*, NZG 1998, 613; *Götz*, AG 1995, 337, 338 f. sogar schon für die Zeit vor dem Inkrafttreten des KonTraG).

Die Vorlage von Planzahlen ist für die Beurteilung der beiden Tagesordnungspunkte 1 und 2 auch erforderlich. Für die Frage der Zustimmung zu einer geplanten Auslagerung sowie zu zwei Ergebnisabführungsverträgen ist es entscheidend zu wissen, wie sich die beiden Gesellschaften entwickeln werden, auf die das operative Geschäft der Beklagten ausgelagert werden soll und deren Gewinne an die Beklagte abzuführen bzw. deren Verluste von der Beklagten auszugleichen sind. Somit bilden derartige Planzahlen eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung darüber, ob das Vorgehen der Unternehmensführung der Beklagten betriebswirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht.

(3) Die Kausalität i. S. d. § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG muss bejaht werden. Ein objektiv urteilender Aktionär hätte die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen. Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nach der Regelung in § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Der Gesetzgeber knüpfte bei der Schaffung dieser Vorschrift im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005 (BGBl I, S. 2892) bewusst an die in der Rechtsprechung entwickelte Formel des „objektiv urteilenden Aktionärs“ an. Auf die Frage, ob der tatsächliche Inhalt der in der Hauptversammlung verweigerten Auskunft einen objektiv urteilenden Aktionär von der Zustimmung zur Beschlussvorlage abgehalten hätte, kann es entgegen einer Formulierung in der Begründung zum Regierungsentwurf (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 28 linke Sp.) nicht ankommen. Der Gesetzeswortlaut spricht nämlich von der Wesentlichkeit für die sachgerechte Wahrnehmung der Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte. Dem kann unter Berücksichtigung des hinter dem Fragerecht und dem Anfechtungsrecht stehenden Grundgedankens keine solche Bedeutung beigemessen werden, dass die Anfechtungsklage nur dann Erfolg haben kann, wenn der objektiv urteilende Aktionär ohne den Verfahrensverstoß bzw. in Kenntnis der ihm zu offenbaren Umstände in der Hauptversammlung anders abgestimmt hätte als dies tatsächlich geschehen ist (so zwar noch BGHZ 122, 211, 238 f.; aufgegeben durch BGHZ 149, 158, 164 f. und auch BGHZ 153, 32, 36 f.). Die in diese Richtung gehende Formulierung aus dem Referentenentwurf vom Januar 2004 wurde gerade nicht Gesetz.

Entscheidend für die hier vertretene Auffassung spricht vor allem auch der Normzweck des Frage- wie auch des Anfechtungsrechts bei der Gesetzesauslegung, auch wenn vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen ist. Das Frage- wie auch das Anfechtungsrecht gehören zu den Kernbereichen des Schutzes der Minderheitsaktionäre. Wenn dieses nicht leer laufen oder sinnentleert sein soll, kann es nicht darauf ankommen, ob der Aktionär in Kenntnis der Information anders abgestimmt hätte als tatsächlich geschehen. Demgemäß stellt der Gesetzeswortlaut bereits auf die wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung der Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs ab. Darunter ist aber dann die Relevanz für das Mitwirkungs- bzw. Mitgliedschaftsrecht dergestalt zu verstehen, dass dem Beschluss ein Legitimationsdefizit anhaftet, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gerechtfertigt ist (vgl. BGH, NZG 2005, 77, 79 – ThyssenKrupp für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des UMAG; auch *Göz/Holzborn*, WM 2006, 157, 160). Das UMAG hat an dieser Beurteilung aus den soeben genannten Gründen nichts geändert, so dass die Kammer die vom BGH in der zuletzt genannten Entscheidung aufgestellten Kriterien unverändert für maßgeblich erachtet.

Werden einem Aktionär Auskünfte vorenthalten, die aus der Sicht eines objektiv wertenden Aktionärs in der Fragesituation zur sachgerechten Beurteilung des Beschlussgegenstandes „erforderlich“ sind, so liegt darin zugleich ein relevanter Verstoß gegen das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht des Aktionärs, ohne dass es darauf ankommt, ob der tatsächliche Inhalt der in der Hauptversammlung verweigerten oder nicht hinreichend gegebenen Auskunft einen objektiv wertenden Aktionär von der Zustimmung zur Beschlussvorlage abgehalten hätte. Wenn die vorenthaltene Auskunft zur sachgerechten Beurteilung erforderlich ist, so muss darin eine wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrechte gesehen werden. (...)

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. ZPO § 531 Abs. 2 Nr. 3; AnfG §§ 1, 4; BGB §§ 1147, 1192 (*Übertragung eines wertausschöpfend belasteten Grundstücks nicht gläubigerbenachteiligend*)

- a) **Für die Frage, ob eine Rechtshandlung zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt hat, ist der Zeitpunkt der Berufungsverhandlung jedenfalls insofern maßgeblich, als Vorgänge zu bewerten sind, die sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugetragen haben.**
- b) **Wird ein Zwischendarlehensvertrag mit einem Bauspardarlehensvertrag in der Weise miteinander kombiniert, dass die Sparleistungen nur der Tilgung der Darlehensrückzahlungsforderung dienen können, ist bei der Frage, in welcher Höhe das die Darlehensrückzahlungsforderung sichernde Grundpfandrecht valutiert, das Sparguthaben zu berücksichtigen.**
- c) **Die wertausschöpfende Belastung eines von dem Schuldner auf einen Dritten übertragenen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der**

**Schuldner sich gegenüber dem Dritten verpflichtet hat, die grundbuchlich besicherten Darlehen weiter zurückzuführen. Die Tilgungsleistungen des Schuldners können jedoch eine weitere unentgeltliche, mittelbare Zuwendung darstellen, die selbst wieder der Anfechtung unterliegt.**

- d) Überträgt der Schuldner gläubigerbenachteiligend ein mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück an einen Dritten, dem er zugleich seine Rückgewähransprüche gegen die Grundschuldgläubiger abtrifft, ist der Gläubigerschutz nur gewährleistet, wenn sowohl die Grundstücksübertragung als auch die Forderungsabtretung angefochten werden.**

BGH, Urteil vom 3.5.2007, IX ZR 16/06

Der Beklagte zu 4 war Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts und Geschäftsführer einer GmbH. Beide Unternehmen wurden früher von der Rechtsvorgängerin der Klägerin beliefert. Aus diesen Geschäftsbeziehungen hat die Klägerin noch erhebliche Forderungen, für die sich die Beklagte zu 3, Ehefrau des Beklagten zu 4, verbürgte. Die Klägerin erwirkte gegen die Beklagte zu 3 ein rechtskräftiges Urteil, mit welchem diese zur Zahlung von 110.000 DM (56.242,10 €) nebst Zinsen, höchstens jedoch 170.000 DM (89.919,62 €), verurteilt wurde. Ferner erging gegen die Beklagte zu 3 ein Kostenfestsetzungsbeschluss über 6.022,65 € zugunsten der Klägerin. Der Beklagte zu 4 hat die eidesstattliche Vermögensversicherung abgegeben; aus den gegen die Beklagte zu 3 erwirkten Titeln hat die Klägerin erfolglos vollstreckt.

Die Beklagte zu 3 war Alleineigentümerin eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, das sie zusammen mit ihrem Ehemann bewohnte. Es hatte am 8.2.1999 einen Verkehrswert von 195.000 €. Das Eigentum war mit Grundpfandrechten belastet. Es waren Grundschulden eingetragen zugunsten der W.-Bank in Höhe von 102.258,37 € (Abt. III Nr. 2), zugunsten der Bausparkasse in Höhe von 25.564,59 € (Abt. III Nr. 3) und zugunsten der U.-Bank in Höhe von 71.580,86 € (Abt. III Nr. 4). Die Grundschulden in Abteilung III Nr. 2 und 3 valutierten zum 31.1.2005 in voller Höhe. Allerdings sparten die Beklagten zu 3 und 4 aufgrund eines bei der Bausparkasse Wüstenrot abgeschlossenen Bausparvertrages ein Guthaben an, das dazu bestimmt war und ist, das der Grundschuld in Abteilung III Nr. 3 zugrundeliegende Darlehen zu tilgen. Im Dezember 2004 belief sich das Guthaben auf 9.047,86 €. Die Grundschuld in Abteilung III Nr. 4 valutierte im November 2004 mit 66.925,44 € zuzüglich Zinsen.

Aufgrund eines notariellen Vertrages vom 8.2.1999 übertrug die Beklagte zu 3 ihr Eigentum auf die Beklagten zu 1 und 2, ihre gemeinsamen Söhne. Die Beklagten zu 1 und 2 bestellten zugunsten ihrer Eltern einen lebenslänglichen Nießbrauch, wobei die Eltern alle laufenden Abgaben und Lasten sowie sämtliche Reparaturen übernahmen. Ferner verpflichteten sich die Beklagten zu 3 und 4, während der Dauer des Nießbrauchs den Zins- und Tilgungsdienst zu tragen. Schließlich traten die Beklagten zu 3 und 4 sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche auf Rückübertragung und Löschung der Grundschulden sowie auf Verzicht an die Erwerber ab. Der Eigentumsübergang und der Nießbrauch wurden am 24.2.1999 im Grundbuch eingetragen.

Mit ihrer im April 2002 zugestellten Klage hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zu 1 und 2 begehrt, wegen der Forderungen in der gegen die Beklagte zu 3 ausgerichteten Höhe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die Ansprüche auf Rückgewähr der Grundschulden zu dulden. Ferner hat sie von den Beklagten zu 3 und 4 verlangt, von dem zu ihren Gunsten eingetragenen Nießbrauch keinen Gebrauch zu machen. Abgesehen von der Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück hatte die Klage in erster Instanz Erfolg. Auf die Berufung der Beklagten zu 3 und 4 hat das Berufungsgericht die gegen diese gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufungen der Klägerin und der Beklagten zu 1 und 2 hatten keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren in vollem Umfang weiter. Im Wege der Anschlussrevision begehren die Beklagten zu 1 und 2 weiterhin die Abweisung der gegen sie gerichteten Klage.

*Aus den Gründen:*

B.

I. Klage gegen den Beklagten zu 1

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kann die Anfechtung der Grundstücksübertragung nach § 4 AnfG durchgreifen.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Übertragung des Grundstücks sei unentgeltlich i. S. v. § 4 AnfG gewesen, wird von dem Beklagten zu 1 vergeblich mit einer Gegenrüge angegriffen. Der Vorbehalt eines Nießbrauchs stellt keine „Gegenleistung“ für die Grundstücksübertragung dar, weil er den Vorteil für den mit dem Grundstück Beschenkten lediglich mindert, nicht jedoch ausgleicht (BGHZ 141, 96, 102).

2. Eine Gläubigerbenachteiligung hat das Berufungsgericht jedoch mit unzutreffender Begründung verneint.

a) Allerdings kann der Revision insoweit nicht gefolgt werden, als sie die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Grundstücksübertragung daraus herleitet, dass die Beklagten zu 3 und 4 gegenüber dem Beklagten zu 1 die Verpflichtung übernommen haben, sämtliche grundbuchlich besicherten Darlehen hinsichtlich Zins und Tilgung weiter zu bedienen.

Durch Tilgungsleistungen der Beklagten zu 3 und 4 werden zwar die dinglich besicherten Darlehensrückzahlungsansprüche abnehmen, die Grundschulden immer weniger valutieren und schließlich zur Gänze denjenigen zustehen, denen die Rückgewähransprüche abgetreten sind. Die Zahlungen der Beklagten zu 3 und 4 auf ihre eigenen Darlehensverbindlichkeiten führen somit zu einer entsprechenden Vermögensvermehrung bei dem Beklagten zu 1.

Dadurch wird jedoch weder der Wert des dem Beklagten zu 1 von seinen Eltern überlassenen Grundstücks gesteigert noch die aktuelle Belastung vermindert. Die künftigen Zahlungen der Eltern (Beklagten zu 3 und 4) stellen vielmehr eine weitere unentgeltliche (mittelbare) Zuwendung dar, die selbst wieder der Anfechtung unterliegen kann (vgl. BGHZ 141, 96, 100 ff.).

b) Die Übertragung eines belasteten Grundstücks kann nur dann eine Benachteiligung des Gläubigers zur Folge haben, wenn der in der Zwangsvollstreckung erzielbare Wert des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt (BGH, ZIP 2006, 387 = MittBayNot 2006, 224; BGH, ZIP 2007, 588, 590). Eine Gläubigerbenachteiligung kommt also nicht in Betracht, wenn das Grundstück wertausschöpfend belastet ist und eine Zwangsversteigerung nicht zu einer auch nur teilweisen Befriedigung des Gläubigers geführt hätte. Ob eine wertausschöpfende Belastung vorliegt, hängt vom Wert des Grundstücks sowie der tatsächlichen Höhe derjenigen Forderungen ab, die durch die eingetragenen Grundpfandrechte gesichert werden (BGH, ZIP 1999, 196, 198; ZIP 2006, 387 = MittBayNot 2006, 224; ZIP 2007, 588, 590).

c) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die wertausschöpfende Belastung des Grundstücks nach den Verhältnissen zum 31.1.2005 (Ende der Schriftsatzfrist nach § 128 Abs. 2 Satz 2 ZPO, die dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz entspricht) beurteilt.

Für die Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners (§ 4 AnfG) genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung (BGH, ZIP 2007, 588, 589; *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 4 Rdnr. 10; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 4 AnfG Rdnr. 2). Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist hierfür der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in

der Berufungsinstanz maßgeblich (BGHZ 123, 320, 323; 143, 246, 253 f.; BGH, NJW 1996, 3341, 3342; ZIP 1999, 196, 197; ZIP 2007, 588, 590 f.). Allerdings hat der Gesetzgeber die Funktion des Berufungsverfahrens als zweite Tatsacheninstanz eingeschränkt. Die Einführung neuer Tatsachen in der Berufungsinstanz ist nur noch ausnahmsweise unter den Voraussetzungen der § 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 ZPO zulässig. Indes ist für die Frage, ob eine Rechtshandlung zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung geführt hat, der Zeitpunkt der Berufungsverhandlung nach wie vor jedenfalls insofern maßgeblich, als Vorgänge zu bewerten sind, die sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugetragen haben. Der Vortrag, nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Vorinstanz habe die Gegenseite ein grundschuldbesichertes Darlehen durch Tilgungsleistungen (weiter) zurückgeführt, ist nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen, weil Tatsachen, die erst später eingetreten sind, in der Vorinstanz nicht geltend gemacht werden konnten. Die letzte mündliche Verhandlung in der Berufungsinstanz hat am 14.10.2005 stattgefunden. Auf diesen Zeitpunkt hätte das Berufungsgericht abstellen müssen.

Wie hoch der Verkehrswert des Grundstücks zu diesem Zeitpunkt war, steht nicht fest. Ebenso wenig ist für diesen Zeitpunkt festgestellt, mit welchen Beträgen die das Grundstück belastenden Grundschulden valuierten. Nach der Behauptung der Klägerin sind fortlaufend Tilgungsleistungen erfolgt. Das Argument des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Höhe der nach dem 31.1.2005 erfolgten Tilgungsleistungen nicht näher dargelegt, ist nicht tragfähig. Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die den Gläubiger benachteiligende Wirkung der Rechtshandlung – somit auch für das Nichtvorliegen einer wertausschöpfenden Belastung – nicht bei dem Anfechtungsgegner, sondern bei dem Anfechtenden (BGH, WM 1988, 799, 801; *Huber*, AnfG, § 1 Rdnr. 41; *Kübler/Pritting/Paulus*, InsO, § 1 AnfG Rdnr. 15). Diese Last kann jedoch erleichtert werden. Die Klägerin hatte in der Berufungsinstanz ausdrücklich vorgetragen, die besicherten Darlehen seien nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weiter zurückgeführt worden, nähere Angaben könnten indes nicht gemacht werden, weil die Banken, welche die Darlehen ausgereicht hätten, ihr, der Klägerin, als Außenstehender keine Auskünfte erteilen würden. Abweichende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Für die Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass zur Valutierung der Grundschulden im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung nur die Beklagten Angaben machen konnten. Dann traf diese eine sekundäre Darlegungslast (vgl. BVerfG, NJW 2000, 1483, 1484; BGHZ 86, 23, 29; 140, 156, 158 f.).

d) Bei der Bewertung der Grundschuld zugunsten der Bausparkasse kann nicht – wie die Vorinstanzen gemeint haben – von dem nominellen Darlehensbetrag ausgegangen werden.

aa) Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, der neben dem Darlehensvertrag bestehende Ansparvertrag mit einem Guthaben von 9.047,86 € (Stand: 17.12.2004), das sich nach dem Vortrag der Klägerin zwischenzeitlich erhöht hat, sei nicht zu berücksichtigen. Es sei zwar möglich, dass das Sparguthaben nur zur Tilgung des Darlehens verwendet werden könne; indes sei das Sparguthaben bei der Bewertung der Grundschuld nicht abzuziehen, weil das Darlehen nicht laufend, sondern erst – und dann in einem Zuge – getilgt werde, wenn die volle Ansparsumme erreicht sei. Vorher entstehe kein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld.

bb) Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass die Beklagte zu 3 im Zeitpunkt der

Übertragung ihres mit Grundschulden belasteten Grundstücks einen Anspruch auf zumindest teilweise Rückgewähr der zugunsten der Bausparkasse bestellten Grundschuld hatte.

(1) Das Berufungsgericht hat es unterlassen, anhand der im vorliegenden Fall abgeschlossenen Verträge aufzuklären, ob und in welcher Weise der Darlehensvertrag und der Ansparvertrag miteinander verknüpft waren. Möglicherweise handelt es sich um die Kombination eines Zwischendarlehens- und eines Bauspardarlehensvertrages (vgl. dazu BGH, WM 2005, 1076, 1078; *Ganter* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 96 Rdnr. 149).

(2) Dieses in der Praxis weit verbreitete Finanzierungsmodell ist regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass die Zwischendarlehensforderung vorläufig nicht bedient wird. Der Schuldner leistet stattdessen allein Zahlungen auf den parallel abgeschlossenen Bausparvertrag. Hat dieser die Zuteilungsreife erreicht, wird das zugeteilte Bauspardarlehen nicht ausbezahlt, sondern mit der Zwischendarlehensforderung, welche die Bausparkasse sich hat abtreten lassen, verrechnet. Die dem Darlehensgeber bestellte Grundschuld, die bisher nicht nur die originär eigenen Ansprüche der Bausparkasse, sondern auch die abtretungsweise erworbenen Forderungen aus dem Zwischendarlehen gesichert hat, sichert fortan lediglich noch die Bauspardarlehensforderung. Diese besteht aber nur in der um das Sparguthaben verminderten Höhe. Darüber hinaus ist die Grundschuld nicht mehr valuiert. Insofern hat der Eigentümer somit einen Rückgewähranspruch. Der Rückgewähranspruch besteht auch schon vor der Zuteilungsreife, solange das Vertragsverhältnis ungestört verläuft, insbesondere die Sparraten in der im Voraus festgelegten Höhe erbracht werden. Er ist lediglich (aufschiebend) befristet oder bedingt auf den absehbaren Zeitpunkt der Zuteilung. Der Rückgewähranspruch kann, auch soweit er befristet oder bedingt ist, gepfändet und überwiesen werden.

Gerät allerdings die Vertragsabwicklung vor Erreichen der Zuteilungsreife in die Krise, etwa weil der Eigentümer seine vertraglichen Sparleistungen nicht erbringt, so dass mit einer Zuteilung nicht mehr gerechnet werden kann, bedeutet dies den Eintritt des Sicherungsfalls. Hier wird die Grundschuld im Allgemeinen nicht zurückgewährt, sondern verwertet. Im vorliegenden Fall ist jedoch nichts dafür vorgetragen, dass mit dem Eintritt des Sicherungsfalls gerechnet werden muss.

(3) Hier wurde das Darlehen u. a. durch Abtretung aller Vertragsrechte des Bausparvertrages gesichert. Insofern liegt eine doppelte „Sicherheit“ vor: einmal durch die Grundschuld (vgl. BGH, WM 2005, 1076, 1078) und zum andern durch die abgetretenen Ansprüche auf das Bausparguthaben. In einem derartigen Fall hat grundsätzlich der Darlehensgeber/Sicherungsnehmer das Wahlrecht, aus welcher Sicherheit er sich befriedigen und welche er freigeben will (BGHZ 137, 212, 219; BGH, ZIP 2007, 588, 590). Dann ist er, selbst wenn eine Übersicherung vorliegt, nicht verpflichtet, gerade die Grundschuld (teilweise) zurückzugewähren.

Fraglich ist indes, ob die der Bestellung der Grundschuld zugrundeliegende Sicherungszweckvereinbarung nicht dahin auszulegen ist, dass der Grundschuldgläubiger (Bausparkasse) sich in Höhe des angesparten Guthabens nicht aus dem Grundstück befriedigen darf. Von dem Fall, den der Senat am 23.11.2006 (ZIP 2007, 588, 590) entschieden hat, unterscheidet sich der vorliegende dadurch, dass der Anspruch auf das Bausparguthaben von vornherein Tilgungszwecken dienen sollte. Er war somit nicht als Kreditsicherheit konzipiert (vgl. *Ganter* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rdnr. 18 f.).

cc) Die Ansicht der Vorinstanzen ist auch unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes bedenklich. Wäre der Umstand, dass der Schuldner den zur Rückzahlung des Darlehens dienenden Betrag auf einem besonderen Sparkonto des Darlehensgebers angesammelt hat, für die Bewertung der Grundpfandlast bedeutungslos, solange das Sparziel noch nicht ganz erreicht ist, könnten die Anfechtungsvorschriften leicht umgangen werden. Der Schuldner könnte dann die Anfechtung unter Hinweis auf die „wertausschöpfende Belastung“ abwehren und von dem Grundpfandgläubiger hätte er nichts zu befürchten, solange er dessen Forderung bedient. Der Gläubiger könnte auch nicht auf andere Weise auf das Sparguthaben zugreifen. Wegen seiner Zweckbindung wäre es unpfändbar (§ 399 BGB, § 851 ZPO; vgl. BGHZ 94, 316, 322; BGH, NJW 2000, 1270 = DNotZ 2000, 752).

dd) Falls der Eigentümer im Zeitpunkt der Übertragung seines mit Grundschulden belasteten Grundstücks einen Anspruch auf zumindest teilweise Rückgewähr einer Grundschuld hatte, lässt dies die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Grundstücksübertragung nicht entfallen. Allerdings hätte der Gläubiger einen Rückgewähranspruch des Eigentümers, seines Schuldners, pfänden und sich überweisen lassen können. Damit hätte er sich jedoch das Grundstück als Haftungsobjekt noch nicht zugänglich gemacht (vgl. BGH, NJW 1984, 2890, 2891; WM 1985, 427, 429; ZIP 2007, 588, 590). Der einziehbare Rückgewähranspruch gewährte dem Gläubiger zwar einen Anspruch auf Beteiligung an dem Versteigerungserlös. Der Gläubiger hatte jedoch keine Möglichkeit, die Grundstücksverwertung herbeizuführen. Eine Zwangsversteigerung aus dem persönlichen Titel hätte vorausgesetzt, dass das Grundstück dem Schuldner gehörte. Um aus § 1147 BGB vorgehen zu können, hätte der Gläubiger Grundschuldgläubiger sein müssen. Er hätte deshalb versuchen müssen, die Erfüllung des einziehbaren Rückgewähranspruchs durch (teilweise) Abtretung der Grundschuld zu erreichen. Dieser Weg wäre umständlich und risikobehaftet, für den Gläubiger also nachteilig.

Aus demselben Grund wird die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Grundstücksübertragung auch nicht durch die Anfechtung der Abtretung der Rückgewähransprüche beseitigt. (...)

## II. Die Klage gegen die Beklagten zu 3 und 4

Das Berufungsgericht hat die Nießbrauchsbestellung zugunsten der Beklagten zu 3 und 4 als nicht anfechtbar angesehen, weil schon die Grundstücksüberlassung an die Beklagten zu 1 und 2 nicht anfechtbar gewesen sei. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage kann nicht von dieser Voraussetzung ausgegangen werden (vgl. oben I.).

Falls die Grundstücksübertragung anfechtbar sein sollte, kann auch das Begehren, dass die Beklagten zu 3 und 4 von ihrem Nießbrauch der Zwangsvollstreckung der Klägerin keinen Gebrauch machen dürfen, begründet sein.

Allerdings ist die Nießbrauchsbestellung nicht durch einen der Schuldner, insbesondere nicht durch die Beklagte zu 3, sondern von den Erwerbern ihres Grundstücks vorgenommen worden. Diese können jedoch ihrerseits in wenigstens entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 2 AnfG einer Anfechtung ausgesetzt sein (vgl. BGHZ 130, 314, 317).

Zwar ist der Nießbrauch, den die Söhne ihren Eltern bestellt haben, pfändbar, weil § 1059 Satz 2 BGB die Überlassung der Ausübung auch ohne besondere Gestattung vorsieht (BGHZ 62, 133, 138; 166, 1, 3 f.; BGH, WM 1995, 1735, 1737). Dies schließt die Gläubigerbenachteiligung durch die Weggabe des Grundstücks aus dem Vermögen der Beklagten zu 3 jedoch nicht aus.

## C.

Die Anschlussrevision ist zulässig und führt ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung. (...)

2. Falls die Anfechtung der Grundstücksübertragung – wie es die Revision der Klägerin erstrebt – durchgreift, erfasst sie nicht ohne weiteres auch die Ansprüche auf Rückgewähr nicht mehr valutierter Grundschulden. Dafür bedarf es vielmehr zusätzlich der Anfechtung der Abtretung der Rückgewähransprüche.

a) In einer älteren Entscheidung hat der Senat die Meinung vertreten, in einem derartigen Fall stellen die Übertragung des Grundeigentums und die Abtretung der Rückgewähransprüche einen einheitlichen Lebensvorgang dar (BGH, WM 1985, 427 = DNotZ 1985, 699). Daran kann nicht festgehalten werden. Die Rückgewähransprüche standen zunächst der Beklagten zu 3 als Grundstückseigentümerin und Sicherungsgeberin zu. Mit der Veräußerung des Grundstücks an die Beklagten zu 1 und zu 2 gingen die Rückgewähransprüche nicht auf die Erwerber über; dies geschah vielmehr allein infolge der zusätzlichen Abtretung (vgl. *Ganter* in Schimansky/Lunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rdnr. 622).

Wenn nur die Grundstücksübertragung angefochten wird, nicht jedoch die Abtretung der Rückgewähransprüche, kann der Gläubiger sein Ziel, ohne Rücksicht auf die vorhandenen Grundpfandlasten in das Grundstück vollstrecken zu können, nur erreichen, wenn der neue Eigentümer (Anfechtungsgegner) die nicht mehr valutierten Grundschulden löschen lässt. Wählt dieser jedoch die zweite oder dritte Variante der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, den Verzicht auf die Grundschulden, die damit nach § 1168 Abs. 1 BGB zu Eigentümergrundschulden werden, oder die Grundschuldabtretung, so ist das beschriebene Ziel für den Gläubiger nicht erreichbar. Die Anfechtung der Abtretung der Ansprüche auf Grundschuldrückgewähr ist also zur Abrundung des Gläubigerschutzes erforderlich.

b) Ob die Klägerin durch die Abtretung der Rückgewähransprüche benachteiligt worden ist, hängt davon ab, ob die tatsächliche Höhe der noch offenen Darlehensforderungen, die durch Grundpfandrechte abgesichert sind, und die im Falle einer Zwangsversteigerung zu erwartenden Kosten den Verkehrswert des übertragenen Grundstücks erschöpfen. Dies ist bislang – wie oben unter B. 1.2 ausgeführt – nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

c) Der Vortrag des Beklagten zu 1, seine Mutter habe die streitgegenständlichen Rückgewähransprüche bereits vor dem Grundstücksübertragungsvertrag an die nachrangigen Grundschuldgläubiger abgetreten, ist unerheblich. Falls die gegen die vorrangigen Grundschuldgläubiger bestehenden Ansprüche an den letztangigen Grundschuldgläubiger, die U.-Bank, abgetreten sein sollten, betraf die Abtretung an die Beklagten zu 1 und 2 den Rückgewähranspruch gegen die U.-Bank. Diesen hat die Beklagte zu 3 aus ihrem Vermögen weggegeben.

3. Weder von der Anfechtung der Grundstücksübertragung noch von der Anfechtung der Abtretung erfasst wird der Vorgang, der das Entstehen von Rückgewähransprüchen auslöst, insbesondere die gesonderte Leistung des Schuldners, durch welche die gesicherten Forderungen zurückgeführt werden. Solche Leistungen müssen eigens angefochten werden. Eine darauf bezogene gesonderte und ausdrückliche Anfechtungserklärung ist freilich nicht erforderlich. Ob der Sachvortrag der Klägerin ausreicht, um eine Anfechtung dieser Leistungen auch im vorliegenden Fall annehmen zu können (vgl. BGHZ 101, 286, 266; 135, 140, 149 f.; BGH, ZIP 2004, 671, 672), hat das Berufungsgericht nicht geprüft.

## D.

Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, hat eine Zurückverweisung in die Berufungsinstanz zu erfolgen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, wie sich die valuierten Grundschulden bis zum neuerlichen Schluss der mündlichen Verhandlung entwickelt haben. Insbesondere wird es den Fragen nachgehen müssen, inwiefern Zinsrückstände angefallen sind und wie sich der Stand des Sparguthabens bei der Bausparkasse entwickelt hat. Falls die valuierten Belastungen hernach unter 195.000 € liegen sollten, wird es den aktuellen Wert der Immobilie ermitteln müssen.

19. BGB § 1365 Abs. 1; ZVG § 181 (*Teilungsversteigerung durch Ehegatten*)

**Stellt der Miteigentumsanteil an einem Grundstück das ganze Vermögen eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten dar, bedarf sein Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung der Zustimmung des anderen Ehegatten.**

BGH, Beschluss vom 14.6.2007, V ZB 102/06

**Hinweis der Schriftleitung:**

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW 2007, 3124.

## Beurkundungs- und Notarrecht

20. BeurkG § 17 Abs. 2 a (*Beurkundung von Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeitern*)

1. **Die in § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG genannte Pflicht, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich bzw. durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, stellt eine unbedingte Amtspflicht des Notars dar.**
2. **Die Amtspflicht aus § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG greift bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld jedenfalls dann ein, wenn in die Urkunde ein abstraktes Schuldversprechen eines Verbrauchers aufgenommen wird.**
3. **Notariatsangestellte sind im Grundsatz keine Vertrauenspersonen des Verbrauchers im Sinne der genannten Vorschrift.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 6.7.2007, Not 1/07

Der Antragsteller ist Notar. Er wendet sich mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen eine Missbilligung, die ihm der Antragsgegner wegen des Vorwurfs ausgesprochen hat, Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeiterinnen als bevollmächtigte Vertreter unter Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG beurkundet zu haben.

In dem Bericht des Notarprüfers zur Amtsführung des Antragstellers vom 12.12.2002 wurde beanstandet, dass einer Notariatsmitarbeiterin in einer Vielzahl von Fällen bei Grundstückskaufverträgen Vollmachten u. a. zur Bestellung von Grundpfandrechten eingeräumt worden seien. Diese Praxis sei bei Verbraucherverträgen nach § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG nicht mehr zulässig, weil es sich bei der Mitarbeiterin nicht um eine Vertrauensperson im Sinne dieser Vorschrift

handele. Der Antragsteller führte in seiner Stellungnahme zum Prüfungsbericht aus, er teile diese Auffassung nicht und werde auch künftig weiterhin so wie bisher verfahren. Ihm wurde daraufhin von dem Antragsgegner ein Vermerk des Notarprüfers zu dem aus seiner Sicht gegebenen Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 1 BeurkG nebst Arbeitsmaterialien übersandt, die diese Auffassung stützten.

Anlässlich einer erneuten Prüfung der Amtsführung am stellte die Notarprüferin fest, dass auch in dem neuen Prüfungszeitraum seitens des Antragstellers in einer Vielzahl von Fällen Grundpfandbestellungen einschließlich der Erklärung über die Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Mitwirkung von Notariatsmitarbeiterinnen beurkundet worden seien, die dort als Vertreterinnen der Erwerber aufgetreten seien. Der Prüfungsbericht nennt konkret eine Urkunde aus dem Jahre 2003 und fünf Urkunden aus dem Jahre 2005.

Unter Verweis auf diesen Prüfungsbericht hat der Antragsgegner dem Antragsteller gemäß § 94 Abs. 1 BNotO eine Missbilligung ausgesprochen und zur Begründung ausgeführt, bei der Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts durch einen Verbraucher gegenüber einer Bank handele es sich entgegen der von dem Antragsteller in der von ihm zuvor hergegebenen Stellungnahme um einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG.

Gegen diese Verfügung hat der Antragsteller rechtzeitig Beschwerde eingelegt, die von der Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen OLG zurückgewiesen wurde. Der Antragsteller hat nun Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem Senat für Notarsachen gestellt.

*Aus den Gründen:*

## II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach §§ 94 Abs. 2 Satz 5 und 6, 75 Abs. 5 Satz 2 bis 4 BNotO zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Er hat aber in der Sache keinen Erfolg, weil der Antragsgegner die Missbilligung nach § 94 Abs. 1 BNotO wegen der Verletzung einer Amtspflicht mit zutreffenden Erwägungen ausgesprochen hat.

Der Antragsteller hat jedenfalls in fünf der in der Verfügung genannten sechs Fällen aus den Jahren 2003 und 2005 gegen die Pflicht aus § 17 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BeurkG verstoßen, wonach der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken soll, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor ihm – dem Notar – abgegeben werden. Dieser Verpflichtung ist der Antragsteller nicht nachgekommen, weil er in den genannten Fällen Finanzierungsgrundschulden unter Mitwirkung von Mitarbeiterinnen seines Notariats als Vertreterinnen der Verbraucher beurkundet hat. Nach Einführung der Norm zum 1.8.2002 hat zwar eine Minderansicht in der Literatur diese Praxis noch für vertretbar gehalten. Tatsächlich hat sich aber die weit überwiegende Zahl der Stimmen seit 2002 in sorgfältiger Auseinandersetzung mit dieser Minderansicht dahin geäußert, dass die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden unter § 17 Abs. 2 a Satz 1 Nr. 1 BeurkG fällt und Notariatsmitarbeiter im Grundsatz keine Vertrauenspersonen im Sinne dieser Vorschrift sein können. Diese Mehrheitsmeinung hat Einfluss gefunden in die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zur praktischen Umsetzung der genannten Norm in deren Rundschreiben Nr. 20/03 vom 28.4.2003 (abgedruckt etwa bei *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl. 2006, Anhang S. 428). Dem Antragsteller waren die entscheidenden Argumente bereits zuvor durch den Antragsgegner im Zusammenhang mit der Diskussion über den Bericht des Notarprüfers vom 12.12.2002 ausführlich dargelegt worden (unter Beifügung einer Arbeitsunterlage von *Brambring* als Vertreter der Mehrheitsansicht, vgl. etwa FGPrax 2003, 147). Aus diesen Hinweisen und spätestens seit dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer kannte der Antragsteller mithin die dort – wie sogleich aufzuzeigen sein wird – zutreffend dargelegte Rechtslage, über die er sich aber in der Folgezeit jedenfalls mit fünf der in der angegriffenen Verfügung des

Antragsgegners genannten Beurkundungen hinweggesetzt hat. Deshalb ist die ihm gegenüber nunmehr ausgesprochene Missbilligung nicht zu beanstanden.

1. Die in § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG genannte Pflicht, bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich bzw. durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden, stellt eine unbedingte Amtspflicht des Notars dar, an deren Verletzung eine Ahndung durch Missbilligung anknüpfen kann. Die Auffassung des Antragstellers, die in der betreffenden Norm genannte Pflicht sei rechtlich nicht genau einzuordnen und stelle jedenfalls keine Amtspflicht dar, ist nicht zutreffend.

Allerdings hat das Beurkundungsgesetz bis zur Einführung der Vorschrift den Terminus „Hinwirkungspflicht“ nicht gekannt. Unterschieden wurde zwischen Muss- und Sollvorschriften, wobei aber auch letztere unbedingte Amtspflichten des Notars darstellen, von denen er nicht etwa nach freiem Ermessen abweichen darf (vgl. *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 17 Rdnr. 104). Schon der Wortlaut des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG gibt keinen Anhalt, dass es sich bei der neuen Pflicht um eine solche handeln könnte, über deren Befolgung oder Nichtbefolgung der Notar nach freiem Ermessen entscheiden kann. Vielmehr heißt es dort ausdrücklich, dass der Notar auf die persönliche Anwesenheit des Verbrauchers bzw. der Vertrauensperson hinwirken „soll“ (in den Gesetzesmaterialien wird deshalb auch von einer Soll-Vorschrift gesprochen, die mit Mitteln der Notaraufsicht durchzusetzen sei, BT-Drucks. 14/9266, S. 50). Diese Formulierung macht weiter deutlich, dass es hier nicht um eine bloße Hinweispflicht gehen kann, sondern der Notar verpflichtet ist, sich für die Einhaltung des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens – nämlich der grundsätzlichen Anwesenheit des Verbrauchers oder einer Vertrauensperson bei der Beurkundung – einzusetzen. Soweit in der Literatur zunächst vereinzelt vertreten worden ist, es handele sich um eine reine Hinweispflicht (nämlich *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280 – dieser spricht inzwischen allerdings von einer „qualifizierten Hinweispflicht“, die er ersichtlich nunmehr auch als Amtspflicht ansieht, vgl. *ders.*, RNotZ 2006, 180, 188 f.), ist dem schon in zahlreichen literarischen Äußerungen der Jahre 2002/2003 ganz überwiegend nicht gefolgt worden und ist in der Folge auch in die genannte Anwendungsempfehlung der Bundesnotarkammer aufgenommen worden, dass die Hinwirkungspflicht eine unbedingte Amtspflicht des Notars beinhalte, sich effektiv für eine Einhaltung des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens einzusetzen (für eine Amtspflicht, an deren Verletzung disziplinarische Folgen anknüpfen können, sprechen sich etwa aus: *Lerch*, BeurkG, § 17 Rdnr. 56 f. – er hält die gegenteilige Meinung von *Litzenburger* für „absolut abwegig“ –; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 103–107; *Frenz* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 17 Rdnr. 39 d; *Helms*, ZNotP 2005, 13; *Brambring*, FGPrax 2003, 147, 149; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 328 f.).

Dem folgt auch der Senat. Schon der Wortlaut, aber erst Recht Sinn und Zweck der Norm lassen sich nicht mit der Auffassung vereinbaren, es handele sich hier um eine bloße – ggf. qualifizierte – Hinweispflicht, deren Erfüllung in freiem Ermessen des Notars stehen könnte. Mit den Vorgaben der Vorschrift soll vielmehr erreicht werden, dass Verbraucher bei Erklärungen, die sie im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen beurkunden lassen, durch ihre Anwesenheit vor dem Notar oder jedenfalls durch Anwesenheit eines Interessenvertreters ihres Vertrauens geschützt werden, weil Belehrungen ihnen dann unmittelbar erteilt werden können und sie Gelegenheit haben, klärungsbedürftige Fragen selbst anzuspre-

chen. Wenn der Gesetzgeber dem Notar vor diesem Hintergrund vorschreibt, er solle auf die Anwesenheit hinwirken, verpflichtete er ihn verbindlich und im Sinne einer Amtspflicht, sich für dieses Ziel effektiv und mit Nachdruck einzusetzen.

2. Die in der Verfügung des Antragsgegners beanstandeten Beurkundungsverfahren betreffen jedenfalls wegen der in fünf der sechs Urkunden aufgenommenen abstrakten Schuldversprechen auch rechtsgeschäftliche Erklärungen von Verbrauchern bei Verbraucherverträgen, weshalb die Hinwirkungspflicht aus § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG bestand.

a) Die Hinwirkungspflicht aus der genannten Norm greift bereits dann ein, wenn nur das rechtsgeschäftliche Angebot des Verbrauchers oder nur die Annahme des Angebotes eines Unternehmers durch den Verbraucher in der Urkunde enthalten ist (*Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 95; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 602; *Blaeschke*, RNotZ 2005, 330, 344; *Böhringer*, BW-NotZ 2003, 6).

b) Der Begriff des Verbrauchervertrages wird in § 17 Abs. 2 a BeurkG nicht näher erläutert, findet sich allerdings – ohne dass das Beurkundungsgesetz auf diese Norm unmittelbar verweist – in § 310 Abs. 3 BGB definiert. Dabei handelt es sich um eine Vorschrift, die systematisch im 2. Buch des BGB „Recht der Schuldverhältnisse“ zu finden ist. Die Einigung über die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld i. S. d. § 873 Abs. 1 BGB ist jedoch ein dinglicher Vertrag (vgl. dazu *Palandt/Bassenge*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 873 Rdnr. 9). Deshalb meint der Antragsteller, es gehe hier nicht um einen Verbrauchervertrag. Allerdings wird bereits im Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 28.4.2003 darauf hingewiesen, dass der Begriff Verbrauchervertrag aus dem europäischen Recht stamme, welches keine Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Verträgen trifft. Vor diesem Hintergrund wird auch § 310 Abs. 3 BGB ausgelegt und trotz der systematischen Stellung der Norm vertreten, dass Verbraucherverträge aller Art erfasst würden (*MünchKommBGB/Basedow*, 5. Aufl., § 310 Rdnr. 25 f.), mithin auch dingliche Verträge (so ausdrücklich etwa *Berger* in *Prütting/Wegner/Weinrich*, BGB, 2006, § 310 Rdnr. 6 mit Verweis auf § 305 Rdnr. 2). In zahlreichen Äußerungen zu § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG wird ohne Problematisierung dieser Frage ohne weiteres davon ausgegangen, dass auch sachenrechtliche Verträge wie die Einigung über die Grundschuldbestellung Verbraucherverträge im Sinne dieser Vorschrift seien, die die Hinwirkungspflicht auslösen würden (*Lerch*, BeurkG, § 17 Rdnr. 55; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 95; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 602; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 331; *Amann* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 4. Aufl. 2006, A VI Rdnr. 25; *Blaeschke*, RNotZ 2005, 330, 344; *Böhringer*, BWNotZ 2003, 6; *Frenz* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 17 Rdnr. 39 c und *Harder/Fürter*, SchlHA 2007, 229, 232).

c) Der Senat kann diese Problematik aber letztlich ebenso offenlassen wie die weitere Frage, ob im Hinblick auf die dingliche Einigung über die Bestellung einer Grundschuld die Hinwirkungspflicht des Notars aus § 17 Abs. 2 a Satz 2 Ziff. 1 BeurkG selbst dann besteht, wenn auch das Angebot des Verbrauchers auf Abschluss des dinglichen Vertrages, dass die Grundschuld entstehen und dem Gläubiger zustehen soll (zu diesem Inhalt der dinglichen Einigung vgl. *Gaberdie*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 2000, Rdnr. 146), wegen der grundsätzlichen Formfreiheit der dinglichen Einigung im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB (*Palandt/Bassenge*, § 873 Rdnr. 9; *Amann* in *Beck'sches Notarhandbuch*, A VI Rdnr. 24; *Gaberdie*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 146) nicht ausdrücklich beurkundet wird, sondern nur die einsei-

tigen grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärungen (Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO und Eintragungsantrag nach § 13 GBO; vgl. dazu *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A VI Rdnr. 24 und *Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Anhang 3). Dafür könnte immerhin der Umstand sprechen, dass § 17 Abs. 2 a Satz 1, 2 Ziff. 1 BeurkG nicht ausdrücklich die Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Verbrauchers zur Voraussetzung der Hinwirkungspflicht macht, sondern nur ein Beurkundungsverfahren verlangt, in dessen Zusammenhang rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Verbrauchers auf Abschluss eines Verbrauchervertrages abgegeben werden. Vertreten wird, dass die Urkunden jedenfalls konkludent die materielle Einigungserklärung gemäß § 873 BGB enthalten sollen, die der Verbraucher der Bank im Wege der Zuleitung des Dokumentes durch den Notar übermittelt und die wiederum konkludent durch das Ansinnen der Bank, den Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt auch in ihrem Namen zu stellen, angenommen wird (so *Grigas*, BWNNotZ 2003, 104, 105; vgl. auch *Harder/Fürter*, SchlHA 2007, 229, 232; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 138).

Im vorliegenden Fall enthalten immerhin fünf der sechs in der Verfügung des Antragsgegners angesprochenen Urkunden – die dem Senat von dem Antragssteller auf Anforderung nebst den zugrundeliegenden Kaufverträgen in Kopie vorgelegt worden sind – die ausdrückliche Erklärung des Sicherungsgebers, dass die Grundschuld zugunsten des jeweiligen Gläubigers bestellt werden soll, und damit das Angebot auf Abschluss des dinglichen Vertrages.

d) Entscheidend ist jedoch letztlich, dass mit Ausnahme der Urkunde Nr. ... in sämtlichen fünf übrigen Urkunden die persönliche Haftungsübernahme für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der vereinbarten Grundschuld erklärt wird, also eine Vertragserklärung des Darlehensnehmers i. S. d. § 780 BGB (vgl. dazu nur *Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 291 ff.). Bei dem abstrakten Schuldversprechen zwischen dem Darlehensnehmer als versprechendem Verbraucher und der Bank handelt es sich aber (anders als bei der einseitigen Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) um einen Verbrauchervertrag.

Angesichts dieses Inhaltes ging es in jedenfalls fünf der in der Verfügung des Antragsgegners beanstandeten Beurkundungsvorgängen unabhängig von den aufgeworfenen Fragen um Verbraucherverträge i. S. v. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Ziff. 1 BeurkG und griff bereits deshalb die in dieser Norm genannte Hinwirkungspflicht ein.

e) Bei der Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld und den in diesem Zusammenhang von der Bank weiter verlangten Erklärungen des Schuldners geht es auch keineswegs um ein bloßes Vollzugsgeschäft des Kaufvertrages, das aus diesem Grund aus dem Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Ziff. 1 BeurkG herausfallen könnte. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass an der Einigung über die Bestellung der Grundschuld wie auch an den abstrakten Schuldversprechen nicht die Parteien des Kaufvertrages, sondern der Käufer und die finanzierende Bank beteiligt sind. Der Kaufvertrag als solcher kann auch ohne die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durchgeführt werden. Auf diese Gesichtspunkte hat bereits das Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 28.4.2003 zutreffend hingewiesen. Sofern die Richtlinien einzelner Notarkammern vor dem Inkrafttreten der hier fraglichen Vorschrift die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten als Vollzugsgeschäft bezeichnet haben (Aufzählung bei *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 331), lässt sich dies jedenfalls nun nicht mehr vertreten, weil die

Bestellung von Grundpfandrechten zwischen einem Verbraucher i. S. d. § 13 BGB und dem Kreditinstitut als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB ebenso wie die abstrakten Schuldversprechen eigenständige Verbrauchergeschäfte darstellen (vgl. ebenso *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 138; *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 17 Rdnr. 39 e; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 602; *Böhringer*, BWNNotZ 2003, 6, 7; a. A. allerdings *Grigas*, BWNNotZ 2003, 104, 106).

3. Schließlich ist eine Notariatsangestellte jedenfalls dann keine Vertrauensperson im Sinne der genannten Vorschrift, wenn nicht im Einzelfall der Verbraucher selbst den Vorschlag gemacht hat, bei der Beurkundung durch sie vertreten zu werden. Dieser Sonderfall liegt hier nicht vor.

Vertrauenspersonen sind nach Sinn und Zweck der Norm nur solche Personen, die im eigenen Lager des Verbrauchers stehen und also seine Interessen einseitig wahrnehmen. Ausdrücklich ist bereits in der Gesetzesbegründung erwähnt, dass solche Vertreter nach dem Normzweck ferngehalten werden sollen, die konkurrierende Fremd- und/oder eigene Interessen vertreten (BT-Drucks. 14/9266, S. 50 f.). Der Notar selbst hat sich neutral zu verhalten und soll die Interessen beider Seiten angemessen berücksichtigen. Dementsprechend können auch seine Mitarbeiter nicht als allein im Lager des Verbrauchers stehend angesehen werden. Sie scheiden vielmehr im Grundsatz nach Sinn und Zweck der Norm als Vertrauenspersonen aus, weil von ihnen keine einseitige Interessenwahrnehmung für den Verbraucher gegenüber der Finanzierungsbank erwartet werden kann. Auch dies ist in den Empfehlungen der Bundesnotarkammer deutlich zum Ausdruck gebracht worden (ebenso etwa *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 602 f.; *Lerch*, BeurkG, § 17 Rdnr. 60; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 123; *Brambring*, FGPrax 2003, 147, 150; *Blaeschke*, RNotZ 2005, 330, 344; *Schmucker*, ZNotB 2003, 243 f.; *Böhringer*, BWNNotZ 2003, 6, 7).

Soweit zunächst in der Literatur auch vereinzelt abweichende Auffassungen vertreten worden sind (*Grigas*, BWNNotZ 2003, 104, 106; *Maaß*, ZNotB 2004, 216; weiterhin wohl auch *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180, 188), handelt es sich ersichtlich um eine (interessenorientierte) Minderansicht, die schon mit dem auf der Hand liegenden Gesetzeszweck nicht vereinbart werden kann.

4. Die in den Schlussbestimmungen der jeweiligen Kaufverträge enthaltenen Belehrungen des Antragstellers betreffend die Vollmachten, das bankübliche Verlangen der dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung und „das üblicherweise in den Grundpfandrechtsbestellungsunterlagen enthaltene abstrakte Schuldanerkenntnis und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ als zusätzliche, unter Umständen auch für andere Verbindlichkeiten der Käufer zu verwendende Sicherheit reichen nicht aus, um die Pflicht aus § 17 Abs. 2 a Satz 2 Ziff. 1 BeurkG entfallen zu lassen. Denn der Gesetzgeber verlangt die Hinwirkung des Notars, dass der Verbraucher persönlich oder eine Vertrauensperson bei dem Beurkundungsverfahren, auf das sich die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in Zusammenhang mit Verbraucherverträgen beziehen – hier also bei der Beurkundung der Finanzierungsgrundschuld –, anwesend ist. Die Beurkundung des Kaufvertrages betrifft demgegenüber ein anderes Geschäft mit einem anderen Beteiligten, nämlich dem Verkäufer. Einzelheiten der Finanzierung des Käufers müssen und werden dort zumeist nicht besprochen und stehen jedenfalls nicht im Mittelpunkt. Der Senat verkennt nicht, dass sich der Käufer im Zeitpunkt der Beurkundung der Finanzierungsgrundschuld schuldrechtlich in aller Regel schon bindend gegenüber der Bank verpflichtet und deshalb aufgrund einer ihm von dem Notar erteilten Belehrung kaum eine realistische Änderungschance hat. Immerhin

behält die persönliche Anwesenheit mit der Möglichkeit einer ausführlichen Belehrung ihren Sinn insoweit, als dem Verbraucher die Reichweite seiner im Zusammenhang mit der Grundschuldbestellung abgegebenen Erklärungen deutlich gemacht wird und er sich darauf – etwa wegen der Erklärung nach § 780 BGB – für zukünftige Entwicklungen einstellen kann.

5. Vor diesem gesamten Hintergrund hat der Antragsteller schuldhaft gegen die genannte Amtspflicht jedenfalls in fünf von sechs Fällen aus dem Jahre 2003 und insbesondere aus dem Jahre 2005 verstoßen, die in der angegriffenen Verfügung des Antragstellers genannt werden.

Dem Antragsteller ist durch den Antragsgegner die Auslegung der Vorschrift nach der ganz herrschenden Meinung, die sich nicht zuletzt auch auf die Gesetzesmaterialien stützen kann, unmissverständlich unter Beifügung von Arbeitsmaterialien deutlich gemacht worden. Er musste auch die Anwendungsempfehlung der Bundesnotarkammer und die dortige überzeugende Auseinandersetzung mit der Problematik zur Kenntnis nehmen. Der Antragsteller hat sich aber trotz der Belehrung durch den Antragsgegner in dem Prüfbericht von Ende 2002 und der anschließenden Diskussion nicht bereit gefunden, auf die ihm gegebenen Hinweise einzugehen, obwohl er überzeugende Gegenargumente nicht nennen kann.

Er hat deshalb eine Amtspflichtverletzung begangen, für die eine Ahndung durch Ausspruch der Missbilligung nach § 94 Abs. 1 BNotO als ausreichend, aber auch erforderlich anzusehen ist. Die angegriffene Verfügung des Antragsgegners ist mithin nicht zu beanstanden.

## Kostenrecht

21. KostO §§ 156, 20 Abs. 1, 18 Abs. 2 Satz 2; FGG § 28 Abs. 2 (*Nutzungsentschädigung bleibt bei Geschäftswert unberücksichtigt*)

- Das OLG München muss eine Sache nicht dem BGH vorlegen, wenn es von einer Entscheidung des BayObLG abweichen will. Die Pflicht zur Vorlegung entfällt nämlich, wenn das Gericht, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, nicht mehr besteht, aus dem Reichsgebiet ausgeschieden ist oder wenn die Zuständigkeit auf das jetzt entscheidende OLG übergegangen ist.**
- Dient die Beurkundung eines Kaufvertrags ausdrücklich der Vermeidung der Enteignung, so bleiben in den Kaufvertrag aufgenommene Nutzungsentschädigungen für die Zeit der vorzeitigen Besitzeinweisung oder vorzeitigen Besitzüberlassung, die durch Verzinsung der Entschädigung ab dem Zeitpunkt des Besitzübergangs auf den Enteignungsbegünstigten geleistet werden, bei der Bemessung des Geschäftswert nach § 18 Abs. 2 KostO außer Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 4.9.2007, 32 Wx 104/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München a. D.

Der Kostengläubiger beurkundete einen Kaufvertrag, mit dem ein Grundabtretter zur Vermeidung der Enteignung und zur Durchführung einer Baumaßnahme für eine Bundesautobahn verschiedene Grundstücksflächen an die Kostenschuldnerin verkaufte. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Kostenschuldnerin, eine vorläufige Gesamtentschädigung von 142.358,70 €, eine vorläufige Verzinsung von 172.857,58 € für die Zeit vom 1.6.1985 bis 30.10.2006, die auf Grundlage des in NJW-RR 1998, 444 veröffentlichten BGH-Urteils vom 28.11.1997 (V ZR 240/96) berechnet wurde, sowie Anwaltskosten in Höhe einer  $\frac{30}{10}$ -Gebühr nach § 11 BRAGO zu zahlen.

Der Kostengläubiger legte seiner Tätigkeit einen Geschäftswert von 317.216,28 € zugrunde, welcher sich aus den vorgenannten Beträgen sowie aus geschätzten Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.000 € zusammensetzte.

Gegen diese Rechnung wandte sich die Kostenschuldnerin mit der Begründung, Zinsen und Rechtsanwaltskosten seien bei der Bemessung des Geschäftswerts nach § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO nicht zu berücksichtigen.

*Aus den Gründen:*

Die Akten waren nicht gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem BGH vorzulegen.

1. Die Abweichung von der Entscheidung des BayObLG vom 21.9.1966 (MittBayNot 1966, 365) führt nicht zur Vorlage, da das BayObLG nicht mehr besteht. Die Pflicht zur Vorlegung entfällt, wenn das Gericht, von dessen Entscheidung abgewichen wird, nicht mehr besteht, aus dem Reichsgebiet ausgeschieden ist, oder wenn die Zuständigkeit auf das jetzt entscheidende OLG übergegangen ist (*Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 11 m. w. N.; *Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 22).

2. Die Entscheidungen BGH (MDR 1971, 2003), OLG Hamm (JurBüro 1973, 145), OLG Köln (MDR 1969, 771) und OLG Koblenz (JurBüro 1999, 197) betreffen entweder andere Rechtsfragen oder sind nicht in einem Verfahren über die weitere Beschwerde ergangen (§ 28 Abs. 2 FGG).

### III.

Die zugelassene weitere Beschwerde ist begründet.

1. Die Entscheidung ist nicht schon deshalb aufzuheben, weil das LG nicht beachtet hat, dass mangels Zitierung der genauen Auslagenvorschriften keine ordnungsgemäße, dem § 154 KostO entsprechende Notarrechnung vorliegt.

Der Notar muss zwar die seine Kosten rechtfertigenden Kostenvorschriften in der Kostenberechnung vollständig angeben. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und eventuelle weitere Untergliederungen aufzuführen (OLG Hamm, JurBüro 1981, 419; OLG Düsseldorf, JurBüro 1983, 1244; BayObLG, JurBüro 1984, 1228). Dies gilt auch für Auslagen (BayObLG, DNotZ 1984, 646; OLG München, MittBayNot 2006, 306) jedenfalls dann, wenn sich der angewendete Gebührentatbestand nicht aus den Gesamtumständen ergibt (OLG Hamm, JurBüro 1992, 343; BGH, NJW-RR 2007, 784). Die erforderlichen Untergliederungen haben sich an der zu zitierenden gesetzlichen Vorschrift zu orientieren. Nennt eine gesetzliche Vorschrift neben Absätzen auch Nummern und sind diese weiter nach Buchstaben unterteilt, sind auch letztere zu zitieren.

Der Beschwerdegegner hat jedoch eine dem Zitiergebot genügende Rechnung im Laufe des Verfahrens der weiteren Beschwerde nachgereicht. Wenngleich in diesem Verfahren in der Regel keine neuen Tatsachen vorgetragen werden können, macht die Rechtsprechung aus Gründen der Prozessökonomie dann eine Ausnahme, wenn die neuen Tatsachen ohne weitere Ermittlungen feststehen, weil sie sich unzweideutig aus den Akten ergeben (*Keidel/Meyer-Holz*, FGG, § 27 Rdnr. 45 m. w. N.). Dies ist bei der Vorlage der neuen Rechnung der Fall (vgl. auch OLG München, FGPrax 2006, 180 = MittBayNot 2007, 102).

2. Das LG hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet: Zwar sei nach § 18 Abs. 2 KostO nur der Hauptgegenstand für die Bewertung maßgebend. Nach § 20 Abs. 1 KostO sei in jedem Falle der Kaufpreis maßgebend, also der Nennbetrag der Geldleistung ohne Rücksicht auf Fälligkeit und Verzinsung. Die nach Kaufvertrag zu leistenden „Zinsen“ seien jedoch

keine Zinsen i. S. d. § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO, deshalb sei maßgebend die Gesamtschädigung. Auch die zu erstattenden Rechtsanwaltskosten seien zusätzlich zu bewerten.

3. Die Ausführungen des LG halten der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO).

a) Für die Bestimmung des Geschäftswerts ist auf § 20 Abs. 1 KostO abzustellen: Maßgebend ist danach der Kaufpreis bzw. der höhere Wert des Grundstücks. Zwar sind vom Käufer übernommene oder zusätzlich infolge der Veräußerung obliegende Leistungen hinzuzurechnen, doch haben auch hier Früchte, Nutzungen, Zinsen, Vertragsstrafen und Kosten nach § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO außer Betracht zu bleiben, sofern sie nicht Gegenstand eines besonderen Geschäfts sind. Nach der Rechtsprechung des BGH (WM 1969, 101; BauR 1970, 168) fallen nach Verzinsungsregeln berechnete Nutzungsentschädigungen für die vorzeitige Besitzeinweisung (vgl. Art. 13 Abs. 2, Art. 39 Abs. 4 BayEG) oder vorzeitige Besitzüberlassung unter diese Vorschrift, weil der Gesetzgeber diesen Anspruch als Nebenanspruch ausgestattet hat.

Diese Rechtsanwaltsgebühren und Gerichtskosten betreffende Entscheidungen sind auf Beurkundungsgebühren dann zu übertragen, wenn der beurkundete Abschluss des Kaufvertrags, wie hier, ausdrücklich zur Vermeidung der Enteignung erfolgt (vgl. auch OLG Zweibrücken, MDR 1987, 334).

b) Gleiches gilt für die nach dem Vertrag zu erstattenden Rechtsanwaltskosten von 2.000 €. Im Übrigen würden auch diese bei Hinzurechnung keine höhere Gebühr zum Anfall bringen. (...)

#### Anmerkung:

Das LG Regensburg hat im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu Recht die Auffassung vertreten, dass unter Beachtung des § 18 Abs. 2 KostO die nach dem Kaufvertrag zu leistenden Zinsen als Entschädigung für die vergangene Nutzung des Grundstücks keine Zinsen i. S. v. § 18 Abs. 2 KostO seien. Nach dem Kaufvertrag hatte der Straßenbaulastträger neben einem Kaufpreis für die vorzeitige Nutzungsüberlassung eine nach Verzinsungsregeln berechnete Nutzungsentschädigung zu zahlen (Art. 13 Abs. 2, Art. 39 Abs. 4 BayEG). Kaufpreis und Nutzungsentschädigung wurden zu einer „Gesamtschädigung“ zusammengefasst. Der 32. Zivilsenat hat unter Aufhebung der Entscheidung des LG entschieden, dass sich der Geschäftswert nur nach dem Kaufpreis bestimmt. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH<sup>1</sup> seien die Zinsen deshalb nicht zu berücksichtigen, weil der Gesetzgeber diesen Anspruch als Nebenanspruch ausgestattet hat. Da der Kaufvertrag zur Vermeidung der Enteignung erfolgt sei, gelte dies auch für die vom Straßenbaulastträger übernommenen Rechtsanwaltskosten.<sup>2</sup>

Der Auffassung des OLG München kann nicht zugestimmt werden.

Dem Senat ist zwar im Hinblick auf seine Ausführungen beizupflichten, dass Nutzungsentschädigungen für die vorzeitige Besitzeinweisung auch dann Nebenleistungen sind, wenn die Entschädigung in der Form einer Verzinsungsregelung getroffen wird. Das spricht aber noch nicht für das vom Senat gewonnene kostenrechtliche Ergebnis. Bei einer Enteignung sind solche Entschädigungen kraft Gesetzes an den Veräußerer zu erstatten (Art. 43 Abs. 1 BayEG). Demgegenüber steht

dem Veräußerer beim freihändigen Verkauf, auch wenn dieser zur Vermeidung einer Enteignung erfolgt, von Gesetzes wegen kein Erstattungsanspruch zu. Hierzu muss sich der Straßenbaulastträger im Kaufvertrag verpflichten, da Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 BayEG ein Schlechterstellungsverbot normiert.<sup>3</sup> Der Veräußerer kann auch nur den im Kaufvertrag begründeten Anspruch gegen den Straßenbaulastträger durchsetzen. Aus diesen Gründen wird in der Rechtsprechung der zutreffende Standpunkt vertreten, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Nutzungsentschädigung als Nebenleistung vom Beurkundungserfordernis des § 311 b BGB erfasst wird.<sup>4</sup> Mit Recht kommt das BayObLG<sup>5</sup> mit dem OLG Köln<sup>6</sup> zum Ergebnis, dass die als Besitzüberlassungsentschädigung deklarierten Zinsbeträge als weitere Gegenleistungen dem Kaufpreis gemäß § 20 Abs. 1 KostO hinzuzurechnen sind.

Gleiches gilt für die vom Straßenbaulastträger übernommenen Rechtsanwaltskosten. Es trifft zu, dass im Falle einer Enteignung auch die Rechtsanwaltskosten, die dem Eigentümer in dieser Angelegenheit entstanden sind, kraft Gesetzes zu erstatten sind.<sup>7</sup> Erfolgt jedoch der Erwerb, wie hier, durch einen freihändigen Verkauf, ist zur Durchsetzung eines Erstattungsanspruchs durch den Eigentümer eine Verpflichtung des Straßenbaulastträgers erforderlich. Das ist auch dann der Fall, wenn der freihändige Erwerb zur Vermeidung einer Enteignung erfolgt.

Das OLG München stützt sich bei seiner Entscheidung im Wesentlichen auf ein Urteil des BGH.<sup>8</sup> Dort hatte der BGH darüber zu entscheiden, inwieweit dem Eigentümer die durch ein Enteignungsverfahren verursachten Kosten zu erstatten waren (z. B. Rechtsanwaltskosten). Es ging um die Frage, aus welchem Gegenstandswert die Anwaltskosten zu berechnen waren. Hierzu hat der BGH entschieden, dass nur der Entschädigungsbetrag, der von der Enteignungsbehörde festgesetzt worden ist, maßgebend sei und nicht etwa weitere Entschädigungsbeträge, die als Nebenleistungen zu werten seien. Dieser Sachverhalt kann aber nach hier vertretener Auffassung nicht auf einen vom Notar beurkundeten Kaufvertrag übertragen werden, in welchem die weiteren Leistungen beziffert werden und zugunsten des Eigentümers ein Erstattungsanspruch durch Vereinbarung begründet wird. Mit diesen Vereinbarungen werden die Besitzeinweisungsentschädigungen und die Rechtsanwaltskosten neben dem Kaufpreis selbst Hauptgegenstand, § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO ist nicht einschlägig. Maßgeblich ist hier für die Bewertung die zivilrechtliche Betrachtung.<sup>9</sup> Werden „Nebengegenstände“ dem Hauptgegenstand derart zugeschlagen, dass sie zum Teil des Hauptgegenstandes werden, so sind sie nicht mehr Nebengegenstand, z. B. wenn vertragsmäßig Zinsen zum Kapital geschlagen werden.<sup>10</sup> So verhält es sich hier, denn in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Kaufvertrag wurde mit dem Eigentümer eine Gesamtschädigung vereinbart, welche die nach den Regeln einer Verzinsung berechnete Entschädigung für die vorzeitige Besitzeinweisung einschließt.

<sup>3</sup> So auch BGH, NJW 1966, 2012.

<sup>4</sup> Vgl. BayObLG, DNotZ 1979, 180; OLG München, MittBayNot 1991, 19.

<sup>5</sup> MittBayNot 1966, 365.

<sup>6</sup> MDR 1969, 771.

<sup>7</sup> Art. 43 Abs. 1 BayEG, § 121 Abs. 2 BauGB; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 121 Rdnr. 13.

<sup>8</sup> WM 1969, 101.

<sup>9</sup> Vgl. *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 20 Rdnr. 7 a.

<sup>10</sup> *Schwarz* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 18 Rdnr. 7.

<sup>1</sup> WM 1969, 101; BauR 1970, 168.

<sup>2</sup> OLG Zweibrücken, MDR 1987, 334.

Das OLG München weicht von der Entscheidung des Bay-OblG vom 21.9.1966<sup>11</sup> ab, sah sich aber als Nachfolgericht nicht verpflichtet, die weitere Beschwerde an den BGH vorzulegen. Eine Vorlagepflicht sah der Senat auch nicht im Hinblick auf die Entscheidungen des BGH<sup>12</sup>, OLG Hamm<sup>13</sup>, OLG Köln<sup>14</sup> und OLG Koblenz<sup>15</sup> mit teilweise abweichenden Auffassungen jedoch zu anderen Fallgestaltungen. Insbesondere der BGH hatte zu einem Enteignungsverfahren zu entscheiden, während die vom OLG München entschiedene Rechtsfrage einen freihändigen Kaufvertrag betraf. Dem kann man bei enger Auslegung folgen. Dennoch hätte die Abweichung von der Entscheidung des OLG Köln<sup>16</sup> eine Vorlage rechtfertigen und einer weiteren Vereinheitlichung der Rechtsprechung dienen können.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

<sup>11</sup> MittBayNot 1966, 365.

<sup>12</sup> MDR 1971, 2003.

<sup>13</sup> JurBüro 1973, 145.

<sup>14</sup> MDR 1969, 771.

<sup>15</sup> JurBüro 1999, 197.

<sup>16</sup> MDR 1969, 771.

22. KostO §§ 45, 146 Abs. 2, 147 Abs. 2 (*Vollzugsgebühr bei Übersendung einer Löschungsbewilligung*)

**Übersendet der Notar eine Löschungsbewilligung, für die er eine Unterschrift beglaubigt hat, an den nicht mit dem Unterschreibenden identischen Begünstigten zum Zweck der Eintragung im Grundbuch, erhält er neben der Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO auch eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO.**

OLG München, Beschluss vom 4.9.2007, 32 Wx 114/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München a. D.

Der Kostengläubiger beglaubigte die Unterschrift des Geschäftsführers der Kostenschuldnerin zu 2 unter einer Löschungsbewilligung für eine Sicherungshypothek über 80.426,39 DM, übersandte diese an einen Dritten und stellte u. a. eine „Übermittlungsgebühr“ nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert von 10 % des Geschäftswertes in Rechnung.

Da sich der für diese Rechnung nach § 3 Nr. 2 KostO einstehende Kostenschuldner zu 1 gegen diese Berechnung der Übermittlungsgebühr wandte, legte der Kostengläubiger die Sache dem LG nach § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO vor.

Das LG bestätigte die Notarrechnung und ließ die weitere Beschwerde zu.

*Aus den Gründen:*

1. Das LG hat Folgendes ausgeführt:

Übersendet der Notar bei Unterschriftsbeglaubigungen ein Schriftstück auf Verlangen eines Beteiligten, so stehe ihm neben der Beglaubigungsgebühr eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu. Die Gebühr des § 45 KostO decke nur die Beglaubigungstätigkeit ab und erfasse nicht die Weiterleitung an einen Dritten. Die Amtstätigkeit sei mit der Aushändigung des Beglaubigungsvermerks an den die Unterschrift leistenden Beteiligten abgeschlossen. Da das Hauptgeschäft für die Frage, ob ein Nebengeschäft vorliege, entscheidend sei, führe auch § 35 KostO zu keinem anderen Ergebnis. § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO sei eine Ausnahmenvorschrift, die nicht auf andere Tätigkeiten erstreckt werden könne.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO).

Der Senat teilt mit dem LG die Annahme des OLG Hamm (NotBZ 2002, 266), dass die Übermittlung der Löschungsbewilligung, unter der die Unterschrift beglaubigt wurde, weder mit der Gebühr des § 45 KostO abgegolten sei noch die Übermittlung ein kostenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstelle, ist aber der Auffassung, dass die Übermittlung an eine dritte Person vorliegend dem Vollzug der Löschung dient, so dass neben der Beglaubigungsgebühr eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO aus dem vollen Geschäftswert anzusetzen ist.

a) Der Abgeltungsbereich der nach § 45 KostO für die Unterschriftsbeglaubigung zu erhebenden Gebühr in Höhe eines Viertels der vollen Gebühr ist sehr eng. Diese Gebühr deckt lediglich die für die Unterschriftsbeglaubigung als solche erforderliche Tätigkeit des Notars ab, also neben dem in § 40 BeurkG beschriebenen Beglaubigungsvorgang die Feststellung der Person der Beteiligten sowie die Durchsicht der Erklärung zum Zweck der Feststellung, ob Gründe zur Versagung der Amtstätigkeit bestehen. Hingegen trägt der Notar bei der reinen Unterschriftsbeglaubigung keine Verantwortung für den Inhalt der abgegebenen Erklärung. Vielmehr ist seine Amtstätigkeit abgeschlossen, wenn er dem Beteiligten die Erklärung mit dem Beglaubigungsvermerk zur weiteren Verwendung aushändigt. Dementsprechend liegen alle weiteren Tätigkeiten des Notars, die er zum Zustandekommen oder Vollzug des mit der beglaubigten Erklärung beabsichtigten Rechtsgeschäfts vornimmt (hier: Übersendung der Genehmigungserklärung an den Berechtigten zum Zweck der Eintragung im Grundbuch) außerhalb seiner notariellen Amtstätigkeit bei der Unterschriftsbeglaubigung (OLG Hamm, NotBZ 2002, 266). Zwar ist Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO alles, was mit dem Hauptgeschäft so eng zusammenhängt, dass es nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt und somit alles, was zur Förderung und Herbeiführung des Rechtserfolgs des Hauptgeschäfts erforderlich ist (*Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., § 35 KostO Rdnr. 4 f.). Die Beglaubigung hat jedoch nicht als Haupterfolg die Durchführung der Löschung, sondern ist nach den obigen Ausführungen bereits abgeschlossen, wenn er dem Beteiligten die Erklärung mit dem Beglaubigungsvermerk zur weiteren Verwendung aushändigt (vgl. auch *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 147 Rdnr. 135 a; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand August 2006, § 147 Rdnr. 30). Dies kann auch aus dem Rechtsgedanken des § 146 Abs. 2 KostO entnommen werden, wonach der Notar, wenn der Notar bei den dort bestimmten Gegenständen nur eine Unterschriftsbeglaubigung vorgenommen hat, für den Vollzug eine zusätzliche Gebühr erhalten soll, bei Beurkundung aber nur, wenn Anträge oder Beschwerden tatsächlich oder rechtlich begründet werden (§ 146 Abs. 3 KostO).

b) Der Senat sieht aber in der Übersendung eine Vollzugsbehandlung, so dass der Notar richtigerweise die Übermittlungstätigkeit nach § 146 Abs. 2, 4 KostO, nicht aber nach § 147 Abs. 2 KostO abrechnen müsste. Der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs ist nach Ansicht des Senats nicht auf die dingliche Erfüllung des beurkundeten Grundstücksgeschäfts beschränkt, sondern kostenrechtlich zu verstehen. Dem Vollzug dienen hiernach alle Tätigkeiten, die zu den schuldrechtlichen oder dinglichen Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (so OLG Hamm, OLG 2002, 146, 147; OLG

Düsseldorf, JurBüro 2002, 45, 46 und JurBüro 1994, 497; OLG Zweibrücken, JurBüro 1997, 658; OLG Braunschweig, Nds. RpfL 1993, 233; OLG Frankfurt, DNotZ 1990, 321; OLG Schleswig, JurBüro 1987, 1393; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 146 Rdnr. 4 und 27; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Vollzugsgebühr“ Ziff. 1.6.5; *Mümmeler*, JurBüro 1994, 498; vgl. auch *Hartmann*, Kostengesetze, § 146 KostO Rdnr. 19 „Löschungsunterlagen“).

c) Da jedoch das Gericht bei einem mit dem Ziel der Gebührenherabsetzung eingelegten Rechtsmittel keine Gebührenerhöhung vornehmen darf (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 156 Rdnr. 58), hat es bei der Rechnung zu verbleiben.

d) Die Gebührenerhebung für die Übermittlung hat auch nicht gemäß § 141, § 16 Abs. 1 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung zu unterbleiben. Zwar hat der Notar von mehreren möglichen Gestaltungsmöglichkeiten die billigste, gleich sichere, sachdienliche und übliche zu wählen (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 16 Rdnr. 51 f.; BayObLG, JurBüro 2001, 151). Verletzt der Notar diese aus § 24 BNotO (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 16 Rdnr. 49), nach a. A. aus § 17 BeurkG (OLG Köln, JurBüro 1990, 75, 78; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 118) herrührende Pflicht, so sind auch die durch die unrichtige Vorgehensweise verursachten Mehrkosten gemäß §§ 141, 16 Abs. 1 KostO nicht zu erheben bzw. zurückzuerstatten (KG, DNotZ 1970, 437, 438; BayObLG, JurBüro 2001, 151). Der Aufwand höherer Kosten ist jedoch nach den obigen Grundsätzen gerechtfertigt, wenn Gründe für einen anderen Weg als den kostengünstigsten sprechen; diese Voraussetzung ist auch dann gegeben, wenn eine in Notarkostenfragen erkennbar erfahrene Person oder, wie hier, ein von einem Notar vertretener Beteiligter eine bestimmte Verfahrensweise anregt. In diesem Fall braucht der Notar in der Regel nicht klären, wieso gerade diese nicht kostensparende Vorgehensweise gewählt wurde. Dies gilt vor allem, wenn der Kostenunterschied zur kostensparendsten Vorgehensweise nicht besonders ins Gewicht fällt.

3. Eine Vorlage an den BGH ist nicht erforderlich, da der Senat nur in der Begründung, nicht jedoch im Ergebnis des vorliegenden Falles von der Rechtsprechung des OLG Hamm abweicht (*Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 13).

### Anmerkung:

Die Entscheidung hat schon vehemente Ablehnung von *Tiedtke*<sup>1</sup> und *Filzek*<sup>2</sup> erfahren. Weitere Stellungnahmen ähnlichen Inhalts werden vermutlich folgen. Dass der Begriff des „Vollzugs“ neuerdings wieder ins Gerede gekommen ist,<sup>3</sup> ist freilich kein Wunder. Notarkostenrecht – soweit der Begriff „Recht“ überhaupt anwendbar ist – ist schon von Haus aus chaotisch, was auf den chaotischen Charakter allen Abgabenrechts (vor allem natürlich des gesamten Steuerrechts), die niedrige gesetzestechnische Güte der Kostenordnung und auf eine jahrzehntealte Rechtsprechung zurückzuführen ist, die mehr die unterschiedliche soziale Orientierung der Richter denn das Bemühen um eine vernünftige Systematisierung widerspiegelt. Wie kann sich eine vernünftige Systematisierung darstellen?

Der Notar erbringt seine justiziell organisierten Dienste überwiegend im zivilrechtlichen Bereich. Eine Kostenordnung muss sich deshalb so weit wie möglich am bürgerlichen Recht und den dazugehörigen Verfahrensordnungen orientieren, in denen sich der Notar bewegt. Diese Orientierung fehlt dem § 146 KostO, weil der dort gebrauchte Begriff „Vollzug“ nirgendwo in der Rechtsordnung analog verwendet wird. „Vollzogen“ werden in der Rechtssprache Gesetze („vollziehende Gewalt“ in Art. 1 GG) und Verordnungen (wie in § 7 der Klär-schlammVO); vollzogen werden Haftbefehle, Strafen im Strafvollzug und andere hoheitliche Entscheidungen aller Art, die Befehle enthalten (wie Arreste, einstweilige Anordnungen, Zustellungen oder Nachtragsverteilungen im Insolvenzverfahren). „Vollzogen“, das heißt hier einfach vorgenommen, ausgeführt, wie auch eine Unterschrift i. S. v. § 40 Abs. 1 BeurkG. Ein „Geschäft“ wie in § 146 Abs. 1 KostO wird nirgendwo „vollzogen“.

Will man sich dennoch am Zivilrecht orientieren, so scheint der Begriff des Vollzugs eines Geschäfts noch am nächsten verwandt mit § 527 BGB, in dem von der „Vollziehung“ einer Auflage die Rede ist, was nichts anderes bedeutet als die Erfüllung einer dem Schenker gegenüber bestehenden Verpflichtung. Bedeutet Tätigwerden „zum Zwecke des Vollzugs des Geschäfts“ also zum Zweck der Erfüllung des Geschäfts? Ein solches Verständnis passt nicht ganz zu § 146 Abs. 2 KostO,<sup>4</sup> der eine viel einfachere Interpretation nahelegt: „Vollzogen“ werden – ganz im Sinne des sonstigen juristischen Sprachgebrauchs – Anträge. Auch in Abs. 3 der Vorschrift geht es um „Anträge oder Beschwerden“. Um Anträge geht es auch in Abs. 1 Satz 1. Hs. 2, wenn dort die „Einholung des Zeugnisses nach § 28 Abs. 1 des Baugesetzbuchs“ geregelt wird. Diese Verweise auf Anträge und Beschwerden, die den Kern des Gesetzestextes selbst ausmachen, wiegen schwerer als die Verwandtschaft des Begriffs „Vollzug“ mit der „Vollziehung“ des § 527 BGB. § 146 KostO meint also alle Fälle, in denen der Notar im Auftrag der Beteiligten Anträge stellt oder Beschwerden führt, ausgenommen nur die in § 147 Abs. 4 KostO genannten Anträge (Grundbuchanträge, Registeranträge usw.). Diese Interpretation deckt sich auch zwanglos mit der vom BGH ganz anders verstandenen amtlichen Begründung, wonach die Einholung der vormundtschaftlichen Genehmigung Vollzugstätigkeit sei. Die „Erfüllungstheorie“ ist also in der Tat falsch, aber das legt keinesfalls ein, wie der BGH formuliert, „weites Begriffsverständnis“ nahe.

Was haben Rechtsprechung und auch Rechtsliteratur aus der bei näherem Zusehen doch einfach gestrickten Vorschrift des § 146 KostO gemacht! Der BGH stellt in seinem Beschluss vom 12.7.2007<sup>5</sup> ausführlich dar, welche Phantasien sich an der simplen Vorschrift entzündet haben; das muss hier nicht wiederholt werden. Wenn er sich aber dafür entscheidet, den Begriff des Vollzugs „kostenrechtlich“ zu verstehen, dann beseitigt er angesichts dessen, dass dieser Begriff sonst im ganzen Kostenrecht nicht vorkommt und also schwerlich in einen kostenrechtlichen Bezug gesetzt werden kann, einfach alle Grenzen. Jeder kann jetzt jede Tätigkeit des Notars, die nicht direkt in einer Beurkundung besteht, als „Vollzug“ bezeichnen. Je nach Geschmack kann er damit dem Notar Gebühren verschaffen, die ihm schwerlich gebühren (z. B. die Vollzugsgebühr aus einem Millionenkaufpreis für die Löschung einer abgewerteten Kleinst-Hypothek), oder ihm Gebühren entziehen für Tätigkeiten, zu denen er nicht einmal verpflichtet ist.

1 ZNotP 2007, 439.

2 NotBZ 2007, 449.

3 Vor allem durch die Entscheidung des BGH vom 12.7.2007, MittBayNot 2008, 71 (dazu *Tiedtke*, MittBayNot 2008, 23).

4 Insofern zutreffend BGH, MittBayNot 2008, 71.

5 Oben Fn. 3.

Zu Letzterem gehört die überkommene, aber auch keineswegs aus dem Gesetzestext abzuleitende Meinung, der Notar bekomme für Anträge und Beschwerden, die nicht unter § 146 Abs. 3 KostO fallen, gar nichts, auch keine Gebühr nach § 147 KostO.<sup>6</sup> Eine sonderbare Logik, dass der, der lediglich nicht unter § 146 fällt, auch nicht nach § 147 zu entlohnen sei! Jurisprudenz hat früher einmal als Hort der Logik gegolten (in der berühmten Basler Gelehrtenfamilie *Bernoulli* hat man entweder als Professor der Mathematik begonnen und als Professor der Jurisprudenz geendet oder umgekehrt). Nun ja, wir haben es eben mit Abgabenrecht zu tun.

Angesichts all dieser Ungereimtheiten kann man das OLG München gar nicht ernsthaft kritisieren, wenn es den schon gegebenen Ungereimtheiten eine weitere hinzugefügt hat. Wenn der Vollzugsbegriff „kostenrechtlich“, also gänzlich konturlos zu interpretieren ist, wüsste ich nicht, warum nicht auch das Versenden einer Löschungsbewilligung Vollzug sein kann. Fast hegt man den Verdacht, der Senat des OLG habe den BGH – ohne ihn zu nennen – absichtlich ad absurdum führen wollen (was ihm aus meiner Sicht gelungen ist). Ungerechtfertigt auch die Kritik,<sup>7</sup> das OLG hätte wegen Abweichung von der Entscheidung des OLG Hamm vom 24.7.2001<sup>8</sup> an den BGH vorlegen müssen. Auch wenn ein OLG seine Entscheidung abweichend von der eines anderen OLG begründet, kommt eine Vorlage nur in Betracht, wenn die unterschiedliche Begründung auch zu einer inhaltlich abweichenden Entscheidung führen würde;<sup>9</sup> dies war hier, wie der Senat richtig festgestellt hat, nicht der Fall, weil die Beschwerde auch bei Anwendung des § 147 KostO unbegründet war.

Wie soll es weitergehen? Kostenrecht muss einfach sein. Es ist kontraproduktiv, wenn die Rechtsprechung es ermöglicht, im Anschluss an einen einfachen Vorgang über höchst komplizierte Kostenrechtsfragen prozessieren zu können und zu müssen. Der richtige Weg kann also nur in der Rückkehr zu einer möglichst schlichten Auslegung der Kostengesetze liegen. Dass das Kostenrecht durch ein wenig plumpe Pauschalierungen gelegentlich zu Ergebnissen kommt, die einem verfeinerten Rechtsgefühl nicht immer gerecht werden, sollte hingenommen werden. § 146 KostO ist eine einfache, leicht verständliche Vorschrift, die sich ausschließlich mit der kostenrechtlichen Behandlung von Anträgen und Beschwerden befasst; das reicht doch!

Notar a. D. Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

<sup>6</sup> BayObLG, MittBayNot 1979, 249; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 146 Rdnr. 4, richtig aber Rdnr. 4 e.

<sup>7</sup> *Filzek*, NotBZ 2007, 449.

<sup>8</sup> RNotZ 2002, 516 m. Anm. *Schmidt*.

<sup>9</sup> BGH, NJW-RR 1998, 1457; NZM 2005, 627.

23. KostO § 30 Abs. 1, § 30 Abs. 2 (*Geschäftswert eines Wohnungsbesetzungsrechts*)

**Steht die Eintragung eines Wohnungsbesetzungsrechts nicht im Zusammenhang mit der Gewährung eines Aufwendungszuschusses oder eines zinsverbilligten Darlehens oder der Verpflichtung zur verbilligten Vermietung der Wohnung, ist der Geschäftswert für die Eintragung dieses Rechts nach § 30 Abs. 2 KostO regelmäßig auf 3.000 € festzusetzen. Hohe Grundstückswerte können bei der Frage der Erhöhung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO mit einer angemessenen Quote berücksichtigt werden.**

OLG München, Beschluss vom 20.9.2007, 32 Wx 138/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München a. D.

Das AG – Grundbuchamt – nahm die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für das Bundeseisenbahnvermögen zur Absicherung der Vergabe von Wohnungen an wohnungssuchende und wohnungsberechtigte Eisenbahner (Wohnungsbesetzungsrecht) auf neun näher bezeichnete Wohnungen vor und legte für den Geschäftswert jeweils 20 % des Immobilienwerts zu Grunde. Dabei nahm es an, dass genügend Anhaltspunkte für eine Bestimmung des Geschäftswertes nach § 30 Abs. 1 KostO bestünden.

Auf die dagegen vom Beteiligten zu 2 eingelegte Beschwerde änderte das LG diesen Beschluss dahingehend ab, dass der Geschäftswert für die Eintragung der Wohnungsbesetzungsrechte je Wohnung auf 3.000 € festgesetzt wird. Ferner ließ es die weitere Beschwerde zu.

*Aus den Gründen:*

1. Das LG hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Der Geschäftswert sei nach § 30 Abs. 2 KostO auf 3.000 € festzusetzen, da eine ungefähre Schätzung aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte im vorliegenden Falle nicht möglich sei. Das Wohnungsbesetzungsrecht sei nicht im Zusammenhang mit der Gewährung eines Aufwendungszuschusses oder eines Darlehens gewährt worden. Auch den Mietern würden keine schätzbaren Vorteile gewährt. Vielmehr werde das Wohnungsbesetzungsrecht im Rahmen der nachwirkenden sozialen Fürsorge eingeräumt. § 24 KostO könne nicht entsprechend Anwendung finden, da der Berechtigte kein Recht auf Nutzung erwerbe, sondern der Eigentümer nur in der Ausübung seines Rechts beschränkt werde. Der Grundstückswert stelle kein Indiz für den Wert der Dienstbarkeit dar.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 30 Abs. 3 Satz 5, § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Zu Recht hat das LG bei der Bemessung des Geschäftswerts für die Eintragung des Wohnungsbesetzungsrechts § 30 Abs. 2 KostO Anwendung finden lassen.

Wonach der Wert in diesen Fällen zu bemessen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Einigkeit besteht noch insoweit, dass sich der Wert solcher Dienstbarkeiten nicht nach den §§ 22, 24 KostO bestimmt, sondern seine Grundlage in § 30 KostO findet (vgl. KG, DNotZ 1969, 49; BayObLG, Rpfleger 1985, 330). Streitig ist aber, wie die Wertbemessung innerhalb dieses gesetzlichen Anwendungsbereichs zu erfolgen hat. Nach einer Ansicht ist der Wert gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen, wobei auf der einen Seite der Mietwert der Wohnungen bzw. ein Bruchteil davon als Schätzungsgrundlage herangezogen wird (so OLG Braunschweig Kostenrechtsprechung § 30 KostO Nr. 6; ablehnend *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Mai 2006, § 30 Rdnr. 18) und auf der anderen Seite der Aufwendungszuschuss – sei es als Darlehen oder als verlorener Zuschuss – bzw. ein Bruchteil davon zur Schätzungsanknüpfung verwandt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 1992, 177). Nach anderer Ansicht fehlt es in solchen Fallgestaltungen regelmäßig an genügend konkreten Anhaltspunkten für eine Schätzung, so dass auf den Regelgeschäftswert gemäß § 30 Abs. 2 KostO zurückzugreifen ist (KG, DNotZ 1969, 49; OLG Oldenburg, Rpfleger 1994, 273; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 18; vgl. zum Ganzen auch *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 30 Rdnr. 87).

Nach Ansicht des Senats ist zu unterscheiden, ob für die Gewährung des Wohnungsbesetzungsrechts ein Aufwendungszuschuss oder ein Darlehen günstiger als zu Marktbedingungen gewährt wird oder dies nicht der Fall ist. Im ersteren Fall

bietet nämlich diese Gegenleistung (Zuschuss bzw. Zinsvergünstigung) genügend Anhaltspunkte zur Bewertung nach § 30 Abs. 1 KostO. Gleiches kann gelten, wenn der Grundstückseigentümer verpflichtet ist, zu einem unter der Vergleichsmiete liegenden Mietzins die Wohnung anzubieten. In anderen Fällen, wie auch im vorliegenden Fall, ist § 30 Abs. 2 KostO anzuwenden, da hier regelmäßig keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Schätzung vorliegen.

Der kapitalisierte Mietwert oder der Grundstückswert als solcher bietet keinen genügenden tatsächlichen Anhaltspunkt zur Schätzung, da diese durch das Wohnungsbesetzungsrecht nicht beeinflusst werden.

b) Bei der Bewertung nach § 30 Abs. 2 KostO ist von einem Regelwert von 3.000 € auszugehen, wobei allerdings nach der Lage des Falles ein höherer oder niedriger Betrag, höchstens jedoch 500.000 €, angenommen werden kann (§ 30 Abs. 2 Satz 2 KostO). Hierbei kann dann auch der Grundstückswert einfließen, da bei einem Verkauf das Bestehen des Wohnungsbesetzungsrechts den Kaufpreis allein schon wegen dessen Lästigkeit für den Erwerber beeinflussen kann.

Gleichwohl hat es bei der Geschäftswertfestsetzung des LG zu verbleiben, da sich diese noch im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens hält. Die vom LG festgesetzten Geschäftswerte für die Eintragung der Wohnungsbesetzungsrechte bewegen sich im Bereich zwischen 4,22 % und 5,22 % der vom Rechtsmittelführer ermittelten, nicht besonders hohen Grundstückswerte und sind daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Sie hierzu auch den Beitrag von *Wimmer*, MittBayNot 2008, 105 (in diesem Heft).

## Öffentliches Recht

24. BGB § 528 Abs. 1; SGB XII § 2 Abs. 1 (*Realisierungsmöglichkeit eines Anspruchs aus § 528 BGB schließt Sozialhilfe aus*)

**Die Realisierung eines Rückforderungsanspruchs des Schenkers gegenüber dem Beschenkten ist ein Weg der möglichen Selbsthilfe, die der Sozialhilfeträger fordern kann. Ein Rechtsanspruch auf Leistungen durch den Beschenkten steht einem Sozialhilfeanspruch jedoch nur dann entgegen, wenn es sich um ein bereites Mittel der Selbsthilfe handelt, der Beschenkte also grundsätzlich leistungsbereit und -fähig ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.9.2007, L 9 SO 19/06

*Aus den Gründen:*

Gemäß § 2 Abs. 1 BSHG in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung erhält nämlich Sozialhilfe nicht, wer sich selbst helfen kann oder wer die erforderliche Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Gemäß § 2 Abs. 1 SGB XII in der ab 1.1.2005 geltenden Fassung, der an die Stelle von § 2 Abs. 1 BSHG getreten ist, erhält Sozialhilfe nicht, wer sich vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Sozialhilfe erhält nach den genannten Vorschriften soweit nicht, wer sich selbst helfen

kann. Dabei muss der Hilfesuchende sich auch auf künftige Möglichkeiten zur Bedarfsdeckung verweisen lassen, soweit sie in angemessener Frist zu verwirklichen sind. Es wäre mit dem Nachranggrundsatz nicht zu vereinbaren, wenn der Einzelne sich ohne Rücksicht auf die Möglichkeit, seinen Bedarf von dritter Seite zu befriedigen, an den Träger der Sozialhilfe mit der Bitte um Hilfe wenden könnte, um diesem dann die Durchsetzung seiner Ansprüche zu überlassen, wenn er selbst bei rechtzeitigem Tätigwerden eine Deckung seines Bedarfs hätte erreichen können. Insoweit ist die Realisierung von Leistungsverpflichtungen Dritter ein Weg der Möglichkeit der Selbsthilfe, deren Einsatz vom Sozialhilfeträger gefordert werden kann, bevor ein Anspruch auf Sozialhilfe entsteht.

Zu derartigen Leistungsverpflichtungen Dritter zählt insbesondere auch der Rückforderungsanspruch des Schenkers gegenüber dem Beschenkten wegen Verarmung gemäß § 528 Abs. 1 BGB.

Ein entsprechender Rückforderungsanspruch des Klägers gegenüber seinem Sohn steht dem geltend gemachten Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt entgegen.

Der Kläger hat seinem Sohn im Jahr 1998 einen Betrag von mindestens 21.000 DM aus dem Verkauf der Immobilie in C. zufließen lassen.

Der Kläger hat insoweit selbst vorgetragen, aus dem Verkauf der Immobilie (Kaufpreis: 500.000 DM) nach Abzug der auf dem Grundstück lastenden Verpflichtungen (197.800 DM) persönlich einen Erlös von 101.589,66 DM erzielt zu haben. Er hat weiter vorgetragen, für den Erwerb seines Anteils an der nunmehr bewohnten Immobilie 80.000 DM aufgewandt zu haben. Den Restbetrag hatte er zur freien Verfügung. Mit Schreiben vom 19.3.2004 hat der Kläger sodann ausgeführt, er habe den Restbetrag aus dem Verkauf der Immobilie in C. (den er nunmehr allerdings mit 30.588,77 DM beziffert) zur teilweisen Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten verwandt, die bei der Sparkasse C. im Jahr 1991 durch Umschuldung der früheren Betriebsverbindlichkeiten des Klägers seitens des Sohnes aufgelaufen seien. Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kläger zumindest einen Betrag i. H. v. 21.589,66 DM zur Tilgung der Schulden seines Sohnes aufgewandt hat. Dies wird seitens des Klägers im Übrigen auch nicht in Abrede gestellt. (...)

Ein Rechtsanspruch auf Hilfe durch einen Dritten steht einem Sozialhilfeanspruch jedoch nur dann entgegen, wenn der Anspruch rechtzeitig durchzusetzen ist, d. h. wenn seine Verwirklichung umgehend möglich erscheint und es sich deshalb um ein bereites Mittel der Selbsthilfe handelt (vgl. BVerwG, NJW 1992, 3312; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 5.4.1995, Bs IV 24/91 und VG Hamburg, Beschluss vom 16.6.1997, 5 VG 2431/97 m. w. N., jeweils n. v.).

Gemäß § 528 Abs. 1 BGB kann der Schenker von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen.

Da der Kläger außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, sind die Voraussetzungen des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt.

Der Rückerstattungsanspruch des Klägers gegenüber seinem Sohn ist umgehend zu verwirklichen und daher ein bereites Mittel der Selbsthilfe.

Der nach § 528 Abs. 1 Satz BGB gegebene Rückforderungsanspruch reicht nur soweit, wie der Notbedarf des Antragstellers vorliegt. Ist der eingetretene Notbedarf – wie hier – geringer als der Wert des Geschenks, so können nur die zur Bedarfsdeckung erforderlichen Teile herausverlangt werden, bei wiederkehrendem Bedarf also wiederkehrende Teilleistungen. Ein Rechtsanspruch auf Leistungen durch einen Dritten steht einem Sozialhilfeanspruch nur entgegen, wenn es sich um ein bereites Mittel der Selbsthilfe handelt (vgl. BayVGh, Fundstelle Bayern 2000, 770). Vorliegend hat der Kläger nach eigenen Angaben einen Anspruch gemäß § 528 Abs. 1 BGB gegenüber seinem Sohn bislang noch nicht geltend gemacht. Aufgrund der Bestätigung des Sohnes mit Schreiben vom 28.1.2004 und der Einlassung des Klägers in dem Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 28.4.2006 steht jedoch fest, dass der Kläger ständig Sachzuwendungen von seinem Sohn erhält. Der Senat geht insofern von einer grundsätzlichen Leistungsbereitschaft und -fähigkeit des Sohnes aus. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Sohn des Klägers der Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs rechtlich widersetzen würde. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Rückforderungsanspruch gemäß § 529 Abs. 2 BGB ausgeschlossen wäre. Danach ist der Rückforderungsanspruch ausgeschlossen, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtung außer Stande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne dass sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm Kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflicht gefährdet wird. (...)

## Steuerrecht

25. EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (*Veräußerung von Eigentumswohnungen als gewerblicher Grundstückshandel*)

**Die zeitnahe Veräußerung von Eigentumswohnungen nach Aufteilung eines erworbenen Mehrfamilienhauses stellt auch dann einen gewerblichen Grundstückshandel dar, wenn Investitionen zur Verbesserung der aufgeteilten Einheiten nicht getätigt wurden und die Veräußerung lediglich auf Druck eines Gläubigers erfolgte. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Beschluss vom 11.7.2007, X B 118/06

### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in BFH/NV 2007, 1916.

26. ErbStG §§ 7, 10; BGB §§ 328, 428, 430 (*Freigebiges Zuwendung – Einräumung Gesamtgläubigerschaft für ein Rentenstammrecht*)

**Räumen Kinder, denen ein Elternteil Vermögen übertragen hat, in derselben Urkunde beiden Eltern als Gesamtgläubigern ein Rentenstammrecht ein, liegt dem nur insoweit eine freigebiges Zuwendung des übertragenden Elternteils an den anderen zugrunde, als der andere Elternteil über die eingehenden Zahlungen im Innenverhältnis rechtlich und tatsächlich endgültig frei verfügen kann.**

BFH, Urteil vom 22.8.2007, II R 33/06

Mit notariellem Vertrag übertrug der Ehemann (M) der Klägerin den gemeinsamen Söhnen seine Gesellschaftsanteile an der A GmbH und an der A Verwaltungs-GbR. In § 3 der notariell beurkundeten Verein-

barung verpflichteten sich die Söhne zu einer Rentenzahlung. In § 3 Abs. 1 der Vereinbarung heißt es:

„X und Y verpflichten sich, an ihre Eltern, die Erschienenen zu 1 und 3, als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eine lebenslängliche Versorgungsrente bis zum Tod des Längstlebenden der Erschienenen zu 1 und 3 zu zahlen. Die ab dem 1.1.2001 zu zahlende monatliche Versorgungsrente beträgt 20.000 DM (in Worten: zwanzigtausend Deutsche Mark). Mit Wirkung vom 1.1.2011 an ermäßigt sich die Versorgungsrente auf monatlich 15.000 DM (in Worten: fünfzehntausend Deutsche Mark). Nach dem Tode des Erschienenen zu 1 [M] ermäßigt sich die an die Erschienenen zu 3 [Klägerin], falls sie den Erschienenen zu 1 überlebt, zu zahlende Rente auf 50% des zuletzt gezahlten Rentenbetrages. ...“

In der Folgezeit zahlten die Söhne die Rente auf ein Konto des M, für das die Klägerin Vollmacht hatte.

Das beklagte FA nahm einen steuerbaren Erwerb der Klägerin aus dem Vertrag an und setzte ihr gegenüber Schenkungsteuer fest. Dabei berechnete das FA den steuerpflichtigen Erwerb nach dem halben Kapitalwert der Rente, die zu Lebzeiten beider Ehegatten zu zahlen war, und dem Kapitalwert der Rente, die die Klägerin nach dem Tode des M beziehen sollte. Den besonderen Versorgungsfreibetrag gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 ErbStG verweigerte das FA, da er nur bei Tod des anderen Ehegatten gewährt werden könne.

Eine daraufhin geplante „Vertragsänderung“, nach der dem M allein der Rentenanspruch zustehen sollte, unterblieb, da das FA seine Absicht erkennen ließ, dieser Vertragsänderung in Bezug auf die Klägerin keine Bedeutung beimessen zu wollen.

Gegen die Festsetzung der Schenkungsteuer legte die Klägerin Einspruch ein. Beide Ehegatten seien bei Abschluss des Vertrages stillschweigend davon ausgegangen, dass der Rentenanspruch im Innenverhältnis ausschließlich dem M zustehen solle, da die Übertragung des betrieblichen Vermögens des M Grund für die Rentenvereinbarung gewesen sei. Auch habe M angenommen, mit der Einräumung der Gesamtgläubigerstellung seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück. Die Klägerin habe zivilrechtlich eine eigenständige Gläubigerstellung gegenüber ihren Söhnen erlangt.

Auch die Klage blieb erfolglos. Das FG war der Ansicht, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, dass im Innenverhältnis allein M habe bezugsberechtigt sein sollen. Die Rentenzahlungen seien auch keine steuerfreien Unterhaltsleistungen i. S. d. § 13 Abs. 1 Nr. 12 ErbStG, da diese Regelung nur laufende Zuwendungen für einen überschaubaren Zeitraum erfasse. Zudem habe die Klägerin aus unterhaltsrechtlichen Gründen keinen Anspruch auf eine derartige Zuwendung gehabt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Die Vorentscheidung wird aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Der vom FG festgestellte Sachverhalt lässt eine abschließende Beurteilung der Frage, ob die Klägerin durch das zu ihren Gunsten bestellte Stammrecht auf Kosten des M bereichert wurde, insbesondere, ob die Klägerin über die Rentenleistungen tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, nicht zu. Das FG hat insoweit zu Unrecht auf die Rechtsbeziehungen beider Ehegatten mit dem kontoführenden Kreditinstitut abgestellt.

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebiges Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Die Zuwendung ist freigebig, wenn sie (objektiv) unentgeltlich ist (BFH, DNotZ 1994, 554 m. Anm. *Schuck*).

aa) Gegenstand einer derartigen Zuwendung kann auch ein Rentenstammrecht sein. Dies braucht nicht vom Rentenverpflichteten selbst zugewendet zu werden, sondern kann durch

Vertrag zugunsten des Rentenberechtigten als Dritten (§ 328 Abs. 1 BGB) diesem von einer anderen Person (Versprechensempfänger) zugewendet worden sein. Ist dabei die Zuwendung so ausgestaltet, dass das Rentenstammrecht dem Zuwendenden und dem Dritten als Gesamtgläubigern zusteht, beschränkt sich der Gegenstand der Zuwendung auf die Verschaffung der Gesamtgläubigerstellung bezüglich des Rentenstammrechts. Eine Bereicherung i. S. d. § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG ist mit der Verschaffung einer derartigen Gesamtgläubigerstellung i. S. d. § 428 BGB allerdings nur insoweit verbunden, als der Bedachte über den Gegenstand der Zuwendung tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann (BFH, BStBl II 1985, S. 159; BFHE 162, 139 = NJW 1991, 2592, sowie BFH/NV 2001, 908). Die Befugnis zur freien Verfügung braucht dabei nicht das Rentenstammrecht als solches zu betreffen, zumal das Stammrecht im Zweifel gemäß § 399 BGB ohnehin nicht übertragbar ist (*Palandt/Sprau*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 759 Rdnr. 7). Vielmehr reicht es aus, wenn sich die Befugnis auf die Erträge in Gestalt der wiederkehrenden Rentenleistungen bezieht. In derartigen Fällen fehlt es aber insoweit an einer Bereicherung, als der bedachte Gesamtgläubiger gemäß § 430 BGB zum Ausgleich des Empfangenen verpflichtet ist oder aufgrund abweichender Vereinbarungen das Empfangene vollständig an den anderen Gesamtgläubiger herauszugeben hat.

bb) Handelt es sich bei dem Zuwendenden und demjenigen, dem die Gesamtgläubigerstellung bezüglich des Rentenstammrechts verschafft worden ist, um Eheleute mit einem Oder-Konto, auf das die einzelnen Rentenleistungen überwiesen werden, sind die Eheleute Gesamtgläubiger in zwei verschiedenen Rechtsverhältnissen. Das eine betrifft das Verhältnis zum Rentenverpflichteten, das andere das Verhältnis zum kontoführenden Kreditinstitut (*Canaris* in *GroßKommHGB*, Bankvertragsrecht I, Rdnr. 225).

(1) Für die Oder-Konten von Ehegatten während intakter Ehe hat der BGH durch Urteil vom 29.11.1989 (NJW, 1990, 705, unter 1. = ZIP 1990, 86) zwar die gesetzliche Regel des § 430 BGB, wonach Gesamtgläubiger im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt sind, bestätigt, aber diese gesetzliche Regel rechtstatsächlich zur Ausnahme erklärt. Während intakter Ehe der Kontoinhaber scheidet danach in der Regel eine Ausgleichspflicht aus, weil aus ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, aus Zweck und Handhabung des Kontos oder aus Vorschriften über die eheliche Lebensgemeinschaft hervorgeht, dass „ein anderes bestimmt ist“.

(2) Soweit dabei auf das Innenverhältnis zwischen den kontoinhabenden Eheleuten abzustellen ist, sind die hierzu getroffenen Feststellungen insoweit auch von Bedeutung für die Gesamtgläubigerschaft bezüglich des Rentenstammrechts, als die einzelnen Rentenleistungen auf das Oder-Konto der Eheleute überwiesen werden und keine ausschließlich auf die Rentenleistungen bezogenen Sonderregelungen zwischen den Eheleuten getroffen worden sind. Den beiden Außenverhältnissen zu verschiedenen Schuldnern steht dann insoweit dasselbe Innenverhältnis gegenüber.

(3) Fließen die Rentenzahlungen nicht auf ein Oder-Konto der Eheleute, sondern auf das Konto nur eines Ehegatten, für das dem anderen eine Bankvollmacht erteilt worden ist, ist die Stellung dieses anderen Ehegatten gegenüber dem Kreditinstitut zwar weitgehend dieselbe wie bei einem Oder-Konto (so *Canaris* in *GroßKommHGB*, Bankvertragsrecht I, Rdnr. 224); gleichwohl ist der andere Ehegatte im Verhältnis zum Kreditinstitut nicht Gesamtgläubiger. Daher liegt in der Überweisung der Rentenleistungen auf das Konto des einen Ehegatten die Leistung an einen der Gesamtgläubiger

aus der Rentenvereinbarung mit Tilgungswirkung auch gegenüber dem anderen Ehegatten.

Infolgedessen stellt sich bei diesem Sachverhalt die Frage nach einer von der Ausgleichsregel des § 430 BGB abweichenden Bestimmung zwischen den Eheleuten zunächst dahin, ob der das Konto innehabende Ehegatte die darauf eingegangenen Rentenzahlungen in dem Umfang, wie sie nicht für die gemeinsame Lebensführung in der bisher geübten Weise benötigt werden, ausschließlich für sich verwenden darf. Hinsichtlich des nur mit Bankvollmacht ausgestatteten Ehegatten ergibt sich dagegen die Frage einer Ausgleichspflicht nach § 430 BGB oder einer Pflicht zur völligen Herausgabe der Gelder erst, nachdem er von der Vollmacht Gebrauch gemacht und Gelder abgehoben hat. Vor diesem Zeitpunkt stellt sich die Frage für diesen Ehegatten dahin, ob und inwieweit ein beabsichtigter Zugriff auf das Konto nach dem der Vollmachtserteilung zugrundeliegenden Innenverhältnis zum Vollmachtgeber zulässig ist.

cc) Im Ergebnis beurteilt sich somit die Frage, ob der durch den Vertrag zugunsten Dritter im Außenverhältnis zum Rentenverpflichteten begünstigte Ehegatte i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereichert ist, stets nach dem Innenverhältnis zum zuwendenden Ehegatten. Dieses kann seine Ausgestaltung bei mehreren Anlässen erfahren haben, nämlich bei der Eröffnung des Oder-Kontos bzw. der Erteilung der Bankvollmacht und der Verschaffung der Gesamtgläubigerstellung bezüglich des Rentenstammrechts. Fehlen schriftliche oder mündliche Vereinbarungen der Eheleute über das Innenverhältnis, ist es vornehmlich aus dem Verhalten der Eheleute zu erschließen. Der BGH spricht in seiner Entscheidung (NJW 1990, 705) von stillschweigenden Vereinbarungen. Damit sind in erster Linie beiderseitige Willenserklärungen durch schlüssiges Verhalten gemeint (vgl. zum Begriff der stillschweigenden Willenserklärungen: *Palandt/Heinrichs*, vor § 116 Rdnr. 6). Das schlüssige Verhalten wiederum zeigt sich in der von den beiden Eheleuten geübten und geduldeten Handhabung des Oder-Kontos bzw. des um eine Bankvollmacht ergänzten Kontos eines der Ehegatten (so BGH, NJW 1990, 705, unter 1.).

Da sich im Streitfall die Feststellungen des FG zum Innenverhältnis zwischen den Eheleuten im Wesentlichen auf den Hinweis auf die Bankvollmacht der Klägerin für das Konto des M beschränken und dabei nicht beachtet ist, dass dieser Hinweis ebenfalls ein Außenverhältnis – nämlich das zum Kreditinstitut – betrifft und somit Feststellungen zur Handhabung des Kontos durch die Eheleute fehlen, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Der Klägerin ist aufgrund eines von M im Zuge der Vermögensübertragung mit den Söhnen geschlossenen Vertrages zu ihren, der Klägerin, Gunsten gemäß § 328 Abs. 1 BGB ein Rentenstammrecht bestellt worden. Die Form des § 761 BGB ist gewahrt. Das Stammrecht ist ihr zusammen mit M als Gesamtgläubigerin eingeräumt worden. Durch die Verschaffung dieser Rechtsstellung ist die Klägerin i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auf Kosten des M bereichert, wenn sie über die Rentenleistungen rechtlich und tatsächlich frei verfügen kann. Das Rentenstammrecht selbst ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 399 BGB). Ob und in welchem Umfang die Klägerin über die Rentenleistungen tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, beurteilt sich nach dem Innenverhältnis zwischen den Eheleuten. Dieses ist bislang nicht ausreichend aufgeklärt. Die zur Aufklärung erforderlichen Feststellungen sind nachzuholen.

a) Die Tatsache, dass die Söhne den Vertrag mit M zugunsten der Klägerin nur abgeschlossen haben, weil im Deckungsverhältnis zu M dessen Gesellschaftsbeteiligungen auf sie

übertragen worden sind, ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung. Die Herkunft der Mittel ist nicht geeignet, Aufschluss über das Innenverhältnis zwischen den Eheleuten zu geben (vgl. BGH, NJW 1990, 705, unter 2. a). Soweit die Klägerin vorträgt, die Eheleute seien „stillschweigend“ davon ausgegangen, dass die Rentenansprüche im Innenverhältnis allein dem M zustehen sollten, müsste sich dies in der Handhabung des Kontos, auf das die Rente geflossen ist, zeigen. Das tatsächliche Verhalten beider Ehegatten bezüglich des Kontos müsste mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf die Alleinberechtigung des M im Innenverhältnis schließen lassen, um eine Bereicherung der Klägerin zu verneinen. Deshalb ist von Bedeutung, wie die Klägerin und M die Kosten der gemeinsamen Lebensführung bestreiten, welche Funktion dabei dem Konto mit der Bankvollmacht für die Klägerin zukommt und für welche Zwecke sie von der Kontovollmacht Gebrauch macht. Abzustellen ist dabei nicht nur auf die Handhabung des Kontos seit dem Zufluss der Rente, sondern auch auf die Handhabung in der Zeit davor und auf daraus sich etwa ergebende Unterschiede. Besonderes Gewicht kommt dabei der Verwendung der Mittel zu, die für die laufende Lebensführung nicht benötigt werden. Konnte bzw. kann die Klägerin auf diese Mittel auch zur Bildung eigenen Vermögens zugreifen, spricht dies dafür, dass es bei der gesetzlichen Ausgleichsregel des § 430 BGB bleiben sollte und die Klägerin über den danach auf sie entfallenden Teil der Rentenleistungen tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann.

b) Bei dieser Sachverhaltsaufklärung trifft die Klägerin gemäß § 76 Abs. 1 Satz 2 und 4 FGO i. V. m. § 90 Abs. 1 AO eine Mitwirkungspflicht. Kommt die Klägerin dieser nicht oder nur unvollständig nach, ist dies vom FG nach allgemeinen Grundsätzen im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

c) Sollte das FG zu der Überzeugung gelangen, dass die Klägerin im Innenverhältnis zu M über die anteiligen Rentenleistungen rechtlich und tatsächlich frei verfügen kann, wäre ihr dieser Vermögensvorteil unentgeltlich zugewendet worden. Die Klägerin hätte keinen Anspruch auf die Einräumung dieses Vermögensvorteils gehabt.

aa) Ein solcher Anspruch der Klägerin folgt nicht aus der Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander (§§ 1360, 1360 a BGB). Anders als der Ehegattenunterhalt nach Trennung bzw. nach Scheidung ist der Ehegattenunterhalt bei intakter Ehe nicht auf die Bereitstellung einer regelmäßig wiederkehrenden Geldzahlung gerichtet; vielmehr trägt in einer intakten Ehe jeder Ehegatte nach dem Leitbild des Gesetzes entsprechend der vereinbarten Rollenverteilung in seiner jeweiligen Funktion zum Familieneinkommen bei. Zudem dient der gesetzliche Unterhaltsanspruch aus §§ 1360, 1360 a BGB der Deckung des ehelichen Lebensbedarfs, nicht der Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten. Dementsprechend umfasst der gesetzliche Unterhaltsanspruch weder die Bereitstellung von Mitteln zur Vermögensbildung noch die bereits gegenwärtige Übertragung von Vermögensgegenständen (vgl. BFH, DNotZ 1994, 554; siehe auch *Schlünder/Geißler*, ZEV 2005, 505, 507).

Die Bestellung des Rentenstammrechts konnte auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vorsorgeunterhalts beansprucht werden. Dem unterhaltsverpflichteten Ehegatten steht die Art und Weise der Unterhaltssicherung frei. Der unterhaltsberechtigte Ehegatte kann bei intakter Ehe nicht die (anteilige) Aushängung des für die (gemeinsame) Altersversorgung bestimmten Vermögens verlangen. Vielmehr ist sein Anspruch auf eine vom Unterhaltsverpflichteten abgeleitete Sicherung des künftigen Unterhalts beschränkt (vgl. BFH, ZEV 2002, 118). Außerdem aktualisiert sich der Unterhaltsanspruch zeit-

abschnittsweise entsprechend der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten fortlaufend neu.

bb) Auch der subjektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung wäre erfüllt. Für eine zutreffende Vorstellung des Zuwendenden vom Begriff der Unentgeltlichkeit genügt es, wenn er dessen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt „nach Laienart“ zutreffend erfasst (vgl. BFH, DNotZ 1994, 554). Dem Ehemann wäre bewusst gewesen bzw. hätte bewusst sein müssen, dass er der Klägerin mit der Einräumung der Gesamtgläubigerstellung etwas anderes als den gesetzlich geschuldeten Unterhalt zuwendet.

d) Nicht berücksichtigt werden darf allerdings das Rentenstammrecht, soweit es die Witwenrente betrifft. Hierbei handelt es sich um ein aufschiebend bedingtes Rentenstammrecht, das gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 4 BewG zu Lebzeiten des M noch nicht angesetzt werden darf.

e) Die Befreiungsvorschrift des § 13 Abs. 1 Nr. 12 ErbStG wäre nicht einschlägig, weil die Regelung freiwillig übernommene Unterhaltskosten erfasst, vorliegend aber keine Zuwendungen zum Zwecke des Unterhalts getätigt worden wären.

27. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, 12 Nr. 2 (*Abzug von Rentenzahlungen als dauernde Last auch bei ererbten Vermögen*)

**Dem Abzug von Rentenzahlungen als dauernde Last steht nicht entgegen, dass der Begünstigte durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis existenzsicherndes Vermögen aus der Erbmasse erhält (Abweichung von BFHE 173, 360 = BStBl II 1994, 633).**

BFH, Urteil vom 11.10.2007, X R 14/06

Die Kläger werden für das Streitjahr 1997 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Streitig ist die Abziehbarkeit von Rentenzahlungen als dauernde Last i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG. Die Rentenzahlungen wurden vom Kläger als Erben nach dem verstorbenen Erblasser aufgrund eines Vermächtnisses an die Ehefrau des Erblassers gezahlt. Das Vermächtnis war durch Abschluss eines Erbvertrags zwischen dem Erblasser und seiner damaligen Verlobten R begründet worden. Nach diesem Vertrag sollte diese als Vermächtnisnehmerin neben zwei Renten auch Grundstücke und sonstiges Vermögen erhalten.

Am 31.1.1997 verstarb der Erblasser. Zuvor hatte er die begünstigte Vermächtnisnehmerin geheiratet. Der als Erbe eingesetzte Kläger trat die Erbschaft an. Nach dem Tod des Erblassers kam es zu einem Rechtsstreit zwischen dem Kläger und R, der mit gerichtlichem Vergleich beendet wurde.

Das beklagte FA erließ in der Folgezeit den angefochtenen Bescheid über die Einkommensteuer 1997. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG wies die Klage ab (EFG 2006, 1047). Dem Kläger als Erben seien keine Aufwendungen auferlegt worden, die den Wert des erhaltenen Nachlasses überstiegen. Die Hinterbliebene R habe nicht nur Versorgungsleistungen, sondern darüber hinaus existenzsicherndes Vermögen erhalten. In dem Erbvertrag könne keine „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ gesehen werden. R habe bei Abschluss des Erbvertrags vom 11.10.1996 nicht zum sog. „Generationennachfolge-Verbund“ gehört.

*Aus den Gründen:*

II.

Die Revision führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und mangels Spruchreife der Sache zur Zurückverweisung an das FG.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Handelt es sich um eine dem Vertragstypus des „Versorgungsvertrags“/„Altenteilsvertrags“ vergleichbare Vermögensübergabe, sind wiederkehrende Leistungen als dauernde Last abziehbar,

- wenn Vermögen übertragen wird, das ausreichende Erträge abwirft, die die vom Übernehmer zu erbringenden Versorgungsleistungen abdecken (BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306 unter C. II.6.; BFH/NV 2005, 1789),
- wenn die Leistungen ihren Rechtsgrund in einer vorweggenommenen Erbfolge oder in einer letztwilligen Verfügung (z. B. in einem Vermächtnis) haben (BFHE 212, 507 = BStBl II 2006, 797),
- wenn der Empfänger der Versorgungsleistungen zum Generationennachfolge-Verbund gehört (BFHE 212, 507 = BStBl II 2006, 797),
- wenn die Versorgungsleistungen abänderbar sind (BFHE 212, 450 = BStBl II 2007, 160 m. w. N.; *Schmidt/Heinicke*, EStG, 26. Aufl., § 10 Rdnr. 65 „Gegenleistung“ unter c; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 26. Aufl., § 22 Rdnr. 81; wegen weiterer Einzelheiten vgl. auch *Risthaus* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG und KStG, § 22 EStG Rdnr. 128 ff.).

2. Im Streitfall sind die Leistungen des Klägers als Versorgungsleistungen einzuordnen.

a) Versorgungsleistungen unterscheiden sich von Unterhaltsleistungen i. S. v. § 12 Nr. 1 EStG durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge; sie enthalten deshalb auch keine Zuwendungen des Vermögensübernehmers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i. S. v. § 12 Nr. 2 EStG. Dem liegt nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306 (unter C. II.6. a) die Vorstellung zugrunde, dass der Übergeber – ähnlich wie beim Nießbrauchsvorbehalt – das Vermögen ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat.

b) Der Rechtsbegriff „Versorgungsleistungen“ umfasst grundsätzlich solche Zuwendungen zur Existenzsicherung, durch welche die Grundbedürfnisse des Bezugsberechtigten wie Wohnen und Ernährung und der sonstige Lebensbedarf lebenslanglich abgedeckt werden (BFHE 190, 197 = BStBl II 2002, 650).

Gesetzlich erb- und pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge des Übergebers können allerdings nur dann begünstigte Empfänger der Versorgungsleistungen sein, wenn tatsächlich das Versorgungsbedürfnis im Vordergrund steht. Werden Geschwister des Vermögensübernehmers mit wiederkehrenden Leistungen bedacht, so ist zu prüfen, ob die Geschwister gleichgestellt werden sollten. Wird in erster Linie der Erb- oder Pflichtteilsverzicht verrentet und steht nicht die Versorgung der Geschwister im Vordergrund, so sind die Zahlungen als entgeltliches Rechtsgeschäft zu beurteilen. Diese Abgrenzung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei nach der BFH-Rechtsprechung die allgemeine Vermutung gilt, dass Geschwister nicht in erster Linie versorgt werden sollen (BFHE 190, 365 = BStBl II 2000, 602).

Im Streitfall ist davon auszugehen, dass der Erblasser beabsichtigte, die Versorgung seiner späteren Ehefrau sicherzustellen. Die Regelungen des Erbvertrags sprechen eindeutig für eine Versorgungsregelung. Die Absicht der Gleichstellung – wie sie unter Geschwistern üblich ist – ist nicht erkennbar.

c) Der Senat hält an der in der Entscheidung in BFHE 173, 360 = BStBl II 1994, 633 getroffenen Aussage, dass § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG nicht eingreift, wenn der überlebende Ehegatte aufgrund gesetzlicher Erbfolge, durch Erbinsetzung oder Vermächtnis existenzsicherndes Vermögen aus der Erbmasse erhält, nicht fest. Diese Einschränkung ist mit dem dem Institut der Vermögensübertragung zugrundeliegenden Prinzip des Vorbehalts der Vermögenserträge nicht vereinbar. Der Übergeber behält sich Teile der nunmehr vom Übernehmer zu erwirtschaftenden Nettoerträge vor. Der Vorbehalt der Erträge stellt sich dar als ein „Transfer steuerlicher Leistungsfähigkeit“. Dieser wird in der Weise rechtstechnisch verwirklicht, dass die Aufwendungen beim Übernehmer nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar und die entsprechenden Zuflüsse beim Übergeber nach § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG steuerbar sind, und bedingt eine materiellrechtliche Korrespondenz zwischen Abzugs- und Besteuerungstatbestand (BFHE 205, 285 = BStBl II 2004, 830). Dementsprechend spricht der Große Senat des BFH in der Entscheidung in BFHE 202, 464 = BStBl II 2004, 95, unter C. II.6. a) von den „bisher unter der Bezeichnung ‚existenzwahrend‘ zusammengefassten Vermögensarten“. Auf den Umstand, dass der Übergeber weiteres existenzsicherndes Vermögen besitzt oder ein Vermächtnisnehmer existenzsicherndes Vermögen erhalten hat, kommt es nicht an (BFH/NV 2000, 12, unter II.1. d). Die Charakterisierung als Versorgungsleistung hängt nicht von der Versorgungsbedürftigkeit des jeweiligen Empfängers ab. Das Urteil in BFHE 173, 360 = BStBl II 1994, 633 ist daher durch die Entscheidung des Großen Senats des BFH (BFHE 202, 464, BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) überholt (*Fischer* in *Kirchhof*, EStG, 7. Aufl., § 22 Rdnr. 13).

Auch die Verwaltung verweist in dem BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 922 Rdnr. 41 nicht weiter auf das Urteil in BFHE 173, 360 = BStBl II 1994, 633 (so noch im BMF-Schreiben vom 26.8.2002, BStBl I 2002, 893 Rdnr. 29; vgl. auch *Schwenke*, DStR 2004, 1679, 1685).

Schließlich hat der Senat in ähnlicher Weise bereits entschieden, dass einer etwaigen Überversorgung im Hinblick auf eine aus einer früheren Berufstätigkeit fließenden Rente bei der Beurteilung der Versorgungsleistungen keine Bedeutung zukommt (BFH/NV 2005, 201 = MittBayNot 2005, 342 m. Anm. *Everts*).

3. R gehörte als Ehefrau des Erblassers zum Generationennachfolge-Verbund. Nach dem Senatsurteil in BFHE 204, 192 = BStBl II 2004, 820, zählen dazu grundsätzlich nur solche Personen, die gegenüber dem Erben bzw. den sonstigen letztwillig bedachten Vermögensübernehmern Pflichtteils- oder ähnliche Ansprüche (Zugewinnausgleich, §§ 1363 ff. BGB) hätten geltend machen können und sich stattdessen mit den ihnen (vermächtnisweise) ausgesetzten Versorgungsleistungen bescheiden. Nicht zum Generationennachfolge-Verbund gehören nach dem BFH-Urteil in BFHE 212, 507 = BStBl II 2006, 797 Personen, die zu einem früheren Zeitpunkt auf ihr Pflichtteilsrecht verzichtet hatten.

Entgegen der Auffassung des FA ist bei der Beurteilung dieser Frage nicht allein auf den Zeitpunkt der Vereinbarung abzustellen, sondern in erster Linie auf den Zeitpunkt der Übergabe bzw. den des Eintritts des Erbfalls. Wer zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen erfüllt, kann Pflichtteilsansprüche geltend machen (vgl. § 2303 Abs. 2 BGB) und gehört damit zum Nachfolgeverbund. Im Übrigen ist im Streitfall zu berücksichtigen, dass dem Erblasser daran gelegen war, kurz vor seinem Tod noch eine „Gesamtregelung“ zu treffen, die nicht nur den Erbvertrag, sondern auch die Heirat mit R umfasste.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Erbbauzinsreallasten bei Wohnungserbbaurechten nach der WEG-Reform

Das Gesetz zur Änderung des WEG vom 26.3.2007 (BGBI I, S. 370) hat zu bislang kaum beachteten Änderungen bei Wohnungserbbaurechten geführt. Hintergrund ist die Schaffung eines begrenzten Vorrechtes in der Zwangsversteigerung für rückständige Hausgeldzahlungen. Neuerdings sind auf Anmeldung im Rahmen der Zwangsversteigerung die Ansprüche auf Zahlung der laufenden sowie der rückständigen Beiträge zu den Lasten und Kosten nach § 16 Abs. 2, § 28 Abs. 2 und 5 WEG aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Kalenderjahren nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in der Rangklasse 2 mit bis zu insgesamt fünf Prozent des festgesetzten Verkehrswertes zu berücksichtigen. Ferner räumt der Gesetzgeber der Wohnungseigentümergeinschaft selbst oder einem rückgriffsberechtigten Wohnungseigentümer die Möglichkeit ein, aus dieser Rangklasse die Zwangsversteigerung aktiv zu betreiben. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass Art und Bezugszeitraum des Anspruchs sowie seine Fälligkeit aus dem Titel hervorgehen und der Verzugsbetrag des § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG überschritten wird (§ 10 Abs. 3 ZVG). Sofern nicht ausnahmsweise nach § 59 ZVG eine Feststellung abweichender Versteigerungsbedingungen erfolgt ist, erlöschen bei einer Zwangsversteigerung wegen Hausgeldansprüchen nunmehr sämtliche eingetragenen dinglichen Rechte, also insbesondere auch eine an einem Wohnungserbbaurecht eingetragene Erbbauzinsreallast, da diese nur die Rangklasse 4 nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG belegt.

Die damit drohende Gefahr des Entstehens eines zinslosen Wohnungserbbaurechtes hat der Gesetzgeber erkannt und § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG (die Erbbaurechtsverordnung firmiert nunmehr unter Erbbaurechtsgesetz, vgl. BGBI 2007 I, S. 2614, 2617) erweitert. Danach ist eine Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Erbbauzinsreallast mit ihrem Hauptanspruch auch für den Fall, dass eine Zwangsversteigerung wegen Hausgeldansprüchen betrieben wird, zulässig. Freilich muss eine derartige Vereinbarung zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigten tatsächlich auch getroffen werden, die bislang übliche Regelung, dass die Erbbauzinsreallast bestehen bleibt, wenn der Grundstückseigentümer aus ihr oder der Inhaber eines vor- oder gleichrangigen dinglichen Rechts die Zwangsversteigerung betreibt, umfasst den Fall der Zwangsversteigerung wegen Hausgeldansprüchen nicht.

Damit dürfte bei allen bislang bestehenden Wohnungserbbaurechtsverträgen ein erbbauzinsloses Wohnungserbbaurecht drohen, wenn die Zwangsversteigerung wegen rückständiger Hausgeldebträge betrieben wird. Der erbbauzinsberechtigte Grundstückseigentümer kann dies nur durch eine Ablösung des betreibenden Gläubigers gemäß § 268 BGB, § 75 ZVG oder durch die Beantragung abweichender Versteigerungsbedingungen nach § 59 ZVG verhindern.

Eine Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Erbbauzinsreallast kann freilich auch nachträglich getroffen werden. Materiellrechtlich sind dafür die (formlose) Einigung des jeweiligen Wohnungserbbauberechtigten und des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung der Rechtsänderung im Wohnungserbbaugrundbuch erforderlich. Dieses Vorgehen kann jedoch sehr aufwändig sein, da eine solche Vereinbarung für jedes Wohnungserbbaurecht gesondert zu treffen ist und, falls die Erbbauzinsreallast nicht die erste Rangstelle im Wohnungserbbaugrundbuch einnimmt, zusätzlich noch die Zu-

stimmungserklärungen vor- oder gleichrangiger Gläubiger nach § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG einzuholen sind. Zweifelhaft ist zudem, ob die Zustimmung sämtlicher Wohnungserbbauberechtigter zu einer solchen nachträglichen Vereinbarung erforderlich ist, da deren Rechtsposition verschlechtert wird: Diese können künftig nicht die Zwangsversteigerung eines *erbbauzinslosen* Wohnungserbbaurechts betreiben. § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG statuiert eine Zustimmungspflicht indes nur für *dingliche* Gläubiger, zu denen die übrigen Wohnungserbbauberechtigten nicht gehören. Auch für eine Analogie ist kein Raum, da § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die anderen Wohnungserbbauberechtigten zwar vor den Inhabern dinglicher Rechte systemwidrig bevorzugt, aber nicht mit diesen gleichstellt. Hätte der Gesetzgeber ein Zustimmungserfordernis gewollt, hätte er § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG entsprechend anpassen müssen.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Grundstückseigentümer in der Regel weder einen einklagbaren Anspruch gegen den Erbbauberechtigten auf Abschluss einer nachträglichen Bestehenbleibensvereinbarung noch gegen vor- oder gleichrangige Gläubiger auf deren Zustimmung hat. Daher ist in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob sich der Aufwand eines Nachtrages tatsächlich lohnt oder ob der Grundstückseigentümer das Risiko, dass der Erbbauberechtigte seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft nicht nachkommt, bewusst eingeht und im Falle einer drohenden Vollstreckung den betreibenden Gläubiger ablöst.

Jedenfalls bei der erstmaligen Begründung eines Wohnungserbbaurechtes sollte der Notar jedoch von der erweiterten Bestehenbleibensvereinbarung in vollem Umfang Gebrauch machen, denn die Frage der Zustimmung vor- oder gleichrangiger Gläubiger stellt sich hier nicht. Eine solche erweiterte Vereinbarung dürfte zudem bereits bei der erstmaligen Bestellung eines Erbbaurechtes zulässig sein, ohne dass zu diesem Zeitpunkt bereits eine Aufteilung in Wohnungserbbaurechte vorgenommen wurde. Dies dürfte analog zur Frage der Eintragungsfähigkeit von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für den Eigentümer (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1200) vor allem für solche Objekte gelten, die zur weiteren Aufteilung in Wohnungserbbaurechte vorgesehen sind oder die sich zumindest dafür eignen. Der Grundstückseigentümer hat hieran ein schutzwürdiges Interesse, da eine Aufteilung des Erbbaurechtes in Wohnungserbbaurechte ohne seine Zustimmung möglich ist; auch ein Zustimmungserfordernis könnte nur schuldrechtlich vereinbart werden (OLG Celle, MittBayNot 1981, 131).

Eine umfassende Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Erbbauzinsreallast mit ihrem Hauptanspruch unter Ausnutzung der gesetzlichen Neuregelung könnte wie folgt formuliert werden:

Als dinglicher Inhalt des Erbbauzinses wird vereinbart, dass die Reallast abweichend von § 52 Abs. 1 ZVG mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn

- der Grundstückseigentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechtes, oder
- der Inhaber der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG genannten Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des Wohnungserbbaurechtes

die Zwangsversteigerung des Erbbaurechtes betreibt.

Notarassessor Dr. *Markus Vierling*, München

## STANDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Amtmann i. N. Carl Hösl, Mitterfels, verstorben am 13.12.2007

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Notar Dr. Fritz Wust, Augsburg

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Notar Dr. Wolfgang Reinl, München

Notar Robert Schmidmeister, Landshut

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.10.2007:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Peter Eckersberger)	dem Notarassessor Thomas Göppel (bisher in München Notarstellen Dr. Vossius/ Dr. Engel)
---	---

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Neustadt a. d. Weinstraße	dem Notar Reinhold Rohr (bisher in Speyer)
---------------------------	--

Mit Wirkung vom 1.3.2008:

Immenstadt (in Sozietät mit Notar Ralf Kellner)	dem Notarassessor Dr. Roland Nagel (bisher in Augsburg Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhard)
---	---

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Ansbach (in Sozietät mit Notar Dr. Christoph Anderle)	dem Notar Dr. Matthias Dietrich (bisher in Oettingen i. Bay.)
---	---

Cadolzburg	der Notarassessorin Sandra Hetterich (bisher in München Notarstellen Frhr. v. Oefe/Dr. Götte)
------------	---

Mit Wirkung vom 1.6.2008:

Lohr am Main	dem Notarassessor Dr. Sebastian Apfelbaum (bisher in Ansbach Notarstellen Dr. Anderle/ Thoma)
--------------	---

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Markus Perz, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/  
Dr. Gropengießer)

Ralf Rebhan, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Thomas Göppel, Nürnberg, wurde mit Wirkung vom 22.11.2007 promoviert

Notarassessorin Dr. Katja Fahl, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Forthäuser), ist auf eigenen Wunsch zum 31.12.2007 ausgeschieden

Notarassessorin Katrin Leßniak, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1.3.2008 in München (Notarkasse A. d. ö. R)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Greiner-Zägelein, München (Notarstelle Ellert), ab 1.12.2007 in München (Notarstelle Dr. Weinberger)

Amtsrat i. N. Ludwig Heinrich, Fürth (Notarstelle Schmeißer), 1.2.2008 bis 31.7.2008 in Erlangen (Notarstelle Dr. Huber)

Inspektorin i. N. Manuela Kohlmeier, Simbach (Notarstelle Dr. Mayer), ab 1.4.2008 in Traunstein (Notarstelle Riegel)

Inspektor i. N. Florian Heiland, Traunstein (Notarstelle Riegel), ab 1.4.2008 in Viechtach (Notarstelle Hasler)

#### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Walter Settle, München (Notarstellen Dr. Pfisterer/Siller-Bauer), ab 1.1.2008 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Norbert Knopf, Nürnberg (Notarstelle Kreßel), ab 1.2.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Bauer, Dachau (Notarstellen Bock/  
Dr. Triller), ab 1.3.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Wilhelm Schlecht, Viechtach (Notarstelle Hasler), ab 1.4.2008 im Ruhestand

Amtmann i. N. Erich Pidde, Starnberg (Notarstellen Klöcker/Dr. Ohler), ab 1.5.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hans Beck, Thiersheim (Notarstelle Langau), ab 1.5.2008 im Ruhestand

#### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

*Zum Oberinspektor i. N. (Entgeltgruppe 9):*

Matthias Fruck, Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/  
Dr. Schrenk)

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bayreuth, Notarstelle Dr. Waldner,  
E-Mail: stanich26@gmx.de

Freising, Notarstelle Kleine,  
E-Mail: info@notar-kleine.de

Nürnberg, Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel,  
Äußerer Laufer Platz 20, 90403 Nürnberg

---

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.