

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2008

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Neue Tabellen
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Editorial

Wechsel im Herausgeberbeirat, Neugestaltung der
Hinweise für die Praxis 1

Aufsätze

Odersky: Reformüberlegungen im Erbrecht 2

Keim: Grenzen der Anrechenbarkeit lebzeitiger Zuwendungen
auf den Pflichtteil 8

Auktor: Sozialhilferegress beim Wohnungsrecht 14

Grund: Erbschaftsteuerliche Grenzen der Modifizierung der
Zugewinnngemeinschaft – Wegfall der steuerlichen Vergüns-
tigung nach § 5 Abs. 1 ErbStG bei umfassendem Ausschluss
des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag? 19

Tiedtke: Die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen
ist Vollzugstätigkeit 23

Rechtsprechung

Beihilfen bei Ende des Pachtvertrags
(BGH, Urteil vom 24.11.2006, LwZR 1/06) 37
mit Anmerkung *Gehse* 40

Sondereigentumsfähigkeit eines gemeinschaftlichen
Heizungsraums
(OLG Schleswig, Beschluss vom 3.6.2006, 2 W 13/06) 45
mit Anmerkung *Weigl* 48

Vormerkbarkeit des Rückforderungsanspruchs wegen
wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse
(OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 58/07) 50
mit Anmerkung *Wartenburger* 51

Nachweis Bedingungseintritt im Grundbuchverfahren (*nur Leitsatz*)
(OLG Köln, Beschluss vom 10.4.2007, 2 Wx 20/07) 53
mit Anmerkung *Renner* 53

Gebühr für Identitätserklärung
(OLG Hamm, Beschluss vom 3.5.2007, 15 W 418/06) 72
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* 74

Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erfüllung
eines formunwirksamen Verschaffungsvermögnisses
(BFH, Urteil vom 28.3.2007, II R 25/05) 75
mit Anmerkung *Everts* 76

Hinweise für die Praxis

Unterhaltungspflichten beim Nießbrauch (*Frank*) 79

Inhalt

Editorial

Wechsel im Herausgeberbeirat, Neugestaltung der Hinweise für die Praxis **1**

Aufsätze

Odersky: Reformüberlegungen im Erbrecht **2**

Keim: Grenzen der Anrechenbarkeit lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil **8**

Auktor: Sozialhilferegress beim Wohnungsrecht **14**

Grund: Erbschaftsteuerliche Grenzen der Modifizierung der Zugewinnsgemeinschaft – Wegfall der steuerlichen Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 ErbStG bei umfassendem Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag? **19**

Tiedtke: Die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen ist Vollzugstätigkeit **23**

Buchbesprechungen

Heussen (Hrsg.): Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement (*Schwarzmann*) **27**

Tetenberg: Die Anwartschaft des Auflassungsempfängers (*Bolkart*) **28**

Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte (*Bruch*) **30**

Brambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht (*Odersky*) **32**

Tanck (Hrsg.): Formularbuch Erbrecht (*Matheis*) **33**

Hoffmann-Becking (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft (*Habel*) **34**

Hüffer: Aktiengesetz (*Schwab*) **35**

Krafka/Willer: Registerrecht (*Waldner*) **35**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Beihilfen bei Ende des Pachtvertrags (BGH, Urteil vom 24.11.2006, LwZR 1/06) **37**
mit Anmerkung *Gehse* **40**
2. Zahlungspflichten bei Ausübungshindernis des Berechtigten eines Wohnungsrechts (BGH, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 163/06) **42**
3. Sondereigentumsfähigkeit eines gemeinschaftlichen Heizungsraums (OLG Schleswig, Beschluss vom 3.6.2006, 2 W 13/06) **45**
mit Anmerkung *Weigl* **48**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Vormerkbarkeit des Rückforderungsanspruchs wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse
(OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 58/07) **50**
mit Anmerkung *Wartenburger* **51**
5. Nachweis Bedingungseintritt im Grundbuchverfahren (*nur Leitsatz*)
(OLG Köln, Beschluss vom 10.4.2007, 2 Wx 20/07) **53**
mit Anmerkung *Renner* **53**
6. Eigentümerzustimmung zur Eintragung einer erweiterten Erbbauzinsrealast
(LG Regensburg, Beschluss vom 18.4.2007, 5 T 61/07) **55**

Familienrecht

7. Keine Ergänzungspflegschaft bei Doppelstellung als Testamentsvollstrecker und gesetzlicher Vertreter
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21.12.2006, 5 UF 190/06) **55**
8. Keine Ergänzungspflegschaft bei Veräußerung Nachlassgrundbesitz
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23.2.2007, 1 UF 371/06) **56**
9. Voraussetzungen der Volljährigenadoption
(AG Rüdeshelm, Beschluss vom 19.7.2007, 4 XVI 1/07) **57**

Erbrecht

10. Wirksamkeit von Hinauskündigungsklauseln
(BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 300/05) **59**
11. Stimmrechtsausschluss eines Miterben in der Erbengemeinschaft
(BGH, Beschluss vom 23.5.2007, IV ZR 19/06) **60**
12. Einräumung eines schuldrechtlichen Wohnrechts keine beeinträchtigende Schenkung
(BGH, Beschluss vom 11.7.2007, IV ZR 218/06) **62**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Keine Differenzhaftung bei Verschmelzung einer überbewerteten AG
(BGH, Urteil vom 12.3.2007, II ZR 302/05) **63**
14. Anmeldung der abstrakten Vertretungsregelung der Liquidatoren
(BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06) **66**
15. Kein einseitiger Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung durch Bestimmung im GbR-Gesellschaftsvertrag
(BGH, Beschluss vom 20.6.2007, IV ZR 288/06) **67**
16. Wiederaufleben der persönlichen Haftung des Kommanditisten (*nur Leitsatz*)
(BGH, Beschluss vom 9.7.2007, II ZR 95/06) **68**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Steuerliche Beratung durch Notar (*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 20.9.2007, III ZR 33/07) **69**
18. Rücknahme einer notariellen Fälligkeitsbestätigung
(OLG München, Beschluss vom 5.7.2007, 32 Wx 50/07) **69**
19. Anspruch des Miterben auf Erteilung einer Erbvertragsabschrift
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.1.2007, 14 Wx 51/06) **70**

Kostenrecht

20. Vollzugsgebühr für die Beschaffung von Löschungsunterlagen
(BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06) **71**
21. Gebühr für Identitätserklärung
(OLG Hamm, Beschluss vom 3.5.2007, 15 W 418/06) **72**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* **74**

Steuerrecht

22. Gewerbliche Prägung einer Personengesellschaft durch ausländische Kapitalgesellschaft (*nur Leitsatz*)
(BFH, Urteil vom 14.3.2007, XI R 15/05) **75**
23. Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erfüllung eines formunwirksamen Verschaffungsvermächnisses
(BFH, Urteil vom 28.3.2007, II R 25/05) **75**
mit Anmerkung *Everts* **76**
24. Ideeller Miteigentumsanteil als selbständiges Wirtschaftsgut
(FG München, Urteil vom 19.7.2007, 5 K 87/06) **77**

Hinweise für die Praxis

1. Unterhaltungspflichten beim Nießbrauch (*Frank*) **79**
2. Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2007: 14,3 **80**

Standesnachrichten **83**

Sonstiges **III**



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

EDITORIAL

Wechsel im Herausgeberbeirat, Neugestaltung der Hinweise für die Praxis

**Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,**

zum 1.8.2007 ist Notar a. D. Prof. Dr. *Reinhold Geimer* aus dem Kreis des Herausgeberbeirats der MittBayNot ausgeschieden, dem er seit seiner Einführung im Jahre 1994 angehört hat. Prof. Dr. *Geimer* hat sich in dieser Zeit große Verdienste für die Qualität und Geschlossenheit des von ihm betreuten Rechtsgebiets erworben. Die Landesnotarkammer Bayern, die Mitglieder des Herausgeberbeirats und die Schriftleitung danken ihm für seine langjährige, engagierte und ertragreiche Arbeit im Herausgeberbeirat und hoffen, dass er der MittBayNot auch weiterhin verbunden bleibt.

Gleichzeitig möchten wir unseren Lesern das neue Mitglied im Herausgeberbeirat vorstellen. Seit dem 1.8.2007 gehört Notarin Dr. *Susanne Frank*, München, dem Kreis des Herausgeberbeirats an und kann dort ihr vielseitiges juristisches Wissen aktiv für die Belange der MittBayNot einsetzen. Wir freuen uns auf eine langjährige erfolgreiche Zusammenarbeit.

Herausgeberbeirat und Schriftleitung sind zudem übereingekommen, den Praxisbezug der MittBayNot zu stärken. Hierzu werden künftig in den „Hinweisen für die Praxis“ Kurzbeiträge über Probleme des notariellen Alltags erscheinen. Die Beiträge sollten ein Problem knapp beschreiben, dessen Lösung vorstellen und mit einem Formulierungsvorschlag abschließen. Die Fundstellennachweise sind dabei auf das Nötigste zu beschränken. Dr. *Johann Frank*, Amberg, wird diese neue Reihe mit einem Beitrag zu den Unterhaltungspflichten im Rahmen des Nießbrauches beginnen (S. 79 in diesem Heft). Ziel der Neuerung ist, das bei den bayerischen Notarinnen und Notaren und deren Angestellten vorhandene Wissen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen und den Gedankenaustausch unter den Kollegen zu fördern. Dies kann nur mit Ihrer Mithilfe gelingen. Die Schriftleitung freut sich daher über Ihre Einsendungen, am besten per E-Mail an info@mittbaynot.de.

**Der Herausgeber und
die Schriftleitung**

AUFsätze

Reformüberlegungen im Erbrecht*

Von Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

Nothing is as sure as death and taxes. Dieses dem Präsidenten Abraham Lincoln zugeschriebene Zitat stammt aus einem Land, das wie sein Mutterland England traditionell kein Pflichtteilsrecht kennt. Vielleicht ist auch dies einer der Mosaiksteine, warum zahlreiche nachgeborene Söhne aus Großbritannien auswanderten und das Commonwealth aufbauten, und sich in den USA die selfmade-man-Mentalität besonders ausgeprägt entwickelt hat. Wenn man das Zitat nach Deutschland überträgt, und dabei die Rechtsprechung des BVerfG sowie die aktuelle politische Diskussion zum Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht berücksichtigt, wäre man aber versucht zu sagen: Nichts ist so sicher wie der Tod, Steuern und das Pflichtteilsrecht.

Das Bundesministerium der Justiz hat im März letzten Jahres einen Referentenentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vorgestellt.¹ Dieser Entwurf hat viele Detailvorschläge der Literatur und des 64. Deutschen Juristentages 2002 aufgegriffen,² deren vollständige Besprechung hier den Rahmen sprengen würde. Darunter sind zahlreiche Modifikationen, die uneingeschränkt zu begrüßen sind, wie z. B. die Vereinfachung des § 2306 BGB, bei dem künftig nicht mehr die Gefahr droht, dass testamentarische Regelungen automatisch unwirksam werden, und der pflichtteilsberechtigten Erbe nicht mehr innerhalb der kurzen Ausschlagungsfrist prüfen muss, ob sein Erbeil mehr oder weniger als den Pflichtteil wert ist. Dazu zählt ferner beim Pflichtteilergänzungsanspruch die Abschwächung der starren 10-Jahres-Ausschluss-Frist. Künftig soll hier in Form eines Abschmelzungsmodells der Ergänzungsanspruch jedes Jahr um 10 % sinken.³

I. Änderung der Pflichtteilshöhe

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Auf eine wichtige rechtspolitische Diskussion geht der Entwurf aber praktisch gar nicht ein: die Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts und die Frage, ob dessen Grundprinzipien unverändert beibehalten werden sollen. Den verfassungsrechtlichen Rahmen für diese Diskussion gibt der Senatsbeschluss des BVerfG aus dem Jahr 2005 mit seinem Leitsatz, dass die „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder“ aus dem Zusammenspiel der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG und dem Schutzauftrag des Art. 6 GG gewährleistet wird.⁴ Der Beschluss beruht demgemäß auf zwei Begründungssträngen:

Zunächst verweist das Gericht darauf, dass das Pflichtteilsrecht ein tradiertes Kernelement des deutschen Erbrechts ist, da die zwingende Nachlassbeteiligung der Kinder Teil aller deutschen Partikularrechtsordnungen gewesen sei. Da das Grundgesetz das Erbrecht gesondert neben der Eigentums-garantie erwähnt, was für den bloßen Schutz der Testierfrei-

heit nicht notwendig wäre, sei dieses Kernelement Bestandteil des institutionell verbürgten Gehalts des Art. 14 GG. Dieser Teil der Begründung wurde bereits in der Literatur deutlich kritisiert, da das Pflichtteilsrecht bei Schaffung des BGB keineswegs unstreitig gewesen ist, und auch mit heute teilweise nicht mehr tragfähigen Argumenten begründet wurde. Da sich zudem der Parlamentarische Rat mit dieser Frage nicht ausdrücklich beschäftigt hat, sei die historische Auslegung nur bedingt verwendbar.⁵

Das BVerfG ging aber über diesen historischen Begründungsstrang hinaus, und legte entscheidendes Gewicht auf die Verbindung der Erbrechtsgarantie zu dem durch Art. 6 GG gewährleisteten Schutz der Verhältnisse zwischen dem Erblasser und seinen Kindern. Die Verfassung gebiete dem Staat, die Familiengemeinschaft, die durch wechselseitige familiäre Verantwortlichkeit und häufig durch eine Art Familienvermögen geprägt sei, sowohl im immateriell-persönlichen als auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich zu fördern. Im Erbrecht sei die zwingende Nachlassbeteiligung Ausdruck dieser Familiensolidarität, die nicht nur berechnete, sondern auch verpflichtete. Sie habe die Funktion, diesen Zusammenhalt über den Tod des Erblassers hinaus zu ermöglichen. Gerade in den Fällen einer Entfremdung und bei nichtehelichen Kindern sei der verfassungsrechtliche Schutz besonders geboten, um eine unverhältnismäßige Benachteiligung der Kinder durch eine vollständige Enterbung abzuschwächen. Im Ergebnis müsse daher der Gesetzgeber einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen der Grundrechtsposition des Erblassers, d. h. der Testierfreiheit, und der ebenfalls verfassungsgerichtlich geschützten Mindestbeteiligung der Kinder schaffen.

Mit diesem Urteil werden andere historische oder in der neueren Literatur genannte Motive, die als Rechtfertigung des

* Der Beitrag enthält die um Anmerkungen ergänzte Fassung des Vortrags bei der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e. V. am 20.10.2007 in Schweinfurt.

1 Abrufbar unter www.bmj.bund.de unter der Rubrik Themen-Zivilrecht-Erbrecht.

2 Für eine umfassende Übersicht über den aktuellen Literaturstand vgl. *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2303 Rdnr. 1 ff.

3 Einen Überblick über den Referentenentwurf gibt z. B. *Reimann*, FamRZ 2007, 1597.

4 NJW 2005, 1561 = DNotZ 2006, 60; diese Entscheidung entspricht im Ergebnis der bisherigen h. M., vgl. z. B. BGH, NJW 1990, 911 = DNotZ 1990, 808; *Maunz/Dürig/Papier*, GG, Art. 14 Rdnr. 299 f.; *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2303 Rdnr. 5; *Haas*, ZEV 2000, 249; *Otte*, AcP 202 (2002), 317; *Schlüter* in FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 1047, 1064 f.

5 Vgl. z. B. *Kleensang*, ZEV 2005, 277; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1442; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2303 Rdnr. 4.

Pflichtteilsrechts dienen sollten, und einige darauf basierende Reformvorschläge weitgehend obsolet:⁶

Dies betrifft vor allem den Ansatz, dass das Pflichtteilsrecht nur in einer Versorgungs- und Alimentationsfunktion gerechtfertigt sei, und demgemäß auf Fälle beschränkt werden könne, in denen der Berechtigte bedürftig sei.⁷ Indem das Gericht aber ausdrücklich die bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder betont, sind Modelle wie in England, wo das Gericht nur den in Ausbildung befindlichen oder sonst bedürftigen Abkömmlingen eine Versorgung zusprechen kann,⁸ in Deutschland ausgeschlossen. Auch eine Begrenzung des Pflichtteils durch einen absoluten Höchstbetrag wäre wohl verfassungsrechtlich bedenklich.⁹

Ferner hat das seit Schaffung des BGB genannte Argument einer gesamtgesellschaftlich erwünschten Verteilungsfunktion keinen Niederschlag im Urteil gefunden. Damit sind wohl auch durchaus interessante Ideen, nach denen dem Erblasser ein gewisser Gestaltungsspielraum verblieben wäre, weitgehend ausgeschlossen: dazu zählt z. B. der Vorschlag, einen Teil des Pflichtteils alternativ gemeinnützigen Zwecken zukommen lassen zu können,¹⁰ oder die vom spanischen Erbrecht inspirierte Idee eines „Gesamtpflichtteils“, bei dem der Erblasser zwischen mehreren pflichtteilsberechtigten Personen oder zwischen Kindern und den Enkeln hätte auswählen können.¹¹

2. Höchstquote je Pflichtteilsberechtigten

Ist aber damit der Pflichtteil auch seiner Höhe nach für alle Zeiten festgeschrieben? Sicherlich nicht, denn das BVerfG betont ausdrücklich, dass der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum hat, der sich nicht nur auf die Ausgestaltung des Pflichtteilsanspruchs, sondern auch auf dessen Höhe bezieht. Das derzeitige Pflichtteilsrecht genügt zwar den verfassungsrechtlichen Anforderungen, dürfte aber eher am oberen, d. h. für den Pflichtteilsberechtigten günstigsten Rand des Gestaltungsspielraums liegen, da das Gericht klarstellt, dass keine Erhöhung veranlasst sei.¹²

Wenn man nun im Unterschied zum Referentenentwurf, der mit Verweis auf das Verfassungsgerichtsurteil keinen Gestaltungsbedarf sieht, Überlegungen zur Höhe des Pflichtteils anstellt, wie könnte dann eine konkrete Lösung aussehen? Erstaunlicher Weise wurden dazu, bis auf die Forderung die Pflichtteilsquote pauschal auf $\frac{1}{3}$ abzusinken,¹³ kaum Vor-

schläge gemacht. Der Juristentag 2002 hat zwar eine Reduzierung der Höhe verlangt, *Martiny* als Gutachter befürchtete aber recht vage Probleme bei der konkreten Berechnung.¹⁴ Meines Erachtens enthält aber gerade das Verfassungsgerichtsurteil den Ansatz für neue Überlegungen, indem es die Abwägung der beiden individuellen Grundrechtspositionen des Erblassers und des Pflichtteilsberechtigten betont. Aufgabe des Gesetzgebers wäre damit, zunächst zu definieren, wie hoch eine „angemessene Mindestbeteiligung“ eines Kindes ist,¹⁵ um diese dann in Bezug zur Testierfreiheit des Erblassers zu setzen.

Der historische Gesetzgeber des BGB ging wohl noch von einem anderen Ansatz aus. Die Diskussionen zum BGB waren stark von der Vorstellung geprägt, dass eine Art Freibetrag definiert werden soll, über den der Erblasser abweichend von der gesetzlichen Erbfolge verfügen kann. Diese Vorstellung steht in der Tradition des germanischen Rechts, das ursprünglich keine Testierfreiheit kannte. Die umfassende Familienbindung des Nachlasses nach dem Grundsatz „das Gut rinnt wie das Blut“ wurde erst Stück für Stück aufgrund der Interessen der Kirche und durch die Einflüsse des römischen Rechts mit der Einführung eines „Freiteils“ gelockert. Die historische Sichtweise war also eher dadurch geprägt, dass der Erblasser nur über einen bestimmten Anteil frei verfügen kann, wohingegen als Pflichtteil der Rest des Nachlasses geschuldet wird, unabhängig davon, ob es nur einen Berechtigten oder mehrere gibt. Der Pflichtteil wird dementsprechend auch heute noch gelegentlich als „kleiner Erbteil“ bezeichnet.¹⁶

Dabei darf aber die unterschiedliche Funktion des gesetzlichen Erbes und eines modernen Pflichtteilsrechts nicht übersehen werden: Das Erbrecht basiert auf dem mutmaßlichen Willen eines Erblassers, der kein Testament hinterlassen hat, und auf dem Prinzip, dass immer 100 % des Nachlasses verteilt werden müssen. Dementsprechend sind die Quoten mehrerer Angehöriger zwingend voneinander abhängig. Für das Pflichtteilsrecht gilt dieser Grundsatz nicht. Es könnte vielmehr in einem ersten Schritt festgelegt werden, wie viel eine angemessene Mindestteilhabe bedeutet, um die Grundrechtsposition des Berechtigten zu schützen. Erst wenn die Summe mehrerer Mindestanteile die Testierfreiheit des Erblassers übermäßig einschränkt, was sicherlich unverändert bei der Hälfte des Nachlasses der Fall wäre, müsste man die Ansprüche mehrerer Berechtigter quotall kürzen.

Am deutlichsten wird dieser Unterschied bei einem alleinstehenden Erblasser mit einem Kind: Wenn man die Sichtweise des historischen „Freiteils“ einnimmt, ist es logisch, dass der Pflichtteil die verbleibende Hälfte beträgt. Wenn man aber den Ausgleich zweier Grundrechtspositionen zum Maßstab nimmt, müsste man zunächst fragen, wie hoch die Mindestbeteiligung des Kindes sein soll: $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{3}$ oder gar $\frac{1}{2}$? Nur im letzteren Fall wäre das bisherige Pflichtteilsrecht unverändert weiterzuführen. Wenn man jedoch – wofür angesichts des Umfangs heutiger Erbschaften einiges sprechen kann – davon ausgeht, dass für ein einzelnes Kind auch ein $\frac{1}{4}$ des Nachlasses eine angemessene Mindestbeteiligung darstellt, dann

⁶ Zu den verschiedenen Rechtfertigungsgründen für das Pflichtteilsrecht vgl. im Überblick *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, Einl. zu §§ 2303 ff., Rdnr. 17 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2303 Rdnr. 2 ff.; *Martiny*, 64. DJT 2002, I A 67 ff., 84 ff.

⁷ Vgl. z. B. MünchKommBGB/*Frank*, 3. Aufl., § 2303 Rdnr. 3; *Coing*, 49. DJT 1972, A 46; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 465.

⁸ Vgl. *Siß/Haas*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Länderbericht England und Wales Rdnr. 49 ff.

⁹ Vgl. z. B. *Schröder*, DNotZ 2001, 465, 471; *Haas*, ZEV 2000, 249, 256.

¹⁰ Vgl. *Röthel*, ZEV 2006, 8, 12; *Hüttemann/Rawert* in Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 79 ff.

¹¹ Vgl. z. B. *Strätz*, FamRZ 1998, 1566; *Schröder*, DNotZ 2001, 465, 471.

¹² Vgl. *Gaier* in Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 163 f.; *ders.*, ZEV 2006, 1, 6.

¹³ Vgl. z. B. *Schröder*, DNotZ 2001, 471; *Staudinger/Haas*, Einl. zu §§ 2303 ff. Rdnr. 40 a; diese Quote war auch in einem ersten allerdings nicht weiter verfolgten Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vorgeschlagen.

¹⁴ Vgl. 64. DJT 2002, Beschluss II.2. b. aa), II L 114; *Martiny*, II L 161.

¹⁵ Ebenso vom Ansatz *Hüttemann/Rawert* in Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 84; *Staudinger/Haas*, Einl. zu §§ 2303 ff. Rdnr. 40 a.

¹⁶ Zur historischen Entwicklung vgl. *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB, 1970, S. 81 ff.; *Martiny*, 64. DJT 2002, I A 65; *Staudinger/Haas*, Einl. zu § 2303 ff. Rdnr. 6 ff.

müsste die Formel des § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB lauten: „Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, höchstens jedoch für jeden Berechtigten in einem Viertel des Wertes des Nachlasses.“

Dieser nach der Zahl der Personen differenzierende Ansatz ist im Übrigen nicht neu.¹⁷ Bei Einführung des BGB wurde z. B. noch die preußische Lösung diskutiert, dass der Pflichtteil bei ein und zwei Kindern $\frac{1}{3}$ des Erbteils, bei drei oder vier Kindern $\frac{1}{2}$ und bei fünf und sechs Kindern $\frac{2}{3}$ des Erbes beträgt. Dieses Modell wurde aus Vereinfachungsgründen und v. a. mit dem Argument abgelehnt, dass es nicht angemessen erscheint, bei wenigen Kindern dem Erblasser eine erweiterte Verfügungsbefugnis einzuräumen.¹⁸ Wenn man berücksichtigt, dass die Geburtenziffer je Frau von 4,6 Kindern im Jahr 1900 auf derzeit ca. 1,3 Kinder gefallen ist,¹⁹ könnte man den Vorschlag eines reduzierten Pflichtteils bei einem Kind fast als „Remake“ ansehen für die Zielgruppe der heute vorherrschenden Ein- oder Zweikindfamilien.

3. Gruppen-Höchstquote

Die Quote von $\frac{1}{4}$ erscheint aber auch im Hinblick auf eine zweite wichtige Entwicklung unserer Gesellschaft seit Einführung des BGB plausibel. Es ist nicht nur die Zahl der Kinder dramatisch zurückgegangen, sondern zugleich die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften und der „Patchwork-Familien“ deutlich gestiegen.²⁰ In all diesen Fällen kann das bisherige Prinzip, dass Kinder beim Versterben eines verheirateten Elternteils in der Regel ein Viertel, beim Tod eines nicht verheirateten Elternteils dagegen die Hälfte des Nachlasses fordern können, zu problematischen Ergebnissen führen.

Bei einer Ehe mit gemeinsamen Kindern führt das bisherige Pflichtteilsrecht in der Regel noch zu einem in der Bevölkerung akzeptierten Ergebnis. Da die Ehegatten meistens in Zugewinngemeinschaft leben und der länger lebende Ehegatte damit selbst mit mindestens $\frac{1}{8}$ pflichtteilsberechtigt ist, ist der Pflichtteil des oder der Kinder beim ersten Todesfall in Summe auf $\frac{1}{4}$ des Nachlasses des Erstverstorbenen beschränkt. Dies belastet in vielen Fällen den Längerlebenden nicht übermäßig. Ausnahmefälle können durch andere Instrumentarien, wie z. B. die Stundung, gemildert werden.

Bei nichtehelichen Partnern mit gemeinsamen Kindern beträgt der Anspruch des oder der Kinder schon beim Tod des erstverstorbenen Elternteils die Hälfte des Nachlasses. Ein Ergebnis, das den zum Erben berufenen Längerlebenden erheblich belasten kann, und deswegen von den Betroffenen nicht mehr akzeptiert wird. Die Ungleichbehandlung zu Ehegatten kann man auch nicht mit dem Argument, dass nichteheliche Partner gerade nicht wie Ehegatten zu schützen sind, rechtfertigen. Denn es geht hier nicht um die Forderung, dass auch nichteheliche Partner selbst ein Pflichtteilsrecht erhalten, sondern um die Festlegung einer angemessenen Mindestbeteiligung der Kinder. Für dieses Verhältnis der Kinder zu ihren Eltern ist es aber unerheblich, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht; beide Lebensformen stehen unter dem Schutz der Familie in Art. 6 GG.²¹

Noch deutlicher werden die Zufälligkeiten und Widersprüche des bisherigen Pflichtteilsrechts bei Stiefkindern. Als Beispiel sei ein Fall angeführt, in dem sich der Vater eines Kindes aus erster Ehe wieder verheiratet. Da der Kontakt zu dem Kind schlecht ist, setzen sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben ein und bestimmen, dass nach ihrer beider Tod eine gemeinnützige Organisation ihr Vermögen erhalten soll. Kann es nun wirklich darauf ankommen, wer von den beiden im hohen Alter zuerst verstirbt? Ist dies der Vater, hat das Kind einen Pflichtteilsanspruch von $\frac{1}{4}$, ist dies die Stiefmutter, steigt dieser sofort auf ein $\frac{1}{2}$, womöglich sogar bezogen auf einen durch den ersten Erbfall angewachsenen Nachlass des Vaters.

Das Thema Pflichtteil bei Stiefkindfamilien tritt aber nicht nur in Enterbungsfällen auf, was bei folgendem, gar nicht seltenes Beispiel deutlich wird: In die zweite Ehe haben die Ehegatten zwei Söhne bzw. eine Tochter aus ihren früheren Ehen „miteingebracht“. Das Verhältnis erscheint gut und die Ehegatten wollen sich gegenseitig zu Erben und nach dem Tod des Längerlebenden alle ihre Kinder zu gleichen Teilen einsetzen. Das Problem zeigt sich v. a. im zweiten Todesfall. Wenn hier die Mutter die Längerlebende war, kann ihre Tochter statt des testamentarischen Erbteils zu $\frac{1}{3}$ einfach den Pflichtteil zu $\frac{1}{2}$ fordern. Ein Ergebnis, das nur durch komplizierte Vor- und Nacherbschaftskonstruktionen mit Ausgleichsvermächtnissen zwischen den beiden Teilnachlässen umgangen werden kann.

Für diese Widersprüche gibt es keinen sachlichen Grund. Der Schutz der zweiten Ehe oder auch der Schutz der nichtehelichen Familie muss nicht notwendig mit dem Tod des Partners enden. Dementsprechend könnte es durchaus gerechtfertigt sein, das Pflichtteilsrecht der Kinder sogar insgesamt nur auf $\frac{1}{4}$ festzulegen, unabhängig davon, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes noch verheiratet war oder nicht. Eine konsequente, aber auch verfassungsmäßig zulässige Weiterentwicklung des Pflichtteilsrechts, die von der Bildung angemessener Mindestquoten der Berechtigten ausgeht, könnte damit nicht nur in einer Höchstquote für einzelne Angehörige, sondern in einer Art Gruppen-Höchstquote münden. Das Ergebnis würde dann so aussehen, dass der Erblasser aufgrund seiner Testierfreiheit immer über die Hälfte des Nachlasses frei verfügen kann. Wenn er Kinder hat, steht diesen insgesamt ein Viertel des Nachlasses zu; mehrere Kinder müssten sich dieses Viertel wie jetzt schon bei bestehender Ehe untereinander teilen. Wenn der Erblasser verheiratet ist, steht dem Ehegatten neben den Kindern ein weiteres Viertel zu; ist er nicht verheiratet, entfällt dieses, ohne dass der Pflichtteil der Kinder dadurch beeinflusst wird.

II. Anrechnung und Ausgleichung

1. Anrechnung

§ 2315 BGB sieht derzeit vor, dass sich der Beschenkte lebzeitige Zuwendungen auf seinen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen muss, wenn dies der Schenker vor oder spätestens bei der Schenkung bestimmt hat. Diese Anforderung ist nach einhelliger Auffassung in der Literatur zu eng. Notare erleben dies häufig bei Überlassungsverträgen oder Testamenten, mit denen Eltern ihr Familienwohnhaus als wertvollsten Vermögensgegenstand einem Kind zukommen lassen wollen. Wird dabei das Problem des Pflichtteils bzw. der Pflichtteilsergänzung weiterer Kinder angesprochen, ist die Auffassung der Eltern häufig, dass diese bereits „abgefunden“ seien, weil sie Geld für die eigene Immobilie o. ä. erhalten hätten. Eine Anrechnungsbestimmung wurde aber bei der Geldschenkung fast nie getroffen, weil die Schenker diese gar nicht kannten,

¹⁷ Befürwortend, aber ohne Festlegung auf ein bestimmtes Modell: *Staudinger/Haas*, Einl. zu §§ 2303 ff. Rdnr. 40 a, der dabei auch keine verfassungsrechtlichen Probleme sieht.

¹⁸ Vgl. Motive, 1888, Band V, § 1975.

¹⁹ Vgl. *Lüscher*, 64. DJT 2002, II L 38.

²⁰ Vgl. zu dieser Entwicklung mit statistischen Daten *Martiny*, 64. DJT 2002, I A 16 ff.

²¹ Vgl. *Gaier* in *Röthel*, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 167 f.

sondern nahezu einhellig davon ausgingen, dass die Anrechnung ohnehin erfolgt.

Der Gesetzesentwurf hat dieses Anliegen aufgegriffen und vorgesehen, dass die Anrechnung auch noch durch Verfügung von Todes wegen nachgeholt werden kann.²² Dies ist vom gesetzgeberischen Ziel sehr begrüßenswert. Die Regelung beinhaltet auch keine Aushöhlung des verfassungsrechtlich geschützten Pflichtteils, weil der Beschenkte ja insgesamt nicht weniger, sondern bereits vorzeitig einen gleichwertigen Teil des Vermögens des Erblassers erhält.

Warum aber soll die Anordnung durch Verfügung von Todes wegen erfolgen? Der Referentenentwurf nennt als Grund lediglich, dass übereilte Anrechnungsbestimmungen vermieden werden sollen. Ergänzend könnte man sicherlich vorbringen, dass die Testamentsform die Beweisbarkeit erhöht, und nicht zusätzlich der Nachweis des Zugangs der Anrechnungsbestimmung geführt werden muss. Diese Gründe rechtfertigen aber nur, dass man nicht formfreie oder in einfacher Schriftform verfasste Anrechnungsbestimmungen zulassen will. Dies auszuschließen ist sicherlich – v. a. mit Blick auf die häufig lange Zeitspanne zwischen der Anrechnungsbestimmung und dem Erbfall – richtig.

Die vorgeschlagene Testamentsform ruft allerdings ihrerseits Bedenken hervor:

Diese ergeben sich zum einen aus dem Verbot des § 2302 BGB, dass sich niemand verpflichten kann, bestimmte Verfügungen von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten. Vertragliche Vereinbarungen zur Anrechnung wären damit wohl ausgeschlossen. Dies kann nicht Zweck des Gesetzes sein: Auch wenn meistens eine Anrechnung sachgerecht ist, gibt es durchaus Fälle, in denen sich die Vertragsteile ausdrücklich einig sind, dass diese nicht erfolgen soll, beispielsweise bei Fällen, in denen der Schenker auch aus Dankbarkeit für besondere Leistungen der Kinder handelt. Der Gesetzgeber würde in ausdrücklich vereinbarte Geschäftsgrundlagen und den Grundsatz der Vertragsfreiheit eingreifen, indem er dem Schenker ein nicht abdingbares Dispositionsrecht gewährt. Wenn daher der Referentenentwurf umgesetzt wird, müsste zumindest eine Öffnungsklausel für abweichende vertragliche Vereinbarungen der Beteiligten geschaffen werden.

Die Testamentsform würde ferner Auslegungsprobleme schaffen. Gerade bei privatschriftlichen Testamenten wird der Erblasser nicht den Fachbegriff der Anrechnung benutzen, aber möglicherweise frühere Zuwendungen an Angehörige erwähnen. Ist dies dann nur das Motiv, warum er andere Angehörige durch Erbeinsetzung oder Vermächnisse begünstigt, oder reicht dies schon als Andeutung für eine im Wege der Auslegung zu ermittelnde Anrechnungsbestimmung?

Entscheidend dürfte schließlich sein, dass die Möglichkeit nachträglicher Anrechnungsbestimmungen weitgehend unbekannt bleiben wird. Sind die Testatoren bei Abfassung des Testaments nicht rechtlich beraten, wird auch in Zukunft häufig keine Anrechnungsbestimmung enthalten sein, selbst wenn diese interessengerecht wäre und dem tatsächlichen Willen der Erblasser entspräche. Der Gesetzgeber sollte daher dem weitergehenden Vorschlag in der Literatur folgen, und das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis umdrehen.²³ Zu-

wendungen wären dann immer anzurechnen, es sei denn die Beteiligten schließen dies ausdrücklich aus. Mit dieser Umkehrung würde das erreicht, was in der notariellen Beratung ohnehin der Regelfall ist und vermutlich den ganz überwiegenden Wünschen der nicht beratenen Schenker entgegenkommt. Diese Lösung entspricht außerdem wichtigen Nachbarrechtsordnungen, z. B. in Italien und Frankreich,²⁴ so dass weitere Probleme an der Schnittstelle von Vertrags- und Erbrecht vermieden werden können.

2. Ausgleichung

§ 2050 BGB unterscheidet bislang zwischen der Ausstattung und Zuschüssen und Aufwendungen nach § 2050 Abs. 2 BGB, die immer auszugleichen sind, und sonstigen Zuwendungen. Bei letzteren muss die Ausgleichsanordnung wie bei der Anrechnung schon vor oder bei der Zuwendung erfolgen. Der Referentenentwurf ergänzt den bisherigen Wortlaut des Gesetzes lediglich darin, dass durch Verfügung von Todes wegen das jeweilige Gegenteil angeordnet werden kann.

Bei juristischen Laien sind allerdings schon die Begriffe der Ausstattung und Ausgleichung kaum mehr bekannt, geschweige denn, dass eine weitgehend einheitliche Vorstellung zu den rechtlichen Folgen erwartet werden könnte. Die Lebensverhältnisse der Familien sind in den letzten 100 Jahren so unterschiedlich geworden, dass man eine einheitliche Handhabung von Aussteuer und Ausstattung kaum mehr finden wird. Es treten neue Gründe für Zuwendungen hinzu, insbesondere steuerlich motivierte Überlassungen, die zum Teil – z. B. in der Form des Familienpools – schon im jungen Alter der Kinder beginnen. Und schließlich werden die Menschen immer älter, so dass kurioserweise die Zuwendungen, die beim Tod zeitlich am längsten, meistens Jahrzehnte zurückliegen, als Ausstattung ausgleichungspflichtig sind, spätere Schenkungen i. S. v. § 2050 Abs. 3 BGB jedoch nur bei ausdrücklicher Anordnung des Schenkers. Diese Unterscheidung ist zumindest bei der Ausgleichung nicht mehr zeitgemäß – oder deutlicher gesagt: Wer heute eine entsprechende Differenzierung neu vorschlagen würde, müsste mit großem Erstaunen rechnen.

Geboten wäre also eine vereinfachte, einheitliche Lösung für alle Zuwendungsarten zu finden. Dabei sprechen gegen eine Lösung mit nachträglichen Verfügungen von Todes wegen die gleichen Argumente wie bei der Anrechnung. Zudem muss berücksichtigt werden, dass dem juristisch nicht beratenen Erblasser die „Nebenwirkungen“ der Ausgleichung im Pflichtteilsrecht gemäß § 2316 BGB überhaupt nicht bekannt sein werden. Das eigentliche Ziel der Ausgleichung, die subjektiv gerechte Verteilung des Nachlasses, kann der Erblasser ohnehin – bis zur Grenze des Pflichtteilsrechts – testamentarisch erreichen, beispielweise durch die Anordnung von Vorausvermächnissen. Selbst wenn er dafür den Begriff der „Ausgleichung“ verwendet, deutet man schon heute seinen Willen in entsprechende Ausgleichsvermächnisse um.²⁵ Die Nebenfolgen für das Pflichtteilsrecht wird er in seine Überlegungen aber nicht einbeziehen.

Der Blick auf die Wirkungen des § 2316 BGB zeigt aber auch, dass die bei der Anrechnung vorgeschlagene Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses erst recht nicht sachgerecht wäre. Denn dann würde man, wie jetzt schon bei der vergleichsweise seltenen Ausstattung, die zwingende Erhöhung

²² Vgl. entsprechend der Beschluss des 49. DJT, II K 166, und 64. DJT 2002, II L 115, der jedoch sowohl die nachträgliche Anordnung durch Testament als auch die generelle Anrechnung befürwortete; *Otte*, AcP 202 (2002), 360; *Lange*, DNotZ 2007, 88.

²³ Vgl. z. B. *Bengel*, 64. DJT 2002, II L 70.

²⁴ Vgl. dazu auch *Henrich*, DNotZ 2001, 441, 450 f.

²⁵ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2050 Rdnr. 2.

des Pflichtteils enterbter Abkömmlinge in nicht abdingbarer Weise festschreiben. Zuviel Gewicht sollte man hier auch nicht der Vermutung, dass der überwiegende Teil der Bevölkerung von der Ausgleichung ausgehe, beimessen. Entscheidend ist vielmehr, dass nach rechtlicher Beratung, in der die Komplexität der Ausgleichberechnung und die Nebenfolgen des § 2316 BGB dargestellt werden, kaum mehr die Ausgleichung gewünscht wird. Der Gesetzgeber wäre hier gut beraten die Erfahrung der Notare, die in der Regel zwar die Anrechnung vorschlagen, aber von der Ausgleichung abraten, als „Best Practice“ zum gesetzlichen Regelfall zu machen. Die Ausgleichung sollte daher nicht über die einschränkende Vorschrift des § 2050 Abs. 3 ausgedehnt werden.

Diese Lösung führt auch keineswegs zu Wertungswidersprüchen, wie sie die Begründung des Gesetzesentwurfs fürchtet, sofern die Regelungen der Anrechnung und der Ausgleichung nicht einheitlich gelöst würden.²⁶ Denn wie bereits in Teil I dargestellt wurde, folgen gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht völlig unterschiedlichen Interessenlagen.

In diesem Zusammenhang wäre es auch durchaus erwägenswert, im Rahmen der Erbrechtsreform die Verbindung von Ausgleichung und Pflichtteilsrecht in § 2316 BGB zu entschärfen: Dessen eine Wirkung, dass der Pflichtteil des durch die Zuwendung begünstigten Kindes sinkt, mag interessengerecht sein, wäre aber weitgehend auch erreichbar durch die Feststellung, dass eine Ausgleichung zugleich die Wirkung der Anrechnung hat. Die weitere Wirkung, dass zugleich der Pflichtteil anderer Kinder wertmäßig steigt, entspricht in der Regel nicht den Interessen des Erblassers und ist auch aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel der Mindestbeteiligung nicht geboten. Letztlich findet sich hier nur wieder die Idee des „kleinen Erbteils“ mit der Folge, dass immer die Hälfte des Nachlasses im Pflichtteilsrecht verteilt werden soll. Vielleicht wollen Juristen einfach nur zu gerecht sein. In England hat der Gesetzgeber 1995 die *hotchpot*-Regeln, die ähnlich kompliziert waren wie unsere Ausgleichung, ersatzlos abgeschafft. Vermisst hat sie dort bislang noch niemand.

3. Ausgleichung von Pflegeleistungen

Gerechtigkeit will der Gesetzgeber auch mit dem neuen § 2057 b BGB erreichen, indem er Pflegeleistungen der Erben verstärkt in die Ausgleichung einbezieht. Diese sind bislang von § 2057 a BGB umfasst, der jedoch kaum praktische Anwendung findet, da der Pflegenden nur bei Verzicht auf berufliches Einkommen ausgleichungsberechtigt ist. Der Entwurf will den Anwendungsbereich nun deutlich ausweiten, indem er auf diese einschränkende Voraussetzung verzichtet und zudem alle gesetzlichen Erben, nicht nur die Abkömmlinge, in die Ausgleichung einbezieht. Zugleich löst sich der Entwurf bei der Bemessung der Höhe der Ausgleichung von der bisherigen Billigkeitsklausel und nimmt für den Regelfall auf die Sätze des § 36 Abs. 3 SGB XI Bezug. Da dies die Pflegesätze für Fremdleistungen sind, die über denen des Pflegegelds liegen, wird man allerdings künftig immer zur Ausgleichung kommen, selbst wenn das Pflegegeld an die Angehörigen weitergeleitet wird.

Dieser Gesetzesvorschlag birgt natürlich das Risiko, dass er ein weiteres sehr variables Element in das Erbrecht einbringt. Trotz der etwas präziseren Bemessungsvorschriften bleiben im Einzelfall zahlreiche Nachweis- und Wertungsfragen, die in die Miterbengemeinschaft Streit tragen werden. Der Preis

für die gerechte Entlohnung der Pflege kann die Beschädigung der Familienbeziehungen sein. Für den Gesetzesvorschlag spricht jedoch, dass die Pflegeleistungen häufig, wahrscheinlich sogar überwiegend zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Gepflegte nicht mehr testierfähig ist. Das Gesetz rechtfertigt sich also dadurch, vorsorglich eine vom Erblasser mutmaßlich gewollte Regelung umzusetzen, weil man ihn nicht mehr auf die selbstverantwortliche Errichtung eines Testaments verweisen kann.

Bei der Umsetzung des gesetzgeberischen Ziels sollte jedoch ein Vorschlag von Prof. *Otte* aufgegriffen werden, der statt der Ausgleichung ein gesetzliches Vermächtnis vorschlägt.²⁷ Grund dafür ist die große Zahl der Personen, die freiwillig pflegen, aber nicht zu den gesetzlichen Erben zählen, insbesondere die Schwiegertöchter. Zumindest in den Fällen, bei denen der Ehemann vor dem Tod der gepflegten Eltern verstirbt, geht die gesetzliche Ausgleichung ins Leere. Aber selbst wenn das leibliche Kind Erbe wird und man in weiter Auslegung des Gesetzes die Pflegeleistungen eines Ehepaares diesem zurechnen will, gebieten es Gleichberechtigung und Respekt vor der Leistung dieser Frauen, dass sie auch einen eigenen Anspruch erhalten. Der Gesetzgeber sollte dann allerdings seinen Teil dazu beitragen und dieses Vermächtnis von der Erbschaftsteuer freistellen – Gleiches gilt für die im Gesetzesentwurf besonders erwähnten entfernteren Verwandten, wie z. B. Nichten, die sich um Onkel und Tanten kümmern; die Finanzpolitiker haben nämlich anscheinend bei der Erbschaftsteuer keine Bedenken, diesen Verwandtschaftsgrad künftig mit Steuern ab 30 % belegen zu wollen.

Die Vermächtnislösung hat natürlich zur Folge, dass der Restpflichtteil der übrigen Erben unberührt bleibt. Anders wäre dies bei der Ausgleichung, die über § 2316 BGB dazu führt, dass aufgrund der hohen Pflegesätze in einer wohl nicht unerheblichen Zahl von Erbschaften für die nicht-pflegenden Kinder nichts mehr übrig bleibt. Dies spricht jedoch nicht unbedingt gegen die Vermächtnislösung, weil die Grenze des Pflichtteils möglicherweise den eingangs angesprochenen Familienfrieden eher wahrt. Außerdem dürfte es fragwürdig sein, ob man den verfassungsrechtlich verbürgten Mindestanteil der Kinder nur mit dem Argument ausschließen kann, dass bei vergleichbaren externen Pflegekosten der Nachlass auch erschöpft gewesen wäre.

III. Schutz des längerlebenden Ehegatten

Eine immer höhere durchschnittliche Lebenserwartung und sich lockernde Familienstrukturen, bei denen Eltern und erwachsene Kinder oft nicht mehr nahe beieinander wohnen, haben in den letzten Jahrzehnten die Tendenz gefördert, dass sich Ehepaare verstärkt gegenseitig absichern wollen, und erst nachrangig an die Vermögensverteilung unter den Kindern denken. Dazu kommt, dass mit sinkenden Alterseinkünften und steigenden Krankheits- und Pflegekosten dem eigenen Vermögen als Sicherheit eine große Bedeutung beigemessen wird. Besondere Sorgen machen sich die Paare, die zwar über eine eigengenutzte Immobilie, aber nur niedrige Ersparnisse und Renten verfügen. Trotz des meist hohen Wertes der Immobilie werden ältere Menschen keinen Kredit bekommen, um beim Tod des Erstversterbenden die Erbansprüche der Kinder zu bedienen.

²⁶ Vgl. Referentenentwurf, S. 30 der Begründung.

²⁷ In bisher noch nicht veröffentlichter Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz.

Diese Tendenz findet man in vielen Ländern Europas, und in einigen Rechtsordnungen wurden Gesetzesreformen dazu genutzt, Rechte der Ehegatten auszubauen.²⁸ Zum Teil erfolgte dies über allgemein ausgeweitete Erbrechte, zum Teil über spezielle Vorschriften für die Ehewohnung. Gesetzliche Wohnungsrechte haben z. B. Österreich und Italien eingeführt, und in Frankreich kann der längerlebende Ehegatte ein solches unter Anrechnung auf seinen sonstigen Nachlass fordern.²⁹

Auch in Deutschland wurden bereits einige, den europäischen Vorbildern nachgebildete Regelungen vorgeschlagen. Dies reicht von gesetzlichen Nießbrauchsrechten bis zum schwedischen Modell einer Enterbung der Kinder im ersten Todesfall, wenn diese zu Schlusserben eingesetzt werden.³⁰ Am einfachsten zu verwirklichen wäre der Vorschlag, den Voraus des Ehegatten um ein Wohnungsrecht zu erweitern.³¹ Der Referentenentwurf hat dies allerdings nicht aufgegriffen. Grundsätzlich wohl zu Recht, denn die Lebens- und Vermögensverhältnisse sind so vielschichtig, dass jede pauschale gesetzliche Lösung in einem Fall sinnvoll, im anderen Fall übertrieben wirken kann. Außerdem muss man darauf verweisen, dass es jedem Ehepaar offen steht, durch letztwillige Verfügungen selbst Vorsorge zu treffen. Dabei kommen ja nicht nur das – ohnehin steuerlich gefährliche – Berliner Testament, sondern differenzierte Lösungen mit Nießbrauchs- oder Wohnungsrechten und Testamentvollstreckung in Betracht, bei denen auch die Kinder angemessen beteiligt sind. Die Grenze für die eigenverantwortliche Gestaltung stellt dann das Pflichtteilsrecht dar, so dass der erforderliche gesetzgeberische Mindestschutz nur dort verwirklicht werden muss, insbesondere durch die Zulassung einer Stundung.

Eine Ausnahme wäre aber überlegenswert: Viele Menschen gehen davon aus, dass das Miteigentum an einer Immobilie oder die Miterbenstellung nur einvernehmlich aufgelöst werden können, und damit auch die gesetzliche Erbfolge für sie passend ist. Sie übersehen dabei, dass es jedem Miterben freisteht, die Auflösung der Gemeinschaft zu fordern bzw. mit der für ältere Leute schlimmstmöglichen Drohung einer Teilungsversteigerung eine Auszahlung des Erbteils zu erzwingen. Dieses Recht gilt auch noch Jahre nach dem eigentlichen Erbfall, so dass die Unsicherheit für den Längerlebenden bestehen bleibt. Sinnvoll wäre daher im Fall der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, dass die Auseinandersetzung der zum Nachlass gehörenden Ehewohnung gegen den Willen des längerlebenden Ehegatten verlangt werden kann. Dieses Auseinandersetzungsverbot würde die Ergänzung zur Stundungsvorschrift im Pflichtteilsrecht darstellen, die bei gesetzlicher Erbfolge nicht eingreift.

Zudem muss gerade die Stundung noch deutlich verbessert werden, denn die bisherige Regelung des § 2331 a BGB hat praktisch keine Relevanz. Der Referentenentwurf möchte hier nur „maßvoll erweitern“, nämlich dadurch, dass der Pflichtteilsanspruchs den Erben künftig nicht mehr „ungewöhnlich hart“, sondern nur noch „unbillig hart“ treffen muss, und dass

die Interessen des Pflichtteilsberechtigten „angemessen zu berücksichtigen sind“, während ihm bislang die Stundung „zumutbar“ gewesen sein muss. Ob wirklich durch diese feinsinnige Wortwahl der Anwendungsbereich der Stundung in der gerichtlichen Praxis erweitert wird, mag bezweifelt werden. Der Grund für den sehr zurückhaltenden Vorschlag ist wohl, dass das Ministerium verfassungsrechtliche Bedenken bei einer großzügigeren Regelung hat. Dieser Befürchtung sollte aber nicht zu große Bedeutung beigemessen werden.³² Immer dann, wenn mit der Stundung eine angemessene Sicherheitsleistung und Verzinsung verbunden ist, wird der Wert des Pflichtteils nicht beschnitten, sondern der Berechtigte lediglich in seiner zeitlichen Dispositionsfreiheit eingeschränkt. Diese ist ohnehin zufallsbedingt, da der Berechtigte im Voraus nie weiß, wie alt der Erblasser wird. Sofern der sofortigen Zahlung des Pflichtteilsanspruchs ausreichend schutzwürdige Interessen entgegenstehen, wie die Nutzung der eigenen Wohnung – oder z. B. bei Unternehmen die Erhaltung von Arbeitsplätzen –, dürfte eine Stundung als geringst möglicher Eingriff zulässig sein, zumal ja auch der Pflichtteilsberechtigte an die Familiensolidarität i. S. d. Art. 6 GG gebunden ist.³³

Die Stundung sollte man daher in der Regel zulassen, wenn dem längerlebenden Ehegatten tatsächlich der Verlust der Ehewohnung droht, und nicht außergewöhnliche Umstände, wie z. B. ein extremer Altersunterschied des Ehepaares, vorliegen.³⁴ Im Übrigen könnte die Pflichtteilsstundung mit der des § 1382 BGB im Zugewinnrecht harmonisiert werden, so dass die sofortige Zahlung nicht verlangt werden kann, wenn sie auch unter Berücksichtigung der Interessen des Pflichtteilsberechtigten „zur Unzeit“ erfolgen würde. Damit würde auch der notwendige Schutz erreicht, dass Unternehmen oder sonstige wichtige Wirtschaftsgüter nicht unter dem Liquiditätsdruck der Pflichtteilsforderung unter Wert veräußert oder zerschlagen werden müssen.³⁵

IV. Ausblick

Die Europäische Kommission arbeitet derzeit an einem Verordnungsentwurf zum internationalen Erbrecht. Sofern dieser letztlich nicht am Veto einzelner Staaten insgesamt scheitert, wird er mit ziemlicher Sicherheit eine beschränkte Rechtswahlmöglichkeit zwischen Staatsangehörigkeits- und gewöhnlichem Aufenthaltsrecht beinhalten. Vielleicht gibt es dann nicht nur Unternehmer, die aus erbschaftsteuerlichen Gründen ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegen, sondern auch solche, die aus vorhersehbaren Pflichtteilsansprüchen nach London oder New York ziehen. So wenig man weiß, ob die Testierfreiheit in den USA zu deren wirtschaftlicher Vormachtstellung beigetragen hat, so wenig wird man messen können, ob ein modernes, aber auch moderates Pflichtteilsrecht in Deutschland ein Wirtschaftsfaktor sein kann. Ein solches zu schaffen, wäre aber zumindest nicht von Nachteil.

²⁸ Vgl. zur Europäischen Entwicklung *Henrich*, DNotZ 2001, 441; *Edenfeld*, ZEV 2001, 457.

²⁹ Vgl. entspr. Länderberichte in *Süß/Haas*, Erbrecht in Europa.

³⁰ Vgl. *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 464.

³¹ Vgl. z. B. *Strätz*, DNotZ 2001, 455; *Otte*, AcP 202 (2002), 356.

³² Vgl. *Lange*, DNotZ 2007, 92.

³³ Vgl. *Gaier* in Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 167 f.

³⁴ *Otte*, AcP 202 (2002), 359 weist zudem zutreffend darauf hin, dass die notwendige Einschaltung des Nachlassgerichts als Hemmschwelle abgeschafft werden sollte.

³⁵ Vgl. z. B. *Lange*, DNotZ 2007, 92; *Schmidt* in Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 46 f.

Grenzen der Anrechenbarkeit lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil

Von Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen

Die Anrechnung auf den Pflichtteil stellt bei Übergaben an Kinder in der notariellen Praxis den Regelfall dar. Die Anwendungsmöglichkeiten der Vorschrift des § 2315 BGB sind jedoch enger, als dies häufig gewünscht wird. Die Vorschrift gestattet weder die Anrechnung auf den Pflichtteil des nicht übertragenden Ehegatten noch eine Anrechnung mit einem vom Gesetz abweichenden höheren Anrechnungswert. Auch bei minderjährigen Empfängern bereitet eine Anrechnung auf den Pflichtteil Probleme. Immerhin soll nach einem Gesetzentwurf künftig eine nachträgliche Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen durch Verfügung von Todes wegen eingeführt werden.

1. Die Bedeutung der Anrechnung nach § 2315 BGB

„Dieses Kind ist schon abgefunden“ lautet eine der häufigsten Entgegnungen von Klienten, wenn ein Rechtsberater den Erblasser auf mögliche Pflichtteilsansprüche eines enterbten Abkömmlings hinweist. Übersehen wird dabei, dass eine lebzeitige Zuwendung nur dann gemäß § 2315 Abs. 1 BGB auf den Pflichtteil anzurechnen ist, wenn dies bei der Zuwendung ausdrücklich angeordnet worden ist. Während diese bei Grundstücksübertragungen durch die Beiziehung des Notars regelmäßig erfolgt, fehlt sie in sonstigen Fällen meistens oder ist später nicht mehr beweisbar. Es besteht daher ohne die Anrechnung die Gefahr einer doppelten Beteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Vermögen des Erblassers.¹ Um diesen offensichtlichen Misstand zu beheben, soll nach einem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz künftig auch eine nachträgliche Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen durch Verfügung von Todes wegen möglich sein.² Andererseits führt die Anrechnungsbestimmung zu einer Verminderung des Pflichtteilsrechts des Empfängers³ allein durch die Annahme des Geschenkes, ohne dass es dazu eines notariell zu beurkundenden Pflichtteilsverzichts nach § 2346 Abs. 2 BGB bedarf (vgl. 2348 BGB). Umso wichtiger ist damit die Frage der Grenze der Dispositionsfreiheit des Zuwendenden bei derartigen Anrechnungsbestimmungen.

2. Die Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

a) Abgrenzung zur Anordnung der Ausgleichung nach § 2050 Abs. 3 BGB

Die Anrechnung auf den Pflichtteil darf nicht mit einer Anordnung einer Ausgleichung nach § 2050 Abs. 3 BGB verwechselt werden. Die Anrechnung nach § 2315 BGB schmälert den Pflichtteil des Anrechnungspflichtigen um den erhaltenen Vorempfang und kommt so unmittelbar den Erben zugute. Die Ausgleichspflicht nach § 2050 Abs. 3 BGB, die nur im Verhältnis zwischen Abkömmlingen – nicht gegenüber sonstigen Pflichtteilsberechtigten – möglich ist, verringert wirtschaftlich zunächst einmal nur das Guthaben des Empfängers bei der Erbauseinandersetzung, während er das der

übrigen an der Auseinandersetzung beteiligten Abkömmlinge größer werden lässt.⁴ Allerdings hat auch die Ausgleichung gemäß § 2316 BGB bekanntlich Auswirkungen auf den Pflichtteil, da sich der Pflichtteil des Empfängers wie auch der anderen Abkömmlinge nunmehr nicht mehr nach der abstrakten Erbquote, sondern nach dem Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichspflichten bei der Teilung, also wirtschaftlich betrachtet nach dem Auseinandersetzungsguthaben richtet. Dies führt damit nicht zu einer Verringerung der Summe der Pflichtteile, sondern nur zu einer Umverteilung der Pflichtteilslast der Erben.⁵ Die Ausgleichung hat damit auch eine geringere Pflichtteilsreduzierung für den Empfänger zur Folge als die Anrechnung, da zunächst nur der wirtschaftliche Anteil am Erbe gemindert und so nur indirekt bestenfalls der hälftige Wert der Zuwendung des Pflichtteilsanspruches abgezogen werden kann. Nicht zuletzt deshalb ist in der Praxis die Anrechnung nach § 2315 BGB das häufiger gebrauchte Gestaltungsmittel.⁶

b) Abgrenzung gegenüber dem Pflichtteilsverzicht

Im Gegensatz zur Anrechnung stellt ein Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB eine Form des Erbverzichts dar, also einen Vertrag zwischen Erblasser und Verzichtendem, den der Erblasser nur höchstpersönlich schließen kann, § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB, es sei denn er wäre geschäftsunfähig, § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung, § 2348 BGB. Dem gegenüber handelt es sich bei der Anrechnung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Zuwendenden, die grundsätzlich formfrei ist, es sei denn die Zuwendung selbst bedarf einer besonderen Form, wie z. B. bei Grundstücksübertragungen nach § 311 b Abs. 1 BGB.⁷ Da auch der Pflichtteilsverzicht auf einen zugewandten Gegenstand beschränkt erklärt werden und damit seine Wirkung der einer bloßen Anrechnungsbestimmung angenähert werden kann, ergeben sich Abgrenzungsprobleme. Es fragt sich, in welchen Fällen die bloße Anrechnungsbestimmung genügt und wann andererseits nur ein förmlicher Pflichtteilsverzicht die gewünschte Rechtsfolge herbeiführen kann.

¹ *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2315 Rdnr. 1; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, S. 264.

² Referentenentwurf des BMJ vom 10.4.2007; siehe schon Verhandlungen zum 49. Deutschen Juristentag, II K. 166; *Otte*, AcP 2003, 317, 331; *Lange*, DNotZ 2007, 84, 88; zum Referentenentwurf *Wiegand*, DNotZ 2007, 97, 104.

³ *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2315 Rdnr. 2.

⁴ *MünchKommBGB/Heldrich*, 4. Aufl., § 2050 Rdnr. 17; zu beiden Rechtsinstituten in der Praxis *J. Mayer*, ZErB 2007, 130.

⁵ *MünchKommBGB/Lange*, § 2316 Rdnr. 1; *Tanck* in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 57.

⁶ *J. Mayer*, ZErB 2007, 130, 135.

⁷ So *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2315 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Lange*, § 2315 Rdnr. 6; a. A. *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 22.

3. Erstreckung der Anrechnung auf nicht an der Zuwendung beteiligte Personen

a) Gesetzliche Regelung

Nach § 2315 Abs. 1 BGB sind anrechnungsfähig grundsätzlich nur lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten.⁸ Dabei muss folglich das Vermögen des Erblassers durch dessen Leistung gemindert werden⁹ und die Zuwendung unmittelbar an den Pflichtteilsberechtigten erfolgt sein.¹⁰

b) Anrechnung von Zuwendungen eines Dritten?

Auch wenn sich Ehegatten im Rahmen eines Berliner Testaments (§ 2269 BGB) gegenseitig zu Erben einsetzen und nach beider Tod die Abkömmlinge als Schlusserven berufen, sind die Zuwendungen des Erstversterbenden an die Abkömmlinge keine Zuwendungen aus dem Nachlass des Längerlebenden. Eine Anrechnung einer Zuwendung des Erstversterbenden auf den Pflichtteil nach dem Längerlebenden kommt daher nicht in Betracht.¹¹ Im Gegensatz dazu vertritt die überwiegende Auffassung zur Ausgleichung nach § 2052 BGB, Erblasser im Sinne dieser Bestimmung könne auch der zuerst verstorbene Ehegatte sein, wenn sich die Ehegatten durch Berliner Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten.¹² Es mag dahinstehen, ob diese Auffassung zu § 2052 BGB richtig ist.¹³ Jedenfalls spricht allein schon der Wortlaut des § 2315 BGB dafür, den Pflichtteil für jeden Ehegatten getrennt zu betrachten. Im Übrigen scheidet eine Anrechnungsmöglichkeit auch auf den Pflichtteil nach dem anderen Ehegatten bereits daran, dass im Gegensatz zur Ausgleichung nach den §§ 2050, 2052 BGB die Anrechnungsproblematik beim Berliner Testament bereits nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten entsteht. Für eine doppelte Anrechnung bei zwei Erbfällen bietet § 2315 BGB aber eindeutig keine Grundlage.¹⁴ Wer eine Anrechnung der vom erstversterbenden Elternteil stammenden Zuwendungen auch auf den Pflichtteil nach dem anderen Ehegatten erreichen möchte, muss daher einen entsprechenden gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht in notarieller Form (§ 2348 BGB) und unter Beachtung des Höchstpersönlichkeitsgebotes des § 2347 Abs. 2 BGB erklären.

Formulierungsvorschlag:

Die heutige Zuwendung erfolgt unter Anrechnung auf den Pflichtteil des Erwerbers am Nachlass des Übergebers. Soweit die Zuwendung nicht vom Erstversterbenden der Eltern des Erwerbers stammt, verzichtet der Erwerber hiermit gegenständlich beschränkt auf die heutige Zuwendung auf sein gesetzliches Pflichtteilsrecht auch mit Wirkung gegenüber seinen Abkömmlingen.¹⁵

⁸ Umfassend MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 1; *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 9–15.

⁹ OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173.

¹⁰ MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 5.

¹¹ Ganz h. M.: BGHZ 88, 102; MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 5; *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 10; *Mohr*, ZEV 1999, 257, 358, *Thubauville*, MittRhNotK 1993, 289, 294; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 49; anders noch KG, OLGZ 1947, 257, 259.

¹² *Palandt/Edenhofer*, BGB, 6. Aufl. 2007, § 2052 Rdnr. 1; *Staudinger/Werner*, § 2252 Rdnr. 12; MünchKommBGB/Heldrich, § 2052 Rdnr. 2.

¹³ Zweifelnd auch *J. Mayer* in Mayer/Tanck/Süß/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 61.

¹⁴ So auch *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 49.

¹⁵ Nach *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 49; *Mohr*, ZEV 1999, 257, 259.

c) Anrechnung von Zuwendungen an Dritte

aa) Wegfall eines anrechnungspflichtigen Abkömmlings

Von dem Grundsatz, wonach fremde Vorempfänge nicht anzurechnen sind, enthält bereits das Gesetz in § 2315 Abs. 3 i. V. m. § 2051 Abs. 1 BGB eine Ausnahme. Fällt ein Abkömmling, der eine anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, vor oder nach dem Erbfall weg, so muss sich ein an dessen Stelle getretener Abkömmling die Zuwendung ebenfalls auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen. Zu beachten ist, dass die Vorschrift auch eine Erstreckung der Anrechnung auf Seitenverwandte des weggefallenen Abkömmlings beinhaltet, sofern sie ihrerseits Abkömmlinge des Erblassers sind und an die Stelle des Weggefallenen treten.¹⁶ Hat also beispielsweise der Sohn etwas erhalten, stirbt danach und wird von seinem Bruder beerbt, so muss sich auch dieser die Zuwendung anrechnen lassen. Werden allerdings anstelle des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings die Eltern des Abkömmlings pflichtteilsberechtigt, so kann die lebzeitige Zuwendung regelmäßig nicht angerechnet werden: § 2315 Abs. 3 BGB greift schon vom Wortlaut her nicht ein und auch eine Anrechnung nach § 2309 Alt. 2 BGB erfasst nicht den wichtigsten Fall des Wegfalls durch Vorversterben: Zwar betrachtet die ganz herrschende Meinung die lebzeitige Zuwendung als etwas Hinterlassenes i. S. v. § 2309 BGB, das der vorrangig berufene Pflichtteilsberechtigte angenommen hat.¹⁷ Die Vorschrift ist jedoch nicht anwendbar, weil im Zeitpunkt des Erbfalls kein Abkömmling mehr vorhanden ist, der wie die Vorschrift verlangt, die Eltern von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen könnte.¹⁸ Meist dürfte dieses Problem allerdings nur von akademischem Interesse sein, da in der Praxis die Zuwendung regelmäßig gerade von den Eltern selbst stammt.

bb) Mittelbare Zuwendungen

Eine anrechenbare Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten kann aber ausnahmsweise auch in sonstigen Fällen trotz des Leistungsempfangs eines Dritten gegeben sein.¹⁹ So kann bei einer Kettenschenkung von den Eltern an das eigene Kind weiter an das Schwiegerkind zur Abkürzung des Leistungsweges auf Geheiß und mit Einverständnis des pflichtteilsberechtigten Kindes die eigentlich zunächst an dieses vorzunehmende Zuwendung gleich an das Schwiegerkind erfolgt sein. Im Verhältnis zwischen Eltern und Kind liegt eine Schenkung vor und gleichzeitig ein Auftrag, den Gegenstand direkt dem Schwiegerkind weiter zuzuwenden. Gegenstand der Schenkung kann in diesen Fällen der Erlass des Anspruchs der beauftragten Eltern auf Ersatz ihrer Aufwendungen nach § 670 BGB aus dem Auftragsverhältnis gegen das eigene Kind sein.²⁰ Der BGH hielt eine derartige anrechnungsfähige Zuwendung zumindest für denkbar.²¹ Möchte man die Anrechnung der Zuwendung an den Dritten auf den Pflichtteil des eigenen Kindes jedoch wirklich sicherstellen, so bleibt auch hier nur der beschränkte Pflichtteilsverzicht.

¹⁶ MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 16.

¹⁷ MünchKommBGB/Lange, § 2309 Rdnr. 14.

¹⁸ *Staudinger/Haas*, § 2309 Rdnr. 69.

¹⁹ MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 5; BGH, DNotZ 1963, 113, 114.

²⁰ BGH, DNotZ 1963, 113.

²¹ BGH, DNotZ 1963, 113.

Formulierungsvorschlag:

Der Erwerb soll in der gleichen Weise auf den Pflichtteil des ... angerechnet werden, als ob er diesem unter Anrechnung auf ein späteres Pflichtteilsrecht zugewendet worden wäre. Zu diesem Zweck verzichtet ... gegenständlich beschränkt auf den zugewendeten Gegenstand auf sein gesetzliches Pflichtteilsrecht am Nachlass des ...

4. Die abweichende Bestimmung des Wertes des zugewandten Gegenstandes**a) Gesetzliche Regelung**

Gemäß § 2315 Abs. 2 Satz 1 BGB wird zur Berechnung des Pflichtteils des Zuwendungsempfängers zunächst der Wert der Zuwendung dem Nachlass hinzugerechnet. Aus diesem fiktiven Nachlass ist dann der Pflichtteil des Anrechnungspflichtigen zu berechnen und schließlich davon der Vorempfang abzuziehen.²²

Diese kompliziert anmutende Berechnungsart hat allerdings ihre Berechtigung, bedeutet sie doch im Ergebnis, dass der zugewandte Gegenstand so behandelt wird, als gehörte er zum Todestag noch zum Nachlass, und müsse der Empfänger in Höhe seines Wertes anstatt des Geldes diese Sache zur Abgeltung seines Pflichtteilsanspruches annehmen. Doch besteht der Unterschied zu einer solchen freiwilligen Abgeltung des Pflichtteils nach dem Erbfall darin, dass nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichend von der allgemeinen Regelung des § 2311 BGB der Wert des Gegenstandes nicht auf den Zeitpunkt des Erbfalls, sondern den der lebzeitigen Zuwendung zu bestimmen ist. Den anrechnungspflichtigen Pflichtteilsberechtigten trifft damit das Risiko einer nach dem Stichtag eintretenden Wertminderung, während der Erblasser und damit letztlich sein Erbe als späterer Pflichtteilsschuldner das Risiko einer späteren Wertsteigerung trägt, die nicht mehr anrechenbar ist.²³ Lediglich der allgemeine Kaufkraftschwund des Geldes bis zum Erbfall ist zum Stichtagswert des übertragenen Gegenstandes hinzu zu addieren.²⁴

bb) Unter dem gesetzlichen Wert liegende Anrechnungsbestimmung

In der Anrechnungsanordnung kann bestimmt werden, dass die Anrechnung mit einem geringeren Wert erfolgen soll, da der Erblasser auch insgesamt auf eine Anrechnung verzichten könnte.²⁵ Streitig ist dagegen, ob für den Fall einer vom Zuwendenden rechtsgeschäftlich angeordneten anderweitigen²⁶ Wertbestimmung der Kaufkraftschwund zu berücksichtigen ist. Dies ist eine Frage der Auslegung der Anrechnungsbestimmung. Bleibt diese uneindeutig, so dürfte aber im Zweifel ein Inflationsausgleich abzulehnen sein. Bei der Anrechnungsmethode des § 2315 Abs. 2 BGB wird der früher zugewendete Gegenstand so behandelt, als wenn er mit dem Geldwert, den er damals hatte, noch im Nachlass vorhanden wäre. Dieser damalige Wert kann aber nur in Geld ausgedrückt werden. Dabei wird als selbstverständlich angenommen, dass der dafür errechnete Betrag im Zeitpunkt des Erbfalls noch

denselben unverändert gebliebenen Wert hat. Soweit sich der Wertmesser Geld in dem Zeitpunkt der zwischen Zuwendung und Erbfall liegt, geändert hat, führt das zu einer Verzerrung, die auszugleichen ist.²⁷ Erfolgt aber eine abweichende Anrechnung ausdrücklich in Form einer bestimmten Geldsumme, so wird damit die Anrechnung vom wahren Wert abgekoppelt. Das Geld ist nicht mehr der anpassungsbedürftige Wertmesser, sondern der Erblasser bestimmt eindeutig die Geldsumme als Abzugsposten vom späteren Pflichtteil. Der Wille, dessen Wert zu sichern, muss daher ausdrücklich erklärt werden.²⁸

b) Die Bestimmung eines über dem Verkehrswert liegenden Anrechnungswertes

Wird ein höherer Anrechnungswert als der bestimmt, der nach dem Gesetz gilt, ist dies nur möglich, wenn ein Pflichtteilsverzicht erklärt wird, da § 2315 BGB insofern keine Rechtsgrundlage für einen weitergehenden Eingriff in das Pflichtteilsrecht bietet.²⁹ Erfolgt die Anordnung eines den Verkehrswert der Zuwendung übersteigenden Anrechnungsbetrages in einem notariell beurkundeten Vertrag, so dürfte diese aber regelmäßig als gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht auszulegen sein. Der Zuwendungsempfänger kennt den vom Zuwendenden angesetzten Anrechnungswert. Nimmt er sie gleichwohl an, so muss dies regelmäßig als Einverständnis mit der Anrechnung anzusehen sein.³⁰ Es ist allerdings zu beachten, dass nach § 2347 Abs. 2 BGB auf Erblasserseite grundsätzlich Höchstpersönlichkeit erforderlich ist.³¹ Auch wird eine nicht der Form des Erbverzichtes entsprechende Übermaßanrechnung nur eine Teilnichtigkeit der Anrechnungsbestimmung bewirken, denn es wird entgegen § 139 BGB regelmäßig der Wille der Aufrechterhaltung im gesetzlich zulässigen Rahmen beim Zuwendenden vorhanden sein.

Soweit teilweise vertreten wird, eine Höherbewertung sei auch zulässig, soweit ein Pflichtteilsentziehungsgrund nach § 2333 BGB vorliegt,³² kann dem m. E. nach nicht gefolgt werden: Die Pflichtteilsentziehung kann gemäß § 2336 Abs. 1 BGB nur in Form einer letztwilligen Verfügung erfolgen. Zudem muss nach § 2336 Abs. 2 BGB der Grund der Entziehung angegeben werden. Diese formellen und inhaltlichen Anforderungen können nicht durch eine bloße formfreie „übermäßige“ Pflichtteilsanrechnung unterlaufen werden.

c) Abweichung des Bewertungsstichtages

Auch die Anordnung eines von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichenden Bewertungsstichtages kann im Einzelfall zu einem höheren als dem vom Gesetz zugelassenen Anrechnungswert führen. Dies ist insbesondere bei Grundstückszuwendungen zu beachten und kann zu krassen Verkürzungen des späteren Pflichtteilsanspruches des Zuwendungsempfängers führen, falls beispielsweise das geschenkte Ackerland später bebaubar wird. Die abweichende Bestimmung des Be-

²² MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 11.

²³ Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 47; BGHZ 65, 75 = DNotZ 1975, 721; MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 15.

²⁴ BGHZ 65, 75 = DNotZ 1975, 721; a. A. Werner, DNotZ 78, 66, 80.

²⁵ Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 43.

²⁶ So wohl Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 305; dagegen Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 54.

²⁷ BGHZ 65, 75, 77 = DNotZ 1975, 721.

²⁸ Dazu v. Oertzen, ZEV 1994, 160; Thubauville, MittRhNotK 1993, 289, 305.

²⁹ Soergel/Dieckmann, BGB, 2002, § 2315 Rdnr. 11; Thubauville, MittRhNotK 1993, 289, 305; Sostmann, MittRhNotK 76, 79, 486; Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 43; J. Mayer, ZErB 2007, 130, 134; a. A. Ebenroth/Bacher/Lorz, JZ 1991, 277, 282.

³⁰ Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 305 Fn. 239; Keim, ZEV 2006, 362.

³¹ Ausnahme bei Geschäftsunfähigkeit, § 2347 Abs. 2 Satz 2.

³² Soergel/Dieckmann, § 2315 Rdnr. 11; J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rdnr. 45.

wertungsstichtages ist dabei nur soweit möglich, als damit der inflationsbereinigte Wert des übertragenen Gegenstandes zum Zeitpunkt der Zuwendungen nicht überschritten wird.³³

Formulierungsvorschlag:

Die Anrechnung auf den Pflichtteil des Zuwendenden erfolgt abweichend von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht mit dem heutigen Wert, sondern mit dem Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls, jedoch nur soweit dadurch der gesetzliche Anrechnungswert des § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht überschritten wird.

5. Nachträgliche Anrechnung auf den Pflichtteil

a) Beabsichtige Gesetzesänderungen

Nach einem aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz soll künftig eine nachträgliche Pflichtteilsanrechnung durch Verfügung von Todes wegen möglich sein. Danach soll § 2315 Abs. 1 BGB folgender Satz angefügt werden: „Gleiches gilt, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die Anrechnung nachträglich bestimmt hat.“³⁴ Diese unter Gerechtigkeitserwägungen sicherlich sinnvolle Ergänzung kann jedoch künftig zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Es stellt sich nämlich die Frage nach den Anforderungen an die Bestimmtheit einer solcher Anrechnungsbestimmung, wenn – wie häufig – der Erblasser nur ganz allgemein anordnet, alles, was der Pflichtteilsberechtigte erhalten habe, sei auf seinen Pflichtteil anzurechnen. Die Zuordnung der Anrechnungsbestimmung zu bestimmten früheren Zuwendungen wird im Einzelfall zu erheblichen Beweis- und Auslegungsschwierigkeiten führen. Trotzdem dürfte die Neuregelung unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit zu begrüßen sein.

b) Nachträgliche Anrechnung nach der heutigen Rechtslage

Eine nachträgliche einseitige Anrechnungsbestimmung des Erblassers ist auf Grundlage des geltenden Rechts nach herrschender Meinung nur möglich, wenn sich der Erblasser diese im Zeitpunkt der Zuwendung vorbehalten hat, oder ein Grund zur Pflichtteilsentziehung nach § 2333 BGB vorliegt.³⁵ Wie auch für das Parallelproblem der Höherbewertung des zugewandten Gegenstandes kann allein das Vorliegen eines Pflichtteilsentziehungsgrundes jedoch m. E. nach kein Grund für die Zulassung einer nachträglichen Anrechnungsbestimmung sein, da so die Formvorschriften einer Verfügung von Todes wegen und insbesondere auch das Begründungserfordernis des § 2336 Abs. 2 BGB umgangen würden. Sofern die beabsichtigte Gesetzesneuregelung umgesetzt wird, dürfte die herrschende Meinung noch weniger haltbar sein, da der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich diese nachträgliche Anrechnung als Verfügung von Todes wegen qualifiziert. Damit greift aber auch das in § 2336 Abs. 2 BGB für die Pflichtteilsentziehung notwendige Begründungserfordernis ein.

Zur nachträglichen Anordnung der Anrechnung ist nach geltender Rechtslage ebenfalls ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtvertrag erforderlich. Allerdings hat schon das RG einer nachträglichen Anrechnungsbestimmung durch Verfügung von Todes wegen nicht jegliche Rechtswirkung ab-

gesprochen,³⁶ sondern angedeutet, dass eine Anordnung zumindest Einfluss auf den Erbteil des Zuwendenden haben könne, falls dieser nicht enterbt worden sei. Insbesondere könne die Anordnung als eine durch Vermächtnis angeordnete nachträgliche Ausgleichungsanordnung unter den Abkömmlingen mit den Wirkungen des § 2050 Abs. 3 BGB angesehen werden. Soweit allerdings der Zuwendungsempfänger nicht Erbe geworden ist, scheidet eine Auswirkung auf den Pflichtteil aus. Es darf also nicht etwa gemäß § 2316 Abs. 1 BGB sein Pflichtteil nach seinem durch die Ausgleichung geminderten, sondern muss nach seinem vollen Pflichtteil berechnet werden.³⁷

Schließlich bleibt dem Erblasser nach geltendem Recht noch die Möglichkeit der „Flucht in den Pflichtteilergänzungsanspruch“.³⁸ Hat der Erblasser bei der Zuwendung die Anrechnungsbestimmung vergessen und überträgt er seinen gesamten Nachlass an die übrigen Abkömmlinge, dann wird dadurch der ordentliche Pflichtteilsanspruch des Zuwendungsempfängers wirtschaftlich wertlos. Ihm steht nun gemäß § 2325 BGB ein Pflichtteilergänzungsanspruch gegen die übrigen Abkömmlinge zu. Im Rahmen dieses Pflichtteilergänzungsanspruches muss sich der Anspruchsteller aber nach § 2327 BGB alle lebzeitigen Eigengeschenke auch ohne Anrechnungsbestimmung und ohne zeitliche Befristung anrechnen lassen.³⁹

c) Nachträgliche Aufhebung oder Beschränkung einer bestehenden Anrechnungsbestimmung

Die nachträgliche Aufhebung oder Verminderung der bei der Zuwendung angeordneten Anrechnung auf den Pflichtteil ist unstreitig auch einseitig durch den Erblasser möglich, da dadurch nicht in das Pflichtteilsrecht des Empfängers eingegriffen wird.⁴⁰ Die überwiegende Auffassung möchte dies jedoch formfrei zulassen.⁴¹ Dagegen ist aber einzuwenden, dass es sich materiell um eine Zuwendung von Todes wegen handelt, auch wenn sie, falls der Zuwendende Erbe wird und sich somit die Frage nach einer Anrechnung auf den Pflichtteil nicht stellt, zugegebenermaßen gegenstandslos ist. Die spätere Minderung der Anrechnung führt zu einer Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten von Todes wegen, stellt also materiellrechtlich ein durch die Enterbung bedingtes Vermächtnis in dieser Höhe dar. Da § 2315 BGB formfrei nachträgliche Minderungen der Anrechnung nicht vorsieht, bleibt hierfür nur die Möglichkeit einer Verfügung von Todes wegen.⁴²

6. Anrechnungsmöglichkeiten bei Zuwendungen an Minderjährige

a) Rechtlicher Nachteil i. S. d. § 107 BGB?

Es stellt sich zunächst die Frage, ob eine Anrechnungsbestimmung dazu führt, dass eine unentgeltliche Zuwendung an einen Minderjährigen nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Der beschränkt geschäftsfähige Empfänger könnte dann nicht gemäß § 107 BGB selbst handeln. Den geschäftsunfähigen Empfänger könnten die Eltern häufig nicht vertre-

³³ Übersehen von OLG Nürnberg, ZEV 2006, 361.

³⁴ Nr. 21 des Referentenentwurfs vom 10.4.2007, dazu Wiegand, DNotZ 2007, 97, 104.

³⁵ MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rdnr. 6; Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 18; Baumann, ZEV 1994, 174, 175.

³⁶ RGZ 69, 306, 308 f.

³⁷ RGZ 69, 306, 319; Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 18.

³⁸ So ausdrücklich Tanck, ZERB 2000, 3.

³⁹ Dazu Tanck, ZERB 2000, 3.

⁴⁰ Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 33; J. Mayer, ZEV 1996, 441, 446; Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 295; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484.

⁴¹ Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 298; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484; J. Mayer, ZEV 1996, 441, 446; Staudinger/Haas, § 2315 Rdnr. 33.

⁴² So auch Kuchinke, Erbrecht, 2001, § 37 VI 9 a Fn. 326.

ten, da sie nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 3, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen wären, sofern sie selbst die Zuwendenden sind. Die überwiegende Auffassung im Schrifttum hält die unentgeltliche Zuwendung unter Anrechnung auf den Pflichtteil für den Minderjährigen für nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.⁴³ Der BGH hatte allerdings zur Anordnung der Ausgleichung der Abkömmlinge nach § 2050 Abs. 3 BGB einen gegenteiligen Standpunkt vertreten.⁴⁴ Eine solche Anordnung begründe nicht wie bei einer Schenkung unter einer Auflage eine schuldrechtliche Verpflichtung des Beschenkten, sondern mache nur deutlich, dass die Schenkung bei der Erbfolge berücksichtigt werden solle.⁴⁵ Diese Auffassung lässt aber die pflichtteilsrechtliche Fernwirkung der Ausgleichung nach § 2316 BGB außer Betracht, wonach sich der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers in diesem Fall nicht nach seinem quotalen Erbteil, sondern nach seinem – geringeren – Auseinandersetzungsguthaben berechnet. Da der direkte Abzug vom Pflichtteilsanspruch nach § 2315 BGB einen viel einschneidenderen Eingriff in das Pflichtteilsrecht darstellt als die indirekte Wirkung des § 2316 BGB, dürfte die Entscheidung auf die Anrechnungspflicht nach § 2315 BGB im Übrigen kaum übertragbar sein. Die Schenkung unter Anrechnung auf den Pflichtteil ist somit für den Minderjährigen kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft: Bei Zuwendungen der Eltern selbst oder der Großeltern sind diese somit gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen. Es muss nach § 1909 Abs. 1 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

b) Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen/familiengerichtlichen Genehmigung

aa) Anwendbarkeit des § 2347 Abs. 2 BGB?

Nach überwiegender Auffassung bedarf der Ergänzungspfleger darüber hinaus analog § 2347 Abs. 2 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da die Anrechnungsbestimmung ähnliche Wirkungen wie ein Pflichtteilsverzicht habe.⁴⁶ Diese Auffassung ist aber wohl zu weitgehend: Die besondere Gefährlichkeit des Pflichtteilsverzichts liegt darin, dass der Verzichtende die wirtschaftlichen Folgen seines Handels regelmäßig nicht absehen kann und insbesondere wegen der Ungewissheit über die spätere Höhe seines Pflichtteils die Angemessenheit einer ihm angebotenen Abfindung nicht abschätzen kann. Dies gebietet seinen besonderen Schutz durch notarielle Beurkundung und das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beim beschränkt Geschäftsfähigen gemäß § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der geringeren Gefährlichkeit der bloßen Anrechnung hat der Gesetzgeber schon dadurch Rechnung getragen, dass er keine besondere Form vorgesehen hat. Gerade aufgrund des Bewertungsstichtages des § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB kann der Empfänger absehen, mit welchem Wert sich die Zuwendung später auf sein

Pflichtteilsrecht auswirken wird. Insoweit unterscheiden sich die Risiken kaum von denen eines ganz normalen entgeltlichen Rechtsgeschäftes, bei dem der Minderjährige regelmäßig ebenfalls das Risiko einer Wertminderung der erhaltenen Gegenleistung zu tragen hat. Auch strukturell kann die ausdrückliche eigene Erklärung eines Pflichtteilsverzichts nicht mit der bloßen Entgegennahme einer einseitigen Willenserklärung, nämlich der der Anrechnungsbestimmung, verglichen werden. Wenn das Gesetz bei der Anrechnungsbestimmung schon auf das Erfordernis einer Annahme durch den Empfänger verzichtet, so doch erst recht auf die erheblich strengere Anforderung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

bb) Anwendbarkeit des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB?

Bedarf zwar die Entgegennahme der Anrechnungsbestimmung selbst nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, so bleibt die Frage, ob die Grundstückszuwendung dadurch zu einer Entgeltlichen wird und hiermit gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf. Dies liegt nahe, wenn man, wie hier vertreten, die Anrechnungsbestimmung als rechtlichen Nachteil i. S. d. § 107 BGB ansieht. Trotzdem ist dies abzulehnen. Die Vorschrift des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB setzt voraus, dass das Mündel für das Grundstück eine Gegenleistung zu erbringen hat.⁴⁷ Eine solche stellt die Anrechnung auf den Pflichtteil aber nicht dar, da dadurch keine eigenständige Leistungspflicht des Zuwendungsempfängers begründet wird. Das Tatbestandsmerkmal des rechtlichen Nachteils nach § 107 BGB und das der Entgeltlichkeit nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB sind nicht deckungsgleich. Auch unentgeltliche Rechtsgeschäfte, wie der Leihvertrag, das unverzinsliche Darlehen oder der Auftrag sind rechtlich nachteilig im Sinne von § 107 BGB, weil sie den Minderjährigen der Rückgabepflicht des Entleihers (§ 604 BGB), der Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers (§ 607 Abs. 1 BGB) bzw. der Aufwundererstattungspflicht des Auftragnehmers (§ 670 BGB) aussetzen.⁴⁸ Die Vorschrift des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist nach allgemeiner Auffassung aber nicht anwendbar auf Verträge, die auf einen unentgeltlichen Grundstückserwerb gerichtet sind, auch wenn damit rechtlich Nachteile für den Minderjährigen verbunden sind.⁴⁹ Die Anrechenbarkeit nach § 2315 BGB setzt zudem gerade eine freigebige Zuwendung, also ein unentgeltliches Rechtsgeschäft voraus. Gemischte Schenkungen fallen zwar sowohl unter § 2315 BGB⁵⁰ als auch unter § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB⁵¹ jedoch aus gegensätzlichen Gründen. Die Anrechnungsfähigkeit erstreckt sich nur auf den unentgeltlichen Teil, während die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB gerade aufgrund der Teilentgeltlichkeit erfolgt. Gegen eine Ausweitung auch auf rechtlich nachteilige Grundstücksgeschäfte, die keine Entgeltverpflichtung zum Inhalt haben, spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift: Denn neben dem Gesichtspunkt, dass ein Grundstückserwerb von besonderer Wichtigkeit sei, spielte bei der Schaffung des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB die Vorstellung eine Rolle, dass der Vormund Geld des Mündels im Regelfall verzinslich anzulegen und dabei bestimmte Vorschriften, die die Sicherheit der Anlage gewährleisten sollen, zu beachten habe (§ 1806 ff. BGB). Der Erwerb von Grund-

⁴³ *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 26, 32; *Kuchinke*, *Erbrecht*, § 37 VII 9 a Fn. 320; *MünchKommBGB/Lange*, § 2315 Rdnr. 9; *J. Mayer*, *ZErB* 2007, 130, 135; a. A. *Pentz*, *MDR* 1998, 1266, 1267; *OLG Dresden*, *MittBayNot* 1996, 288.

⁴⁴ *BGHZ* 15, 168 = *NJW* 1955, 1353 = *DNotZ* 1955, 72.

⁴⁵ *BGHZ* 15, 168 = *NJW* 1955, 1353 = *DNotZ* 1955, 72.

⁴⁶ *MünchKommBGB/Lange*, § 2315 Rdnr. 9; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, *BGB*, 2003, § 2315 Rdnr. 8; *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 31; *Lange*, *NJW* 1955, 1339, 1343; zweifelnd *Soergel/Dieckmann*, § 2315 Rdnr. 7; a. A. *Pentz*, *MDR* 1998, 1266; *Fembacher*, *MittBayNot* 2004, 24, 25; streitig ist, ob beim Ergänzungspfleger für die Eltern das Vormundschaftsgericht – so bei *BayObLG*, *ZEV* 2004, 340 – oder das Familiengericht – so *OLG Köln*, *Rpfleger* 2003, 570 – zuständig ist.

⁴⁷ *Staudinger/Engler*, § 1821 Rdnr. 86.

⁴⁸ *MünchKommBGB/Schmitt*, § 107 Rdnr. 31.

⁴⁹ *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1821 Rdnr. 46.

⁵⁰ *MünchKommBGB/Lange*, § 2315 Rdnr. 15.

⁵¹ *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1821 Rdnr. 47.

stücken könne dem Vormund zwar nicht gänzlich untersagt werden, wenngleich in der Regel vorzuziehen sein würde, die Mündelgelder in anderer Weise nutzbar zu machen. Da jedoch ausnahmsweise ein Grundstückserwerb zweckmäßig sein könne, empfehle sich die Wirksamkeit des auf entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichteten Vertrages von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängig zu machen.⁵² Die bloße Anrechenbarkeit auf den späteren Pflichtteilsanspruch bindet aber gerade keine Mündelgelder, da die finanziellen Auswirkungen regelmäßig erst zu einem viel späteren Zeitpunkt eintreten und bei Vertragsabschluss noch überhaupt nicht absehbar ist, ob die Anrechnung sich im Erbfall überhaupt finanziell auswirken wird.

cc) Die Genehmigungsfähigkeit der Zuwendung unter Anrechnung auf den Pflichtteil

Da die überwiegende Auffassung im Schrifttum jedoch die analoge Anwendbarkeit des § 2347 Abs. 2 BGB auf die Anrechnung befürwortet, muss die Praxis den sicheren Weg gehen und eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einholen. Bei der Erteilung der Genehmigung ist das Kindeswohl maßgeblich.⁵³ Dabei spielen insbesondere die Risiken des Geschäfts für den Minderjährigen eine wichtige Rolle. Diese liegen bei der Anrechnungsbestimmung maßgeblich in der durch den Bewertungsstichtag des § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB bedingten Gefahr des späteren Wertverlustes des übertragenen Gegenstandes. Um diese zu entschärfen und so die Genehmigungsfähigkeit herbeizuführen, wird in der Literatur eine Begrenzung des Anrechnungswertes auf denjenigen zum Zeitpunkt des Erbfalles vorgeschlagen.⁵⁴

Formulierungsvorschlag:

Die Zuwendung ist auf den Pflichtteil des Erwerbers nach dem Veräußerer gemäß § 2315 BGB anzurechnen, höchstens jedoch mit dem Wert der Zuwendung im Zeitpunkt des Todes des Veräußerers.⁵⁵

Doch auch ohne eine solche Klausel dürfte die Genehmigungsfähigkeit einer Zuwendung unter Anrechnung auf den Pflichtteil regelmäßig möglich sein.⁵⁶ Denn der Gefahr des Wertverlustes steht immerhin die frühere Benutzbarkeit des Gegenstandes durch den Erwerber gegenüber. Die bloße Anrechnung auf den Pflichtteil ist im Übrigen häufig gegenstandslos, wenn der Erwerber später Erbe wird und hat dann überhaupt keinen wirtschaftlichen Nachteil für den Minderjährigen zur Folge. Auch ist die gesetzgeberische Entscheidung des § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB zu berücksichtigen, den mit erheblich größeren Unsicherheiten verbundenen Pflichtteilsverzicht für Minderjährige nicht generell zu verbieten, sondern lediglich unter einen Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichtes zu stellen. Erst recht können daher die aufgrund des derzeitigen Wertes des übertragenen Gegenstandes leichter kalkulierbaren wirtschaftlichen Folgen einer bloßen Anrechnung auf den Pflichtteil nicht ein unüberwindbares Hindernis für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung darstellen.⁵⁷

7. Fazit und Ausblick

Die Anrechnung einer Zuwendung auf den Pflichtteil ist nach geltendem Recht nur in engen Grenzen möglich. Häufig empfiehlt sich zur Verwirklichung weitergehender Gestaltungsziele daher stattdessen ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht, dessen zusätzliche Erfordernisse hinsichtlich Form und Höchstpersönlichkeit aber zu beachten sind. Es besteht sicherlich ein Bedürfnis für die Schaffung der Möglichkeit einer nachträglichen Anrechnung durch Verfügung von Todes wegen. Der dadurch bedingte Verlust an Rechtssicherheit ist im Interesse größerer Gerechtigkeit hinzunehmen. Es bleibt abzuwarten, ob der Referentenentwurf in seiner derzeitigen Ausgestaltung auch Gesetz werden wird. Zur Stärkung der Testierfreiheit würde sich alternativ anbieten, eine Vermutungsregel zu schaffen, wonach Schenkungen von gewisser Bedeutung an Pflichtteilsberechtigte im Zweifel auf den Pflichtteil anrechenbar sein sollen.⁵⁸ Dies entspricht nach meiner Beratungspraxis den Vorstellungen vieler Beteiligten vom geltenden Recht. Der im Referentenentwurf enthaltene Vorschlag leidet im Übrigen daran, dass nunmehr der Beschenkte seinerseits auch dann keinen Schutz vor einer nachträglichen Anrechnung mehr hat, wenn bei Vornahme der Zuwendung ausdrücklich keine Anrechnung auf den Pflichtteil erfolgen sollte. Denn er müsste trotzdem mit einer späteren Anrechnungsanordnung durch Verfügung von Todes wegen rechnen. Ein Verbot der nachträglichen Anrechnung würde jedenfalls in einem Rechtsgeschäft unter Lebenden an § 2302 BGB scheitern.⁵⁹ Hier besteht sicherlich Nachbesserungsbedarf, etwa durch eine Ergänzung, wonach ein vertraglich vereinbarter ausdrücklicher Ausschluss der Anrechnung – ggf. in notariell beurkundeter Form – einer späteren Anrechnung durch Verfügung von Todes wegen entgegensteht.

Spätestens nach Umsetzung einer wie auch immer gearteten nachträglichen Anrechnungsmöglichkeit durch den Gesetzgeber dürfte aber die herrschende Meinung nicht mehr haltbar sein, die für Zuwendungen mit Anrechnungsbestimmung analog § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB bei minderjährigen Empfängern eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fordert. Denn was dem Erblasser bereits durch nicht empfangsbedürftige Verfügung von Todes wegen möglich ist, muss ihm erst recht zum Zeitpunkt der Zuwendung durch Erklärung gegenüber dem Zuwendungsempfänger gestattet sein, ohne dass dies besonderer staatlicher Kontrolle durch die Vormundschaftsgerichte bedarf.

Auch die Frage des rechtlichen Nachteils i. S. d. § 107 BGB wird sich dann neu stellen: Denn auf eine spätere Anrechnung im Testament hat der Minderjährige keinen Einfluss. Andererseits kann diese auch nicht nachträglich zur schwebenden Unwirksamkeit der bereits getätigten Schenkung führen. Dies wäre mit Grundsätzen der Rechtssicherheit unvereinbar. Durch die Neuregelung wird also die Testierfreiheit zu Lasten des Pflichtteilsrechtes erweitert. Soweit der Wert der Schenkung nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB reicht, ist somit eigentlich gar kein unentziehbarer Pflichtteilsanspruch mehr gegeben. Folglich wird aber durch die sofortige Anrechnungsbestimmung dem Minderjährigen auch nichts an Rechten genommen.

⁵² Motive IV 1140 f.; *Staudinger/Engler*, § 1821 Rdnr. 81.

⁵³ *Staudinger/Engler*, § 1828 Rdnr. 15; *J. Mayer*, FamRZ 1994, 1007.

⁵⁴ *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78, 75.

⁵⁵ Nach *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78, 85; dazu OLG München, ZEV 2007, 493, 495.

⁵⁶ So jetzt auch OLG München, ZEV 2007, 493, 495.

⁵⁷ So auch unveröffentlichtes DNotI-Gutachten vom 19.1.2005.

⁵⁸ Dazu *Henrich*, DNotZ 2001, 441, 450 unter Hinweis auf die Rechtslage in Frankreich.

⁵⁹ Denkbar wäre bestenfalls ein erbvertraglich bindendes Vermächtnis in Höhe des Anrechnungswertes zugunsten des Beschenkten für den Fall der nachträglichen Anrechnung.

Sozialhilferegress beim Wohnungsrecht

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.1.2007, V ZR 163/06¹ –

Von Notar Dr. Christian Auktor, Fürth

Die Überlassung von Grundbesitz gegen Einräumung eines Wohnungsrechts ist ein Klassiker der notariellen Vertragsgestaltung: Zahlreiche Übergeber möchten die Nachfolge ihres Grundbesitzes bereits zu ihren Lebzeiten geregelt wissen, zugleich aber bis zum Lebensende in ihrer vertrauten Umgebung weiterleben. Letztere Erwartung wird heute mehr und mehr enttäuscht. In den vergangenen Jahrzehnten ist das Risiko, die letzten Jahre seines Lebens als Pflegefall in einem Alten- oder Pflegeheim zu verbringen, stark gestiegen. Vor diesem Hintergrund wird der Notar bei der Beurkundung immer häufiger gefragt, was aus dem Wohnungsrecht werde, wenn der Übergeber wegziehen müsse, und ob der Übernehmer dann Geldersatz leisten müsse. Hierzu hat sich eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt, zu der der BGH mit der hier zu besprechenden Entscheidung ein weiteres Mosaiksteinchen beigetragen hat. Auch in der Literatur wird das Thema verstärkt aufgegriffen.²

I. Überleitung auf den Sozialhilfeträger

Besondere Brisanz erlangen die angesprochenen Fragen im Zusammenhang mit dem Sozialhilferegress. Trotz Pflegeversicherung (SGB XI) und Grundsicherung im Alter (SGB XII) sind viele ältere Menschen zur Deckung der Pflegeheimkosten auf Sozialhilfe angewiesen. So auch im vorliegenden Fall. Der Sozialhilfeträger ist wie üblich gegenüber dem Hilfeempfänger in Vorleistung getreten und hat sodann dessen Ansprüche nach § 93 SGB XII (früher § 90 BSHG) auf sich übergeleitet, um beim Sohn Rückgriff zu nehmen.

Der BGH hat sich in der vorliegenden Entscheidung nicht lange aufgehalten, um die Wirksamkeit der Überleitung zu prüfen. Er verweist lediglich auf die Bestandskraft der Überleitungsanzeige sowie darauf, dass „nicht das Wohnungsrecht selbst, sondern die sich aus dem Übergabevertrag möglicherweise als Ausgleich für die Nichtinanspruchnahme des Wohnungsrechts ergebenden Zahlungsansprüche übergeleitet worden sind“.³ Diese Vorgehensweise ist zutreffend. Die Überleitungsanzeige ist ein Sozialverwaltungsakt (§ 93 Abs. 2, 3 SGB XII, § 31 SGB X), gegen den Widerspruch und Anfechtungsklage zum Sozialgericht möglich sind.⁴ In der Praxis ist ein Vorgehen gegen die Überleitungsanzeige meist aussichtslos, da formelle Fehler selten sind und es für die Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige regelmäßig unerheblich ist, ob und inwieweit der übergeleitete Anspruch tatsächlich besteht. Diese Frage ist in einem nachfolgenden Zivilprozess zu klären. Nur wenn der übergeleitete Anspruch offensichtlich nicht besteht, kann ausnahmsweise bereits die Überleitungsanzeige rechtswidrig sein.⁵ Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn anstelle von Zahlungsansprüchen das Wohnungsrecht selbst übergeleitet würde.⁶ Eine Überleitung von Naturalleis-

tungen auf den Sozialhilfeträger ist nämlich weder mit § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB noch mit § 93 Abs. 1 Satz 1, 3 SGB XII vereinbar.

II. Kein Erlöschen des Wohnungsrechts

Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen ist die Frage, ob das Wohnungsrecht erlischt, wenn es der Berechtigte nicht mehr persönlich ausüben kann. Wie alle Dienstbarkeiten erlischt auch das Wohnungsrecht, wenn seine Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd unmöglich wird.⁷ Besteht das Ausübungshindernis nur vorübergehend, wie bei einem Krankenhausaufenthalt oder Urlaub, kommt ein Erlöschen von vornherein nicht in Betracht. Aber auch die unbefristete Aufnahme des Berechtigten in ein Pflegeheim stellt nach allgemeiner Meinung keinen generellen Erlöschensgrund dar.⁸ Der BGH bekräftigt dies in der vorliegenden Entscheidung.⁹ Er betont dabei, dass dem Berechtigten stets noch die Möglichkeit verbleibe, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume mit Gestattung des Eigentümers an Dritte zu vermieten und dadurch das Wohnungsrecht weiter auszuüben.

Der BGH rückt somit die abstrakte Vermietungsmöglichkeit in den Vordergrund. Ob der Eigentümer tatsächlich willens ist, einer Vermietung zuzustimmen, oder ob ein derartiger Anspruch des Berechtigten besteht,¹⁰ ist unerheblich. Diese vom Einzelfall losgelöste Argumentation ist gerade bei einem im Grundsatz personengebundenen Recht wie dem Wohnungsrecht nicht unmittelbar einleuchtend. Fall- und personenbezogener argumentiert beispielsweise das OLG Schleswig: „Der typische Fall des Umzugs des Wohnungsberechtigten in ein Alten- oder Pflegeheim bringt mithin das Wohnungsrecht nicht zum Erlöschen. Etwas anderes mag ausnahmsweise dann gelten, wenn (...) es aus den besonderen Gründen des Einzelfalles ausgeschlossen erscheint, dass der Wohnungs-

¹ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft).

² Everts, ZEV 2004, 495; Klinger/Roth, NJW-Spezial 2004, 157; Krauß, NotBZ 2007, 129. Früher bereits Karpen, MittRhNotK 1988, 131.

³ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 1 der Entscheidungsgründe.

⁴ Sozialhilfeangelegenheiten gehören seit 1.1.2005 zur Zuständigkeit der Sozialgerichte (§ 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG). Vorher waren die Verwaltungsgerichte zuständig.

⁵ BVerwG, NJW 1994, 64; OVG Münster, NJW 2001, 2191, 2192 jeweils m. w. N.; OLG Braunschweig, MittRhNotK 1996, 222.

⁶ OLG Braunschweig, MittRhNotK 1996, 222; Everts, ZEV 2004, 495, 496 f. (dort auch zur Überleitbarkeit des Wohnungsrechts, wenn die Überlassung der Ausübung an Dritte gestattet ist).

⁷ BGH, NJW 1985, 1025 = DNotZ 1985, 549; BayObLG, NJW-RR 1999, 1691, 1692 = DNotZ 2000, 63.

⁸ OLG Schleswig, NJOZ 2007, 1134, 1136 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2001, 542, 543; BayObLG, NJW-RR 1999, 1691, 1692 = DNotZ 2000, 63; OLG Köln, ZMR 1995, 256, 257 = NJW-RR 1995, 1358; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 467, 468; AnwKommBGB/Otto, 2004, § 1093 Rdnr. 37; Erman/Grziwotz, 11. Aufl. 2004, § 1093 Rdnr. 16; Staudinger/J. Mayer, 2002, § 1093 Rdnr. 58.

⁹ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 2 b) der Entscheidungsgründe.

¹⁰ Näher hierzu unten III.

berechtigte das Wohnungsrecht jemals wieder nutzen kann. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn der Betr. aus medizinischen Gründen dauernd auf eine apparative Versorgung angewiesen ist, die ausschließlich in einer Klinik geleistet werden kann.¹¹ Die vom Einzelfall losgelöste Auffassung des BGH entspricht jedoch der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Literatur, die von der Praxis zu beachten ist. Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass auch bei einem endgültigen Umzug des Berechtigten in ein Alters- oder Pflegeheim das Wohnungsrecht nicht erlischt.

III. Kein Recht zur Vermietung durch den Berechtigten

Die Ausübung des Wohnungsrechts kann der Berechtigte einem anderen nur dann überlassen, wenn ihm dies gestattet ist (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies erfordert entweder eine entsprechende Regelung im Überlassungsvertrag oder eine nachträgliche Vereinbarung zwischen Eigentümer und Berechtigtem. Meist wird in Überlassungsverträgen die Ausübung des Wohnungsrechts durch Dritte ausgeschlossen. Später hat der Eigentümer häufig kein Interesse mehr an einer Vermietung durch den Berechtigten. Dies gilt insbesondere, wenn sich die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume im gleichen Haus wie die Wohnung des Eigentümers befinden. Somit stellt sich die Frage, ob der Berechtigte einen Anspruch auf Gestattung der Vermietung hat, wenn er das Wohnungsrecht nicht mehr selbst ausüben kann. Der BGH hat hierzu in der vorliegenden Entscheidung nicht Stellung genommen, da eine Vermietung durch den Berechtigten nicht im Raum stand.

1. Wegfall der Geschäftsgrundlage

a) In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage umstritten. Teilweise wird ein Anspruch bejaht.¹² Zur Begründung wird überwiegend auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) und den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückgegriffen. Die Wortwahl des § 1093 Abs. 2 BGB gebe die sozialen Verhältnisse beim Inkrafttreten des BGB wieder und zeige den Willen des Gesetzgebers, dem Wohnungsberechtigten die Nutzung auch im Pflegefall zu ermöglichen. Die Aufnahme von Pflegepersonal in die Wohnung sei heute aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse so gut wie ausgeschlossen. Daher könne je nach den Umständen die Geschäftsgrundlage für die Beschränkung auf eine höchstpersönliche Nutzung wegfallen und eine Anpassung dahingehend gebieten, dem Berechtigten die Nutzungen zukommen zu lassen, anstatt die Wohnung leerstehen zu lassen. Entscheidend sei, ob nach Lage und Art der Räume eine Nutzung durch andere Personen ohne Beeinträchtigung des Eigentümers möglich sei und ob der Berechtigte sich in einer existenzbedrohenden Notlage befinde, so dass er auf die Fortsetzung der Nutzung dringend angewiesen sei.

b) Dem wird zu Recht entgegenghalten, dass das Pflegeheimrisiko als ein typisches Lebensrisiko den Vertragsteilen bei Vertragsschluss entweder bewusst war oder zumindest für sie vorhersehbar war.¹³ Auch der BGH betont in der vorliegenden Entscheidung, dass bei der Vereinbarung eines lebens-

langen Wohnungsrechts jeder Vertragsteil damit rechnen müsse, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben könne.¹⁴ Von demjenigen, der die Störung bei Vertragsschluss erkennen konnte, kann aber erwartet werden, dass er im Vertrag Vorsorge trifft.¹⁵

Vorhersehbare Änderungen begründen deshalb in der Regel keine Rechte wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, es sei denn, eine zumutbare vertragliche Risikobewältigung stand bei Vertragsschluss nicht zur Verfügung.¹⁶ Diese Ausnahme greift in den Fällen des Wohnungsrechts jedoch nicht. Denn der Gesetzgeber hat das Wohnungsrecht anders als den Nießbrauch (§ 1059 Satz 2 BGB) gerade als im Grundsatz höchstpersönliches Recht ausgestaltet (vgl. §§ 1092 Abs. 1 Satz 2, 1093 Abs. 2 BGB). Auf dieser Grundlage haben die Vertragsparteien regelmäßig bewusst ein dingliches Wohnungsrecht und eben keine andere, eine (entgeltliche) Überlassung des Wohnraums an Dritte erlaubende Gestaltung¹⁷ ihrer Rechtsbeziehungen gewählt.¹⁸ Allgemeine Billigkeitserwägungen in der Art, es sei „nicht einzusehen, dass der Verpflichtete die Wohnung selbst nicht nutzen darf und leerstehen lässt, unter Berufung auf § 1093 Abs. 2 BGB aber gleichwohl eine ihm zumutbare Vermietung ablehnt“¹⁹, können diese gesetzliche und vertragliche Grundentscheidung nicht aushebeln.²⁰

2. Ergänzende Vertragsauslegung

a) Demgegenüber hat das OLG Koblenz in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 einen Gestattungsanspruch des Berechtigten nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt, sondern auf eine ergänzende Auslegung des Übergabevertrages.²¹ Es entspreche nämlich nicht dem Vertragswillen und den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten, das verschenkte Hausgrundstück wegen des vorbehaltenen lebenslänglichen Wohnungsrechts dauerhaft, möglicherweise viele Jahre bis zum Tod des Schenkers leer stehen zu lassen, mit der Folge, dass in Fällen teilweise nicht gedeckter Pflegekosten die Rückforderung des Geschenks wegen Notbedarfs drohe. Daraus folge ein Recht und sogar eine Pflicht der Wohnberechtigten, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume zu vermieten, um die Pflegekosten zu decken.

b) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist das Vorliegen einer Regelungslücke. Der Vertrag muss innerhalb des von den Vertragsteilen vorgegebenen Rahmens hin-

¹¹ NJOZ 2007, 1134, 1136 f.

¹² OLG Köln, FamRZ 1991, 1433; OLG Köln, ZMR 1995, 256, 257 = NJW-RR 1995, 1358; OLG Celle, NJW-RR 1999, 10, 11; OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 1375, 1376.

¹³ OLG Koblenz, RNotZ 2007, 36, 37 m. w. N.; OLG Hamm, BeckRS 2006, 04672; Schneider, MDR 1999, 87.

¹⁴ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 4 a) der Entscheidungsgründe.

¹⁵ BGH, NJW 1979, 1818, 1819; AnwKommBGB/Krebs, 2005, § 313 Rdnr. 47.

¹⁶ AnwKommBGB/Krebs, § 313 Rdnr. 47 f.; vgl. ferner BGH, NJW 1981, 1168; BGH, NJW 2002, 3695, 3698; BGH, MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 4 a) der Entscheidungsgründe; Jauernig/Stadler, BGB, 12. Aufl. 2007, § 313 Rdnr. 24.

¹⁷ In Betracht kommt in erster Linie die Bestellung eines Nießbrauchsrechts. Ist ein Nießbrauch rechtlich unzulässig (z. B. weil die Nutzung auf einen rechtlich unselbständigen Gebäudeteil beschränkt werden soll), besteht die Möglichkeit, im Übertragungsvertrag die Ausübung des Wohnungsrechts durch Dritte zu gestatten.

¹⁸ Vgl. OLG Koblenz, RNotZ 2007, 36, 37; OLG Hamm, BeckRS 2006, 04672.

¹⁹ So OLG Celle, NJW-RR 1999, 10, 11; ähnlich OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 1375, 1376.

²⁰ OLG Hamm, BeckRS 2006, 04672; Schneider, MDR 1999, 87: „Ausdruck methodischer Hilflosigkeit“.

²¹ OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 1375, 1376.

sichtlich einer regelungsbedürftigen Frage einen offenen Punkt enthalten, ohne dessen Vervollständigung eine angemessene und interessengerechte Lösung nicht erzielt werden kann.²² Eine Regelungslücke liegt allerdings nicht vor, wenn dispositives Recht eingreift.²³ Die bereits zum Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgebrachten Einwände verdeutlichen, dass eine Regelungslücke regelmäßig fehlt. Denn § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält zur Frage der Vermietbarkeit eine eindeutige gesetzliche Regelung. Auch kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, dass diese dispositive Regelung von den Vertragsteilen nicht gewollt sei, da sie andernfalls bei Vertragsschluss ohne großen Aufwand Abweichendes hätten regeln können.²⁴ Die Praxis zeigt aber, dass die Beteiligten beim Wohnungsrecht nahezu ausnahmslos wünschen, dass die Nutzung durch Dritte ausgeschlossen ist. In den meisten Wohnungsrechtsvereinbarungen finden sich daher entsprechende Klarstellungen.

In dem vom OLG Koblenz entschiedenen Fall schieden Unterhaltsansprüche, Rückforderungsansprüche (§ 528 BGB) und sonstige Zahlungsansprüche gegen den Übernehmer (z. B. infolge Umwandlung des Wohnungsrechts) mangels Leistungsfähigkeit aus. Es dürfte sich daher um eine Billigkeitsrechtsprechung im Einzelfall handeln.²⁵

c) Im Ergebnis kann daher ein Anspruch des in ein Pflegeheim umgezogenen Berechtigten auf Gestattung einer Vermietung weder auf Wegfall der Geschäftsgrundlage noch auf ergänzende Vertragsauslegung gestützt werden.²⁶ Wird die Wohnung trotz fehlender Gestattung vermietet, steht dem Eigentümer lediglich ein Anspruch auf Unterlassung zu (§ 1004 Abs. 1 BGB), nicht jedoch auf Gewinnabschöpfung.²⁷

IV. Umwandlung in einen Zahlungsanspruch

Ist dem Berechtigten weder eine eigene Nutzung noch eine Vermietung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume möglich, stellt sich die Frage, ob sich das Wohnungsrecht in einen Zahlungsanspruch gegen den Eigentümer wandelt. Soweit eine ausdrückliche Regelung im Übergabevertrag fehlt, ist die Trias aus Leibgedingsvorschriften (Art. 96 EGBGB), Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und ergänzender Vertragsauslegung (§ 157 BGB) zu prüfen.

1. Leibgeding

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch auf Auszugsrente aus Art. 96 EGBGB i. V. m. dem jeweils gültigen AGBGB (in Bayern: Art. 7, 18 BayAGBGB).²⁸ Dies setzt voraus, dass es sich bei dem Übergabevertrag um einen Leibgedings-, Leib-

zuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrag im Sinne dieser Vorschriften handelt. Zu beachten ist dabei, dass nicht jedes im Grundbuch eingetragene Leibgeding zugleich auch ein Leibgeding nach Art. 96 EGBGB darstellt, da der Begriff des Leibgedings nach § 49 GBO nicht mit dem des EGBGB deckungsgleich ist.²⁹ Art. 96 EGBGB setzt voraus, dass dem Übernehmer ein Gut oder Grundstück überlassen wird, aus dessen Nutzungen er sich eine Lebensgrundlage schaffen und gleichzeitig den dem Übergeber geschuldeten Unterhalt zumindest teilweise gewinnen kann.³⁰ Leitbild ist noch immer die bäuerliche Hofübergabe. Ein selbstgenutztes Hausgrundstück oder Wohnungseigentum, das keine Wirtschaftserträge abwirft, kann nicht Grundlage von Leibgedingsrechten sein.³¹

Einigkeit besteht außerdem, dass noch kein Leibgedingsvertrag vorliegt, wenn lediglich ein Wohnungsrecht ohne gleichzeitige Übernahme von weiteren Verpflichtungen (z. B. Pflege) bestellt wird.³² Dies betont der BGH in der vorliegenden Entscheidung nochmals, indem er darauf abstellt, dass bei einem Leibgeding der Übergeber mit der Übertragung in die persönliche Gebundenheit eines abhängigen Versorgungsverhältnisses eintreten müsse, während der Übernehmer eine wirtschaftlich selbständige Stellung erlange.³³ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen. Zumindest im städtischen Bereich wird es bei Übertragungen meist am Vorliegen eines Leibgedingsvertrages fehlen.

2. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Bereits vor einiger Zeit hat der BGH entschieden, dass sich Ansprüche auf Versorgungsleistungen unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Zahlungsansprüche wandeln können, wenn die ursprünglich vereinbarten Leistungen wegen einer Zerrüttung des persönlichen Verhältnisses zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem nicht mehr erbracht werden.³⁴ In der obergerichtlichen Rechtsprechung war bislang umstritten, ob diese Grundsätze auf den medizinisch notwendigen Wegzug des Berechtigten übertragen werden können. Im Wesentlichen werden hier die gleichen Ansichten und Argumente vertreten wie bei der Diskussion um die Frage, ob eine Vermietung durch den Berechtigten zulässig ist.

Im vorliegenden Fall musste der BGH diese Streitfrage nicht entscheiden. Eine gerichtliche Vertragsanpassung nach § 313 BGB schied bereits deshalb aus, weil die Vertragsteile den Übergabevertrag nach dem Umzug in das Pflegeheim selbst durch eine nachträgliche Vermietungsvereinbarung angepasst hatten.³⁵ Erfreulicherweise hat der BGH dennoch zur Diskussion um die Anwendbarkeit des § 313 BGB Stellung genom-

²² AnwKommBGB/Looschelders, 2005, § 157 Rdnr. 18; MünchKommBGB/Busche, 5. Aufl. 2006, § 157 Rdnr. 37 ff. jeweils m. w. N.

²³ BGH, NJW 1984, 1177, 1178; AnwKommBGB/Looschelders, § 157 Rdnr. 20; MünchKommBGB/Busche, § 157 Rdnr. 38 jeweils m. w. N.

²⁴ Siehe oben Fn. 17.

²⁵ Ablehnend auch Everts, ZEV 2004, 495, 498.

²⁶ Im Ergebnis ebenso OLG Hamm, BeckRS 2006, 04672; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2001, 542, 543; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1041, 1042; Schneider, MDR 1999, 87; Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rdnr. 55.

²⁷ Str., vgl. BGHZ 59, 51, 53 = DNotZ 1973, 28; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 467, 468; Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rdnr. 54; Erman/Grziwotz, § 1093 Rdnr. 10 (jeweils m. w. N.).

²⁸ Vgl. auch die Übersicht bei MünchKommBGB/Habersack, 4. Aufl. 2006, Art. 96 EGBGB Rdnr. 2.

²⁹ Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1323 ff.

³⁰ St. Rspr., vgl. nur BGH, NJW-RR 1995, 77, 78; BGH, WM 2003, 1483, 1485; BGH, NJW 2003, 1126, 1127; BGH, MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 3 der Entscheidungsgründe.

³¹ Vgl. BGH, NJW 2003, 1126, 1127; MünchKommBGB/Habersack, Art. 96 EGBGB Rdnr. 17 m. w. N.

³² LG Darmstadt, NJOZ 2005, 823, 824 m. w. N.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Rpf 2001, 542 m. w. N.

³³ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 3 der Entscheidungsgründe.

³⁴ MittBayNot 1982, 63; BGH, WM 2002, 772, 773.

³⁵ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 4 c) der Entscheidungsgründe.

men.³⁶ Zwar hat er die Frage der Übertragbarkeit ausdrücklich offen gelassen. Obiter dictum hat der BGH aber ausgeführt, dass bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts jeder Vertragsteil damit rechnen müsse, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben könne. Trete dieser Fall ein, fehle es an der für eine gerichtliche Vertragsanpassung notwendigen Voraussetzung der unvorhergesehenen Änderung der Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden seien. Der BGH hat dadurch zutreffend klargestellt, dass der Umzug in ein Pflegeheim kein Grund zur Vertragsanpassung nach § 313 BGB ist.³⁷

Ergänzend hat der BGH darauf hingewiesen, dass nur ein dauerhaftes Unvermögen zur Ausübung des Wohnungsrechts eine schwerwiegende Veränderung der Geschäftsgrundlage begründen könne. Der Tatrichter habe daher auch zu prüfen, ob eine Rückkehr des Berechtigten in seine frühere Wohnung ausgeschlossen sei.³⁸

3. Ergänzende Vertragsauslegung

Übrig bleibt in der Regel die ergänzende Vertragsauslegung des Übergabevertrages. Anders als bei der Frage der Vermietbarkeit durch den Berechtigten kann hier das Vorliegen einer Regelungslücke nicht ohne weiteres verneint werden. Dispositives Gesetzesrecht zu Zahlungsansprüchen beim Auszug findet sich lediglich bei den Leibgedingsvorschriften, deren Anwendungsbereich aber meist nicht eröffnet ist. Fehlt im Vertrag eine ausdrückliche Regelung für den Fall des Auszugs oder ist diese unklar formuliert, bietet sich somit ein Einfallstor für nachträgliche Anpassungen.

Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist zu ermitteln, was die Vertragsteile bei angemessener Abwägung ihrer Interessen und als redliche Vertragspartner zur Schließung der Lücke selbst unternommen hätten (sog. hypothetischer Parteiwille).³⁹ In der vorliegenden Entscheidung des BGH schied zwar eine ergänzende Vertragsauslegung des Übergabevertrages aus, da die Beteiligten den Übergabevertrag durch eine Vermietungsvereinbarung abgeändert haben. Der BGH nimmt aber hinsichtlich der durch die Vermietungsvereinbarung nicht klar geregelten Frage, wem die eingenommene Miete zusteht, eine ergänzende Vertragsauslegung vor.⁴⁰ Die vom BGH dabei vorgebrachten Argumente dürften allerdings auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung eines Übergabevertrages zu beachten sein.

a) Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass das Wohnungsrecht Teil der Altersversorgung des Übergebers ist. Er soll auf Lebenszeit unentgeltlich wohnen können, mit der Folge, dass er seine Einkünfte – bis auf etwaige von ihm zu tragende Nebenkosten – anders als zum Wohnen verwenden können

soll.⁴¹ Diesem Absicherungsinteresse entspreche es, dass ihm ein Anspruch gegen den Übernehmer auf Beteiligung an den Pflegekosten in Höhe der von diesem ersparten Aufwendungen zustehe.⁴² Auch werde ansonsten der Übernehmer auf Kosten des Übergebers gegenüber den Regelungen im Übergabevertrag wirtschaftlich besser gestellt, was nicht gerechtfertigt sei.⁴³ Diese vom BGH herangezogenen Auslegungskriterien sind durchaus nachvollziehbar. Hat sich der Übernehmer im Übergabevertrag zur Tragung von verbrauchsabhängigen Nebenkosten für die vom Übergeber genutzten Räume verpflichtet, wird er durch den Wegzug des Übergebers hiervon entlastet. Auf der anderen Seite wird der Übergeber im Rahmen der Pflegeheimkosten mit diesen Nebenkosten belastet. Zu einer über diese ersparten Aufwendungen hinausgehenden Beteiligung an den Pflegeheimkosten ist der Übernehmer dagegen regelmäßig nicht verpflichtet. Insbesondere hat der Übernehmer anders als beim Leibgeding (Art. 18 BayAGBGB) keine Geldrente in Höhe des Wohnwertes zu zahlen, wenn der Berechtigte das Grundstück auf Dauer verlässt. Denn die ergänzende Vertragsauslegung darf nicht zu einer über den Inhalt des Übergabevertrages hinausgehenden Bindung und Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen,⁴⁴ z. B. indem eine erhebliche, letztlich nicht absehbare Zahlungspflicht begründet würde, für die der Vertragsinhalt bei der bloßen Vereinbarung eines Wohnungsrechts keine Grundlage bietet.⁴⁵

b) Auch die weitere vom BGH immer wieder herangezogene Annahme, dass die Vertragsteile nicht gewollt hätten, dass der Sozialhilfeträger einspringen müsse,⁴⁶ ist nicht zu beanstanden. Maßstab der ergänzenden Vertragsauslegung ist der hypothetische Parteiwille. Im Gegensatz zum wirklichen Willen ist der hypothetische Wille keine empirisch feststellbare Tatsache, sondern ein normativer Maßstab, der das Ergebnis einer rechtlichen Interessenabwägung und -würdigung widerspiegelt.⁴⁷ Dabei ist der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten, der seinerseits durch die Rechtsordnung ausgefüllt wird.⁴⁸ Die ergänzende Vertragsauslegung stellt sich somit als eine wertende Auslegung dar, bei der die Einheit der Rechtsordnung zu wahren ist. Führt die Interessenabwägung zu mehreren möglichen Auslegungsergebnissen, ist daher dasjenige vorzuziehen, welches den in § 2 SGB XII festgelegten Nachrang der Sozialhilfe beachtet.⁴⁹ Soweit eine Vertragslücke vorliegt, wird die ergänzende Vertragsauslegung daher in den meisten Fällen zu einer Kostenbeteiligung des Übernehmers in Höhe der von ihm durch den Auszug ersparten Aufwendungen führen.

³⁶ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 4 a) der Entscheidungsgründe.

³⁷ Zustimmung auch die Anmerkung von *Krauß*, NotBZ 2007, 129, 130. Das OLG Celle, BeckRS 2007, 17779 zeigt sich in seiner ersten Reaktion auf das Urteil des BGH noch nicht überzeugt.

³⁸ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 4 b) der Entscheidungsgründe.

³⁹ BGH, NJW-RR 2005, 205, 206; AnwKommBGB/*Looschelders*, § 157 Rdnr. 21 ff.; MünchKommBGB/*Busche*, § 157 Rdnr. 46 ff. jeweils m. w. N.

⁴⁰ MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 5 c) – II. 6 der Entscheidungsgründe.

⁴¹ BGH, MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 5 d) der Entscheidungsgründe.

⁴² BGH, NJW 2003, 1126, 1127.

⁴³ Vgl. BGH, MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 5 d) der Entscheidungsgründe.

⁴⁴ BGH, NJW-RR 1991, 1031, 1033; *Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, 2007, § 157 Rdnr. 44; MünchKommBGB/*Busche*, § 157 Rdnr. 55.

⁴⁵ OLG Köln, FamRZ 1998, 431.

⁴⁶ Vgl. NJW-RR 2003, 577, 578; MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 5 d) der Entscheidungsgründe; vgl. auch BGH, NJW 2002, 440, 441.

⁴⁷ AnwKommBGB/*Looschelders*, § 157 Rdnr. 23; vgl. ferner BGH, NJW 1986, 1429, 1431; *Bamberger/Roth/Wendtland*, § 157 Rdnr. 41; *Erman/Armbrüster*, § 157 Rdnr. 21; teils a. A. MünchKommBGB/*Busche*, § 157 Rdnr. 28, 46.

⁴⁸ MünchKommBGB/*Busche*, § 157 Rdnr. 56; AnwKommBGB/*Looschelders*, § 157 Rdnr. 22.

⁴⁹ Kritisch hierzu *Kornelx*, ZEV 2002, 117.

V. Folgen für die Vertragsgestaltung

1. Vorsorgende Gestaltung

Um Vertragslücken und eine daraus resultierende ergänzende Vertragsauslegung zu vermeiden, empfiehlt es sich, bei der Vereinbarung von Wohnungsrechten eine klare und eindeutige Regelung für den Fall des Auszugs des Berechtigten zu treffen. Hierfür finden sich in der Literatur zahlreiche Formulierungsvorschläge.⁵⁰ Überwiegend wird dabei das Erlöschen des Wohnungsrechts angeordnet, wenn der Berechtigte das Grundstück nicht nur vorübergehend verlässt. Das BayObLG hat bereits vor einigen Jahren entschieden, dass eine solche Regelung als auflösende Bedingung des Wohnungsrechts zulässig ist.⁵¹ Kurzzeitig hatte der BGH die vertragsgestaltende Praxis verunsichert. Ein Urteil aus dem Jahr 2001⁵² erweckte den Eindruck, solche Gestaltungen seien unzulässige Verträge zu Lasten Dritter, nämlich der Sozialhilfeträger. Diese Entscheidung hat heftige Kritik hervorgerufen.⁵³ Der BGH hat eine neuere Entscheidung aus dem Jahr 2003 dazu genutzt, sich von der Figur des unzulässigen Vertrages zu Lasten Dritter zu trennen und klarzustellen, dass es sich bei seinen Erwägungen lediglich um Kriterien für die ergänzende Vertragsauslegung gehandelt habe.⁵⁴

Neben der auflösenden Bedingung sollte eine zusätzliche Verpflichtung des Berechtigten zur Löschung des Wohnungsrechts im Grundbuch aufgenommen werden. Dies kann Schwierigkeiten beim Nachweis des Bedingungseintritts gegenüber dem Grundbuchamt vermeiden. Klargestellt werden sollte auch, dass Geldersatzansprüche ausgeschlossen werden, es sei denn der Eigentümer hätte den Auszug zu vertreten.⁵⁵ Unabhängig davon, ob eine Erlöschensklausel aufgenommen wird, besteht allerdings stets die Gefahr, dass der Berechtigte

⁵⁰ Formulierungsvorschläge finden sich z. B. bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2007, Rdnr. 859, 1080; *ders.*, NotBZ 2007, 129, 131; *ders.*, MittBayNot 1992, 77, 101; *Sandweg* in Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, IV.16 Rdnr. 14; *Weyland*, MittRhNotK 1997, 55, 75.

⁵¹ MittBayNot 1998, 33; vgl. auch die Gestaltungshinweise von *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1, 7 ff.; *Everts*, ZEV 2004, 495, 498 f.; *Klinger/Roth*, NJW-Spezial 2004, 157, 158.

⁵² MittBayNot 2002, 179 = DNotZ 2002, 702 = NJW 2002, 440.

⁵³ Vgl. z. B. *Krauß*, DNotZ 2002, 705; *ders.*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1096 ff.; *J. Mayer*, MittBayNot 2002, 152; *Kornexl*, ZEV 2002, 117.

⁵⁴ MittBayNot 2004, 180 = NJW-RR 2003, 577.

⁵⁵ Vgl. die zusammenfassende Formulierung von *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1080; *ders.*, NotBZ 2007, 129, 131.

oder der Sozialhilfeträger (ergänzend) auf Herausgabeanprüche aus § 528 BGB oder auf Unterhaltsansprüche zurückgreift. Es bedarf also einer Abwägung im Einzelfall, welche Lösung für die Vertragsteile wirtschaftlich besser ist.⁵⁶ Hierbei können auch steuerliche Erwägungen eine Rolle spielen (z. B. Absetzbarkeit bei der Einkommensteuer).

2. Nachträgliche Anpassung

Ist eine vorsorgende Vertragsgestaltung versäumt worden, besteht die Möglichkeit, die Wohnungsrechtsvereinbarung noch nachträglich anzupassen. Ein Verzicht auf das Wohnungsrecht oder eine Änderung zu Lasten des Berechtigten (z. B. dahingehend, dass der Berechtigte seine Nebenkosten künftig selbst zu tragen hat), kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Berechtigte noch nicht sozialhilfebedürftig ist und dies auch nicht absehbar ist. Im Hinblick auf § 138 BGB gelten hier ähnliche Grundsätze wie beim Unterhaltsverzicht unter Ehegatten.⁵⁷

Darüber hinaus ist auch der nachträgliche Abschluss einer Vermietungsvereinbarung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem möglich, um einen Leerstand der Wohnung zu vermeiden. Wie das vorliegende Urteil zeigt, ist dabei eine klare und eindeutige Regelung zu treffen, wer die Wohnung vermieten darf und wem die erzielte Miete und die Nebenkosten zustehen.⁵⁸ In der Praxis kann der Abschluss einer Vermietungsvereinbarung allerdings auf Schwierigkeiten stoßen, wenn der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, selbst zu handeln. Ein Betreuer (§ 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder Bevollmächtigter (vgl. § 665 Satz 1 BGB) hat nämlich die Interessen des Berechtigten zu wahren. Bei der Interessenbewertung stellen sich sodann ähnliche Fragen, wie bei der ergänzenden Vertragsauslegung.⁵⁹ Soll der Berechtigte im Ergebnis auf eine Eigennutzung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume verzichten und soll zugleich die Miete samt Nebenkosten vollständig dem Eigentümer zustehen, wird dies regelmäßig nicht den Interessen des Berechtigten entsprechen.

⁵⁶ Vgl. *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1102 f.; *Everts*, ZEV 2004, 495, 499; zu § 528 BGB: *Rundel*, MittBayNot 2003, 177; zum Elternunterhalt: *Krauß*, DNotZ 2004, 502 und DNotZ 2004, 580.

⁵⁷ Vgl. auch *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1, 7 ff.; *Everts*, ZEV 2004, 495, 498; OLG Hamm, BeckRS 2006, 04672.

⁵⁸ Vgl. BGH, MittBayNot 2007, 42 (in diesem Heft) unter II. 5 der Entscheidungsgründe.

⁵⁹ Siehe oben IV.3.

Erbschaftsteuerliche Grenzen der Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft – Wegfall der steuerlichen Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 ErbStG bei umfassendem Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag?

Von Notarassessor Dr. *Thomas Grund*, Dipl. Kfm., Würzburg

Bei der Wahl und Ausgestaltung des Güterstandes im Rahmen von Eheverträgen spielen zu Recht steuerliche Gesichtspunkte oft eine entscheidende Rolle. Zentrale steuerliche Norm in diesem Zusammenhang ist § 5 ErbStG. § 5 Abs. 1 ErbStG stellt beim erbrechtlichen Zugewinnausgleich eine fiktive Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei, die nach § 1371 Abs. 2 BGB zu berechnen ist. Erfolgt dagegen der Zugewinnausgleich zu Lebzeiten der Ehegatten oder im Todesfall nach der güterrechtlichen Lösung, so stellt § 5 Abs. 2 ErbStG die reale Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei. In letzter Zeit ist erneut Bewegung in die Diskussion um die Gestaltungsmöglichkeiten in Eheverträgen mit Blick auf § 5 ErbStG gekommen, die durch neuere BFH-Urteile angestoßen wurde. Die Güterstandsschaukel¹, die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft und ihre steuerliche Anerkennung² und der fliegende Zugewinnausgleich³ seien hier genannt.

Der vorliegende Beitrag richtet sein Augenmerk auf ein Detailproblem im Rahmen des § 5 ErbStG, das bei der Gestaltung von Eheverträgen auftreten kann. Konkret geht es um die Frage, in welchem Umfang bei einer Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft der Zugewinnausgleich ausgeschlossen werden kann, ohne Gefahr zu laufen, den Steuerfreibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG zu verlieren.

I. Gefahr für die Steuerfreiheit nach § 5 Abs. 1 ErbStG durch Ausschluss des Zugewinnausgleichs auch im Todesfall?

Beispielfall:

Ehegatte A wird als Unternehmer in der Ehe voraussichtlich beträchtliches Einkommen erzielen, Ehegatte B dagegen nicht. Das gesamte Endvermögen des A wird daher bei Beendigung der Ehe zugewinnausgleichspflichtig sein. A will in einem Ehevertrag für den Fall der Scheidung den Zugewinnausgleich ausschließen. Für den Fall des Todes des A soll B neben den Kindern Erbe zu $\frac{1}{4}$ sein, gleich ob als gesetzlicher oder gewillkürter Erbe. B soll jedoch nicht in der Lage sein, die Erbschaft auszuschlagen und auf diesem Wege den güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns und den kleinen Pflichtteil zu erhalten (sog. güterrechtliche Lösung). Es ist daher eine Modifikation der Zugewinnngemeinschaft vorgesehen, die den Zugewinn für den Fall der Scheidung und auch für den Todesfall komplett ausschließt. Die Gütertrennung wird in dieser Situation ausdrücklich nicht gewählt, um für den Fall des Todes des A den Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG für den Ehegatten B zu erhalten.

Es stellt sich in dieser Situation die Frage, ob eine ehevertragliche Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft dahingehend, dass die Durchführung des Zugewinnausgleichs sowohl zu Lebzeiten als auch im Todesfall⁴ ausgeschlossen sein

soll,⁵ dazu führt, dass der Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG nicht gewährt wird.

II. Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 ErbStG bei vollständigem ehevertraglichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs unter Beibehaltung des gesetzlichen Güterstandes

1. Meinungsstand

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG gilt beim überlebenden Ehegatten der Betrag, den er nach Maßgabe des § 1371 Abs. 2 BGB als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb i. S. d. § 3 ErbStG, soweit der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet und der Zugewinn nicht nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG bleiben bei der Berechnung dieses Betrages von den Vorschriften der §§ 1373–1383 und § 1390 BGB abweichende güterrechtliche Vereinbarungen unberücksichtigt.

Dem überlebenden Ehegatten wird mithin eine *fiktive Ausgleichsforderung* zugestanden, die er ähnlich einem Freibetrag steuermindernd abziehen kann. Mit dieser 1974 eingeführten Regelung wurde die Bestimmung des § 6 Abs. 1 ErbStG 1959 ersetzt, die den Erwerb des überlebenden Ehegatten in Höhe des im § 1371 Abs. 1 BGB normierten Zusatzviertels steuerfrei ließ. Der fiktive steuerliche Zugewinnausgleich wird dem überlebenden Ehegatten aber nicht nur dann gewährt, wenn er als *gesetzlicher* Erbe den vollen erbrechtlichen Vermögensausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB erhält, sondern auch dann, wenn er als *testamentarischer* Erbe oder als *Vermächtnisnehmer* davon Abstand nimmt, durch eine Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses die

¹ BFH vom 12.7.2005, BStBl II, S. 843.

² BFH vom 18.1.2006, BFH/NV 2006, S. 948.

³ BFH vom 24.8.2005, MittBayNot 2006, 455; der BFH spricht sich in dieser Entscheidung gegen die Anerkennung des sog. fliegenden Zugewinnausgleichs aus.

⁴ Auch der erbrechtliche Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB kann nach h. M. ausgeschlossen werden, MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl. 2000, § 1371 Rdnr. 17; J. Mayer in Bamberger/Roth, BGB, § 1371 Rdnr. 13; Soergel/Lange, BGB, 13. Aufl., § 1371 Rdnr. 7; RGRK/Finke, BGB, 12. Aufl., § 1371 Rdnr. 73; a. A. Staudinger/Thiele, BGB, 2000, § 1371 Rdnr. 137. Es ist also möglich, hinsichtlich des Zugewinnausgleichs im Todesfall nur die erbrechtliche Lösung, nur die güterrechtliche Lösung oder beide Lösungen auszuschließen.

⁵ Sofern die Möglichkeit offen gehalten werden soll, den Zugewinnausgleich zu Lebzeiten durch Vereinbarung der Gütertrennung bzw. durch die sog. Güterstandsschaukel durchzuführen, müsste diese Möglichkeit als Ausnahme vom kompletten Ausschluss des Zugewinnausgleichs vorgesehen werden.

güterrechtliche Abwicklung herbeizuführen.⁶ Die Zugewinnausgleichsforderung ist im Rahmen des § 5 Abs. 1 ErbStG nur für Zwecke der Erbschaftsteuer nach den güterrechtlichen Regeln *fiktiv* zu ermitteln.⁷

Umstritten ist allerdings die Frage, ob die Freibetragsregelung des § 5 Abs. 1 ErbStG auch dann noch eingreift, wenn durch ehevertragliche Vereinbarungen der Zugewinnausgleich im Todesfall völlig oder auch nur teilweise ausgeschlossen ist.

Eine starke Auffassung in der Literatur geht davon aus, dass nach der Neufassung des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbStG der Erbschaftsteuerfreibetrag selbst dann nicht verloren geht, wenn bei einem vollständigen Ausschluss des Zugewinnausgleichs vom gesetzlichen Güterstand nur noch die Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen übrig bleiben.⁸

Eine andere Auffassung steht auf dem Standpunkt, dass die Freibetragsregelung des § 5 Abs. 1 ErbStG jedenfalls dann anwendbar bleibt, wenn zumindest für den Todesfall die Möglichkeit des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs (eventuell nach Ausschlagung der erbrechtlichen Zuwendung) erhalten bleibt.⁹

Eine dritte Meinung in der Literatur geht davon aus, dass bereits der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Scheidungsfall zum völligen Fortfall des steuerfreien Betrages nach § 5 Abs. 1 ErbStG führe, da in diesem Fall der fiktive Zugewinnausgleich mit Null vereinbart worden sei.¹⁰

Rechtsprechung existiert zu dieser Problematik soweit ersichtlich nicht.

2. Analyse der vertretenen Ansichten

a) Güterrechtlicher Zugewinnausgleichsanspruch als bloße Rechengröße im Rahmen von § 5 Abs. 1 ErbStG

Richtig ist die erste Auffassung, nach der der Freibetrag des § 5 Abs. 1 ErbStG auch dann gewährt werden muss, wenn der Zugewinnausgleich in jedem Fall, also neben dem Fall der Scheidung auch im Todesfall durch die Abbedingung von § 1371 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist. Denn die Bezugnahme in § 5 Abs. 1 ErbStG auf § 1371 Abs. 2 BGB dient der *Definition der Berechnungsgrundlage* für den Freibetrag,

setzt jedoch nicht voraus, dass tatsächlich ein Ausgleich des Zugewinns noch möglich ist. Bei der fiktiven Ausgleichsforderung handelt es sich demnach um eine bloße Rechengröße.¹¹

b) Interpretation des Wortlauts des § 5 Abs. 1 ErbStG

Bereits nach dem Gesetzeswortlaut handelt es sich um eine *fiktive* Zugewinnausgleichsforderung. Der Freibetrag nach § 5 Abs. 1 BGB kommt – fiktiv berechnet unter Annahme des güterrechtlichen Ausgleichs – zur Anwendung, auch wenn zivilrechtlich kein erbrechtlicher oder güterrechtlicher Zugewinnausgleich erfolgt. Nachdem § 5 Abs. 1 ErbStG von vornherein mit einer (Berechnungs-)Fiktion arbeitet, ist es nicht nachvollziehbar, warum ungeschriebene Voraussetzung des § 5 Abs. 1 ErbStG sein sollte, dass ein Zugewinnausgleich noch *tatsächlich* möglich ist.¹² Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 ErbStG ist jedenfalls nicht zwingend in dieser Richtung auszulegen.

c) Ausdrückliche Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG – Irrelevanz ehevertraglicher Vereinbarungen

§ 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG regelt ausdrücklich, dass güterrechtliche Vereinbarungen in Eheverträgen, welche eine Modifizierung des Zugewinnausgleichs vorsehen, bei der Berechnung des Freibetrages nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG unberücksichtigt bleiben. Danach kann zum einen durch ehevertragliche Vereinbarung die steuerfreie Zugewinnausgleichsforderung nach § 5 Abs. 1 ErbStG nicht erhöht werden. Nach der Begründung des Gesetzgebers war diese Gesetzesänderung erforderlich, um missbräuchliche Gestaltungen zu verhindern, die der ursprünglichen Konzeption des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes widersprechen. Mit der Neufassung des § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 habe der Gesetzgeber den bürgerlichrechtlichen Grundtatbestand der §§ 1373–1383, 1390 BGB zur Berechnungsgrundlage für die Ermittlung der fiktiven steuerfreien Zugewinnausgleichsforderung machen wollen. Dementsprechend sollte mit dem neuen Satz 2 grundsätzlich klargestellt werden, dass ehevertragliche Vereinbarungen über die Berechnungsgrößen des fiktiven Zugewinnausgleichs, die – obwohl zivilrechtlich zulässig – von den im BGB festgelegten Berechnungsgrößen abweichen und dadurch eine Erhöhung der nur für steuerliche Zwecke zu ermittelnden (!) fiktiven steuerfreien Ausgleichsforderung bewirken, für die Erbschaftsteuer unbeachtlich seien. So bleibt etwa im Rahmen des § 5 Abs. 1 ErbStG eine (zivilrechtlich ohne weiteres zulässige) rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft auf den Zeitpunkt der Eheschließung erbschaftsteuerrechtlich unberücksichtigt.¹³

Im Gegenzug bleiben nach richtiger Ansicht aber auch diejenigen ehevertraglichen Vereinbarungen im Rahmen des § 5 Abs. 1 ErbStG außer Betracht, die den Zugewinnausgleich reduzieren. So kann die Herausnahme von Betriebsvermögen aus der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs dazu

⁶ Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand April 2003, § 5 Rdnr. 15; Jülicher, ZEV 2006, 338, 342.

⁷ Weinmann in Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuerkommentar, Stand Juni 2004, § 5 Rdnr. 10.

⁸ J. Mayer in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 3, Kapitel 1, Rdnr. 69; Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten, 6. Aufl. 2001, § 1 Rdnr. 89; Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 14. Aufl. 2004, § 5 Rdnr. 26; Götz, NWB 2007, Fach 10, 1599, 1607.

⁹ Grziwotz in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, Abschnitt B 1 Rdnr. 59; Kappel/Dehne, DStR 1992, 1691, 1695; wohl auch Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 5 Rdnr. 20.

¹⁰ Felix, KÖSDI 4/90, 8032; Berger, Die „modifizierte Zugewinnsgemeinschaft“ in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, 1989, S. 197 ff. Allerdings datieren diese Ansichten auf einen Zeitpunkt, als § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG i. d. F. des Missbrauchsbekämpfungsgesetzes (StMBG) vom 21.12.1993 (BGBl I, S. 2310) noch keine Geltung hatte. Dieser ordnet an, dass von den Vorschriften der §§ 1373–1383 und 1390 BGB abweichende güterrechtliche Vereinbarungen bei der Berechnung der Ausgleichsforderung unberücksichtigt zu bleiben haben. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, ist gerade diese Regelung ein gewichtiges Argument dafür, dass die Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 ErbStG auch dann erhalten bleibt, wenn der Zugewinnausgleich im Todesfall ehevertraglich völlig ausgeschlossen wird.

¹¹ Ebenso Weinmann in Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuerkommentar, § 5 Rdnr. 11 a; Engel in Wilms, ErbStG, Stand September 2007, § 5 Rdnr. 22.1.

¹² So aber wohl Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 5 Rdnr. 20. Es wäre schwer verständlich, warum etwa dann, wenn für den Todesfall nur die güterrechtliche Lösung ausgeschlossen wird, der Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG versagt werden sollte, obwohl beim erbrechtlichen Ausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB der güterrechtliche Ausgleich ja gerade nicht zum Zuge kommt.

¹³ Vgl. zur Rechtsentwicklung zu dieser Frage den Überblick bei Münch, Die Unternehmerehe, 2007, Rdnr. 724.

führen, dass zivilrechtlich nur noch ein geringer Zugewinn ausgleichspflichtig bleibt. Nach § 5 Abs. 1 ErbStG wird der fiktive Zugewinn dennoch unter Einbeziehung der ausgenommenen Vermögenswerte berechnet.¹⁴ Insofern erscheint es konsequent, dass auch eine extreme Modifizierung dahingehend, dass überhaupt kein Zugewinnausgleich durchgeführt werden soll, außer Betracht bleibt. Andernfalls müsste man sich fragen, warum eine Aushöhlung des Zugewinnausgleichsanspruchs durch die umfangreiche Herausnahme von Vermögen aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs anders zu behandeln wäre als ein völliger Ausschluss des Zugewinnausgleichs. Die Grenzen zwischen beiden Gestaltungen können im Einzelfall fließend sein.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber mit § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG lediglich einer „Aufblähung“ des fiktiven steuerlichen Zugewinnausgleichsanspruchs durch ehevertragliche Vereinbarungen entgegenwirken wollte, nicht aber solchen Vereinbarungen ihre steuerliche Relevanz versagen wollte, welche zu einer Verminderung der Ausgleichsforderung führen. Denn dies hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden. Eine Auslegung (nur) zu Lasten der Steuerpflichtigen scheidet m. E. aus und wäre „Rosinenpickerei“ zugunsten der Finanzverwaltung. Treffend erscheint hier das Sprichwort: „Wer A sagt, muss auch B sagen.“

d) Keine Koppelung der steuerlichen Vergünstigung des § 5 Abs. 1 ErbStG an die zivilrechtliche Zugewinnausgleichsforderung

Auch lässt sich in diesem Zusammenhang nicht argumentieren, dass eine Versagung des Freibetrages nach § 5 Abs. 1 ErbStG für den Fall des völligen Ausschlusses des Zugewinnausgleichs insofern gerechtfertigt sei, als dadurch auch die zivilrechtliche Ausgleichsforderung/die Erbteilerhöhung ausgeschlossen sei und demnach kein Grund bestünde, einen Freibetrag zu gewähren. Dieser „Koppelungsgedanke“ widerspricht der Systematik des § 5 Abs. 1 ErbStG, wie gerade die Fälle der „Aufblähung“ des Zugewinnausgleichsanspruchs durch ehevertragliche Vereinbarungen zeigen. In diesen Fällen entsteht eine größere Ausgleichsforderung, ohne dass diese steuerlich privilegiert würde. § 5 Abs. 1 ErbStG ist insofern als generalisierende Regelung ausgestaltet, die den fiktiv zu ermittelnden steuerlichen Freibetrag nicht an das tatsächliche Volumen des Zugewinns anknüpft. Ein solches Volumen ist bei einer Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung auch gar nicht zu bestimmen, da hierbei nicht offen zu Tage tritt, welcher Anteil des Erbes tatsächlich Zugewinn darstellt. Der Gesetzgeber hat sich von der früheren Regelung verabschiedet, nach der ein Freibetrag in Höhe des erbrechtlichen Viertels galt. Diese Regelung sah wenigstens im Ausgangspunkt noch eine Verknüpfung von zivilrechtlicher Ausgleichsforderung und steuerlichem Freibetrag vor.

e) Keine Versagung der Vergünstigung des § 5 Abs. 1 ErbStG wegen „Denaturierung“ des gesetzlichen Güterstandes (faktische Gütertrennung)

Dem Einwand, durch die hier vorliegende Gestaltung werde der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft völlig denaturiert,

so dass faktisch ein Fall der Gütertrennung vorliege, kann Folgendes entgegengehalten werden: Zum einen lässt sich das formale Argument anführen, dass trotz weitgehender Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes dieser dennoch Bestand hat.¹⁵ Auch eine extrem modifizierte Zugewinnsgemeinschaft ist grundsätzlich¹⁶ keine Gütertrennung. Die Ehegatten haben sich bewusst dagegen entschieden.¹⁷

Für den Fall, dass für den Todesfall nur die güterrechtliche Lösung ausgeschlossen wird, verbleibt neben den Verfügungsbeschränkungen zusätzlich die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB. Beließe man es bei der gesetzlichen Erbfolge anstelle einer letztwilligen Verfügung, würden sich die Rechtsfolgen der Zugewinnsgemeinschaft darin zeigen, dass der Erbteil des Ehegatten um das gesetzliche Viertel erhöht würde, was bei Gütertrennung nicht der Fall ist. Damit träfe die Aussage nicht zu, dass faktisch eine Gütertrennung vorliege. Dem erstversterbenden Ehegatten steht es nun aber frei, den überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen auf einen bestimmten Erbteil einzusetzen. Auch wenn hierbei das gesetzliche Viertel nicht mehr sichtbar zum Tragen kommt, lässt es sich nicht von der Hand weisen, dass der Erblasser bei der Bestimmung des Erbteils zumindest kalkulatorisch einen entstandenen Zugewinn ansetzen kann und dies auch möglicherweise tun wird. Wollte man in diesem Fall einwenden, im Erbteil sei kein Zugewinn enthalten, weil dieser nicht wie bei der gesetzlichen Erbfolge als gesetzliches Viertel offen zu Tage trete, so wäre kaum zu erklären, warum § 5 Abs. 1 ErbStG ganz allgemein bei der Gewährung eines Freibetrages nicht nach gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge differenziert. Dem Gesetz liegt damit die pauschalierende Prämisse zugrunde, dass auch im gewillkürten Erbteil zumindest fiktiv ein Zugewinnausgleich enthalten ist.¹⁸ Somit ist auch beim ausschließlich erbrechtlichen Vermögenstransfer im Wege der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge unter Ausschluss der güterrechtlichen Lösung im Todesfall die Anwendung von § 5 Abs. 1 ErbStG nach wie vor gerechtfertigt und vom Regelungsgehalt der Norm erfasst.

Aber auch für den Fall, dass beim Tod der Zugewinnausgleich *komplett* ausgeschlossen sein soll (also auch die erbrechtliche Lösung), verbleiben zumindest noch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB als Charakteristikum des gesetzlichen Güterstandes.¹⁹

Der Ausschluss des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs im Todesfall wird insbesondere im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht für sinnvoll erachtet, wenn der Ehegatte beim Tod keine Ansprüche auf das Vermögen haben soll, aber gegebenenfalls noch begünstigt werden und dann die Vorteile des § 5 ErbStG genießen können soll.²⁰ Wird der Ehegatte enterbt, so erhält er wegen des Pflichtteilsverzichts keinen Pflichtteil und wegen des ehevertraglichen Ausschlusses der güterrechtlichen Lösung keinen Zugewinn. Wird er doch als Erbe oder Vermächtnisnehmer bedacht, erhält er nach hier vertretener Ansicht dennoch den Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG.

¹⁴ Münch, Die Unternehmerehe, Rdnr. 720; Götz, INF 2001, 417 ff., 460 f.; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 5 Rdnr. 29; Meincke, ErbStG, § 5 Rdnr. 26; Scherer, BB-Special, 5/2004 m. w. N.; Hamdan/Quernheim, ZFE 2005, 228, 232; Jülicher, ZEV 2006, 338, 341; Schlünder/Geißler, FamRZ 2006, 1655, 1658; offenbar a. A. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 469.

¹⁵ J. Mayer in Bamberger/Roth, BGB, § 1408 Rdnr. 13 m. w. N.

¹⁶ Zu den Grenzen der Modifizierung siehe unter Abschnitt 3.

¹⁷ Mit Blick auf § 1414 BGB sollte im Ehevertrag aber in jedem Falle klargestellt werden, dass der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft weiterhin Bestand haben soll.

¹⁸ Meincke, ErbStG, § 5 Rdnr. 1.

¹⁹ Soweit man diese nicht auch ausschließt. Vgl. dazu nachfolgend Abschnitt 3.

²⁰ Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten, Rdnr. 90.

Die Zweckanwendung des Ausschlusses des erbrechtlichen Zugewinnausgleichs ist dagegen eher begrenzt. Mit ihm kann Vorsorge dagegen getroffen werden, dass sich der Erbteil des Ehegatten erhöht, falls dieser gesetzlicher Erbe wird oder testamentarisch auf seinen gesetzlichen Erbteil eingesetzt gilt (§ 2066 BGB).

3. Wegfall des Freibetrages nach § 5 Abs. 1 ErbStG bei komplettem Ausschluss des Zugewinnausgleichs und zusätzlicher Abbedingung der Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB?

Im Anschluss an die Ausführungen im letzten Abschnitt stellt sich die Frage, ob der Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG dann versagt werden muss, wenn die Ehegatten neben dem kompletten Ausschluss der Durchführung des Zugewinnausgleichs auch die Verfügungsbeschränkungen nach den §§ 1365 und 1369 BGB abbedingen.

Diese Vereinbarung ist dann schädlich, wenn man davon ausgeht, dass durch die (zusätzliche) Abbedingung der Verfügungsbeschränkungen der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft völlig entkernt werde, kein Unterschied mehr zur Gütertrennung bestehe und daher zivilrechtlich eine so weitgehende Modifizierung gar nicht möglich sei. In diesem Fall müsste man davon ausgehen, dass Gütertrennung eintritt. § 5 Abs. 1 ErbStG wäre dann gar nicht mehr einschlägig, da die Vorschrift eindeutig nur auf die Beendigung der Zugewinnngemeinschaft anwendbar ist.

In der Tat bleibt in dieser Konstellation vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nicht mehr viel übrig: im Grunde nichts als das formale Etikett „Zugewinnngemeinschaft“. In diesem Fall besteht tatsächlich kein Unterschied mehr zum Güterstand der Gütertrennung, so dass diese „Komplettentkernung“ zum Eintritt der Gütertrennung führen dürfte. In der Folge entfällt auch die Grundlage für die Anwendung von § 5 ErbStG.

Will man neben dem Ausschluss der güterrechtlichen Lösung im Todesfall auch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB ausschließen, so ist es demnach unbedingt erforderlich, die erbrechtliche Lösung nach § 1371 Abs. 1 BGB bestehen zu lassen, um den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und damit die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 BGB zu erhalten.²¹

III. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG auch dann zu gewähren ist, wenn der gesetzliche Güterstand dahingehend modifiziert ist, dass sowohl im

²¹ Die Erhaltung der erbrechtlichen Lösung nach § 1371 Abs. 1 BGB dürfte in den meisten Fällen nicht stören, wenn der vermögende Ehegatte dem anderen ohnehin Vermögen mindestens in Höhe des (erhöhten gesetzlichen Erbteils) auf erbrechtlichem Wege zukommen lassen will.

Fall der Scheidung als auch im Falle des Todes des ausgleichspflichtigen Ehegatten der Zugewinnausgleich komplett (also sowohl die erbrechtliche als auch die güterrechtliche Lösung) ausgeschlossen sein soll. In diesem Fall müssen allerdings die Verfügungsbeschränkungen nach den §§ 1365 und 1369 bestehen bleiben, da ansonsten Gütertrennung eintritt und § 5 Abs. 1 ErbStG dann nicht mehr anwendbar ist. Sollen alternativ die Verfügungsbeschränkungen abbedungen werden, muss zumindest die erbrechtliche Lösung im Todesfall bestehen bleiben.

IV. Alternativgestaltung

Als mögliche Alternativgestaltung für die geschilderte Sachverhaltskonstellation im Beispiel kommt in Betracht, den Zugewinn nur für den Fall der Scheidung auszuschließen, für den Fall des Todes dagegen die Möglichkeit des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nach den §§ 1371 Abs. 2 und 3 BGB bestehen zu lassen, die maximal mögliche Zugewinnausgleichsforderung jedoch der Höhe nach auf einen bestimmten Betrag²² oder auf die vorgesehene Beteiligungsquote des B am Nachlass zu deckeln. Diese Gestaltung dürfte in zivilrechtlicher Hinsicht ohne weiteres zulässig sein, da es sich hierbei um eine vertragliche Modifizierung der gesetzlichen Zugewinnausgleichsregeln handelt. Mit dieser Gestaltung lässt sich mit Blick auf die vertretenen, unterschiedlichen Ansichten zu § 5 Abs. 1 ErbStG u. U. mehr Gestaltungssicherheit erreichen, da der güterrechtliche Zugewinnausgleich nicht in jedem Falle ausgeschlossen wird, sondern für den Fall des Todes (wenn auch der Höhe nach beschränkt) möglich bleibt. Allein die strengste Auffassung²³, die bereits den Ausschluss des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs für den Fall der Scheidung als steuerschädlich ansieht, würde hier den Freibetrag nach § 5 Abs. 1 ErbStG versagen. Wie oben dargestellt, kann jedoch diese Ansicht spätestens nach der Einfügung von § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG, der die grundsätzliche Unbeachtlichkeit von ehevertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich des Freibetrags nach § 5 Abs. 1 ErbStG statuiert, nicht mehr überzeugen. Folgte man dieser Meinung, wäre der mittlerweile vielfach anerkannten Praxis, an Stelle einer an sich beabsichtigten Gütertrennung aus steuerlichen Gründen die modifizierte Zugewinnngemeinschaft vorzusehen, die Grundlage entzogen.

²² Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag bei *Jülicher*, ZEV 2006, 338, 342; er schlägt vor, den Zugewinnausgleich dann der Höhe nach zu beschränken, wenn die güterrechtliche Lösung vom überlebenden Ehegatten gegen den Willen auch nur eines Miterben geltend gemacht wird. Keine Beschränkungen sollten dann gelten, wenn Ausschlagung und Geltendmachung des Zugewinnausgleichs aufgrund einverständlicher Vereinbarung mit allen Miterben erfolgen, da in diesem Fall regelmäßig steuerliche Motive der Ausschlagung zugrunde liegen und nicht etwa die Absichten des Verstorbenen gegen seinen mutmaßlichen Willen konterkariert werden sollen.

²³ Soweit sie aktuell überhaupt noch vertreten wird, vgl. Fn. 10. Meiner Ansicht nach kann diese Auffassung unter der geltenden Rechtslage nicht mehr ernsthaft vertreten werden.

Die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen ist Vollzugstätigkeit

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 12.7.2007, V ZB 113/06* –

Von Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München

Ob die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen durch den Notar (ohne Übersendung eines vom Notar erstellten Entwurfs) Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO oder doch eine betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO ist, hat der BGH mit seinem Beschluss vom 12.7.2007 erwartungsgemäß zugunsten der Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO entschieden. Die Rechtsprechung des BGH hat zwar Klarheit gebracht, ist jedoch nicht in vollem Umfang auf ungeteilte Zustimmung gestoßen.¹ Der BGH hat den Vollzugsbegriff des § 146 Abs. 1 KostO deutlich ausgeweitet. Gleich welchen Wert die zu löschenden Rechte nach den allgemeinen Vorschriften der KostO haben, fällt damit eine ⁵/₁₀-Vollzugsgebühr z. B. aus dem Wert des Kaufvertrages als das Geschäft i. S. v. § 146 Abs. 4 KostO an. Die Reichweite des BGH-Beschlusses beschränkt sich dabei keineswegs auf Grundstückskaufverträge, sondern ist auf alle Veräußerungsverträge anzuwenden, z. B. auch auf Überlassungsverträge.

I. Auswirkungen

1. Kostengünstigster Weg

Die Einordnung als Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO bringt den Notar in gewisse Nöte, da er nicht nur verpflichtet ist, den für die Beteiligten sichersten und zweckdienlichsten Weg zu wählen, sondern, wenn mehrere Wege mit gleicher Sicherheit gegeben sind, die Gestaltungsweise vorzuziehen hat, die für den Kostenschuldner die geringsten Kosten verursacht. Von diesem Grundsatz darf der Notar nur abweichen, wenn er einen entsprechenden ausdrücklichen Auftrag der Beteiligten erhält. Eine wesentliche Rolle spielt hier die Tatsache, dass die Vollzugsgebühr aus dem Wert des Kaufvertrages je nach Sachverhalt viel höher sein kann, als beispielsweise eine Entwurfsgebühr aus dem Nennbetrag der zu löschenden Rechte. Schon bei der Vorbereitung des Veräußerungsvertrages wird daher bereits zu prüfen sein, welche Form der Einholung von Lastenfreistellungserklärungen für den Kostenschuldner geringere Gebühren auslöst. Es wird im Einzelfall bei Einwendungen des Kostenschuldners kaum helfen, wenn sich der Notar auf die Rechtsprechung des BGH beruft und nach § 146 Abs. 1 KostO abrechnet, wenn die Anforderung der Lastenfreistellung durch Übersendung eines Entwurfs kostengünstiger ist.

Beispiel: Kaufvertrag über ein Grundstück zum Kaufpreis von 500.000 €. Einzige Vollzugstätigkeit ist die Einholung einer Löschungsbewilligung über eine Grundschuld zu 50.000 €.

- Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO aus 500.000 € (§ 146 Abs. 4 KostO) = 403,50 €.
- Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) und b) KostO aus 50.000 € = 66 € und daneben für das Anfordern selbst keine weitere Gebühr.²

Andererseits wird der Notar nur schwer begründen können, warum er Entwürfe gefertigt hat, wenn die Vollzugsgebühr geringer oder bereits aus anderweitigen Vollzugstätigkeiten entstanden ist und daher die Beschaffung der Lastenfreistellungserklärungen ohne Entwurf keine weiteren Gebühren auslöst.

* MittBayNot 2008, 71 (in diesem Heft).

¹ Vgl. *Tiedtke*, Anm. zum hier besprochenen Urteil des BGH, ZNotP 2007, 363 = JurBüro 2007, 510 m. Anm. *H. Schmidt*.

² OLG Düsseldorf, JurBüro 2006, 93.

Beispiel: Kaufvertrag über ein Grundstück zum Kaufpreis von 50.000 €. Der Notar holt wegen eines im Grundbuch eingetragenen Sanierungsvermerks die Genehmigung der Stadt ein und eine Löschungsbewilligung über eine Grundschuld zu 500.000 €.

- Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO aus 50.000 € (§ 146 Abs. 4 KostO) = 66 €.
- Bei Einholung der Löschungsbewilligung durch Entwurf zusätzlich die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) und b) KostO aus 500.000 € = 403,50 €. Diese Entwurfsgebühr entsteht bei Einholung ohne Entwurf nicht.

Jedoch kann dem aus Sicht der Beteiligten sachdienlicheren Weg der Vorzug vor dem kostengünstigsten Weg zu geben sein, weil z. B. ein schnellerer Vollzug gewährleistet werden kann, wenn der Notar entsprechend dem Wunsch des Gläubigers doch einen Entwurf fertigt. Die Übersendung eines Entwurfs kann wiederum nur erfolgen, wenn ein dementsprechender Auftrag vorliegt. Wenn also der Verkäufer den Notar beauftragt, „einen Entwurf zu fertigen, wenn der Gläubiger einen solchen verlangt“, ist das Problem gelöst. Hierzu ist aber eine Abklärung mit den Beteiligten erforderlich. Hinzu kommt, dass die Kostenhaftung auch aus der Sicht des Käufers unterschiedlich ist, je nachdem, welche Kosten letztlich erhoben werden müssen. Die Vollzugsgebühr (auch wenn nur durch die Lastenfreistellung ausgelöst) gehört zu den Kosten des Kaufvertrages, für die auch der Käufer haftet, während Entwurfsgebühren nur vom Verkäufer zu tragen sind, da es sich um Lastenfreistellungskosten handelt, die der Verkäufer nach zivilrechtlichen Bestimmungen alleine zu tragen hat (siehe hierzu IV.). All diese Fragen können bei der künftigen Urkundsgestaltung und der Abwicklung eine Rolle spielen.

2. Entstehen der Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO

Die Vollzugsgebühr entsteht nur in den engen Grenzen des § 146 Abs. 1 KostO. Danach kann eine Vollzugsgebühr nur entstehen, wenn das Hauptgeschäft die Veräußerung von Grundstücken und Erbbaurechten sowie die Bestellung von Erbbaurechten und die Begründung und Veräußerung von Wohnungs- oder Teileigentum betrifft. Erfolgt die Vollzugstätigkeit zu einem anderen Hauptgeschäft (z. B. Grundschuldbestellung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 146 Abs. 2 KostO, ehevertragliche Vorgänge, Rechtsübertragungen usw.), liegen gebührenfreie Nebengeschäfte nach § 35 KostO vor, da diese Bestimmung Vorrang vor der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO hat. Wie sich aus der Begründung zur Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Än-

derung von Kostengesetzen vom 9.12.1986³ ergibt, sind die Gebühren für den Vollzug von Grundbuchgeschäften in § 146 Abs. 1 KostO und für bestimmte Fälle in § 146 Abs. 2 KostO insoweit abschließend geregelt worden.⁴

Die enge Begrenzung des § 146 KostO auf die ausdrücklich geregelten Vorgänge macht § 146 KostO im Kontext zu § 35 KostO zu einer Spezialnorm. Die ausschließliche Anwendbarkeit auf bestimmte näher geregelte Vorgänge entfaltet damit eine Sperrwirkung und verbietet die Anwendung für gleiche Vollzugstätigkeiten zu anderen Vorgängen. Sie schließt zudem die Anwendung der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO aus. Die Sperrwirkung des § 146 KostO wird durch die Überlegungen bestätigt, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgeblich waren. Tätigkeiten, die der Notar leistet, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, wurden bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich als gebührenfreie Nebengeschäfte i. S. d. § 27 KostO a. F. angesehen (§ 35 KostO n. F.). Diese Grundsätze, die nunmehr auch vom BGH bestätigt worden sind, wurden schon bisher weitgehend in diesem Umfang einschließlich der Auswirkungen für zutreffend gehalten.⁵

3. Auftrag der Beteiligten

Weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 146 KostO ist, dass die Vollzugstätigkeit auf Verlangen der Beteiligten erfolgt, wobei das Verlangen auch stillschweigend oder konkludent gestellt werden kann. Davon ist vor allem dann auszugehen, wenn es mangels erforderlicher Kenntnisse dem Notar übertragen wird, alles zu tun, was zum vertragsgemäßen Vollzug der Urkunde erforderlich ist.⁶ Die Literaturmeinung geht ebenfalls davon aus, dass dem Notar grundsätzlich ein konkludenter Auftrag erteilt ist, wenn der Auftraggeber von ihm erwartet, dass er alle Maßnahmen zum Vollzug ergreift. Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist jedoch zu empfehlen, einen entsprechenden Auftrag in die Urkunde aufzunehmen.⁷

4. Geschäftswert für die Vollzugsgebühr

Der Geschäftswert für die Vollzugsgebühr in den Fällen des § 146 Abs. 1 und 2 KostO ist nach § 146 Abs. 4 KostO in gleicher Weise zu bestimmen, wie bei der Beurkundung oder Beglaubigung. Das bedeutet, dass z. B. bei einem Kaufvertrag vom Wert des Kaufvertrages auszugehen ist, wie er nach § 20 Abs. 1 KostO zu bestimmen ist. Setzt sich der Wert des Kaufvertrages aus dem Kaufpreis und weiteren Hinzurechnungen (z. B. Bauverpflichtung, Übernahme von Erschließungskosten usw.) zusammen, ist dieser Wert auch Geschäftswert für die Vollzugsgebühr. Ist die Vollzugstätigkeit nur für einen Teil des Geschäfts erforderlich, wird aber das ganze Geschäft betroffen, ist der Geschäftswert ebenfalls nach dem vollen Wert des Vertrages zu bestimmen und nicht etwa nur aus einem anteiligen Wert.⁸ Beispielhaft für diese Fälle ist der Verkauf eines Grundstücks durch eine Erbengemeinschaft unter Beteiligung eines minderjährigen Miterben. Holt der Notar die Geneh-

migung des Vormundschaftsgerichts ein, fällt die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO aus dem vollen Kaufvertragswert an. Gleiches gilt, wenn mehrere Grundstücke veräußert, Vollzugstätigkeiten aber nicht für alle Grundstücke erbracht werden. In solchen Fällen beschränkt sich der Geschäftswert für die Vollzugsgebühr nur dann auf den Wert des betroffenen Grundstücks, wenn die Veräußerungsgeschäfte nicht zu einer Rechtseinheit verbunden sind.⁹

II. Sonderfall: Beschaffung von Lastenfreistellungserklärungen

In aller Regel wird der Notar im Rahmen des Vollzugs von Grundstücksveräußerungsverträgen auch mit der Einholung von Lastenfreistellungserklärungen betraut. Der Hauptgrund liegt im Regelfall darin, dass der Notar die Garantie übernimmt, die ihm übersandte Bewilligung nur entsprechend den Weisungen zu verwenden, falls der Gläubiger die Verwendung von bestimmten Auflagen abhängig macht. Durch die vom Notar übernommene Überwachung der Auflagen kann eine sonst wesentlich höhere Gebühren auslösende Hinterlegung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto vermieden werden. Die Übernahme von Treuhandaufgaben ermöglicht erst das sog. Direktzahlungsmodell, mit welchem der Käufer nach den Vorgaben des Notars den Kaufpreis teilweise an die Gläubiger überweist und den verbleibenden Rest an den Verkäufer. Die Einholung der Lastenfreistellungserklärung selbst durch ein bloßes Anfordern (ohne Entwurf) ist Vollzugstätigkeit i. S. v. § 146 Abs. 1 KostO, wenn sich der Verkäufer zur lastenfreien Übereignung verpflichtet hat. Die Erfüllung dieser Pflicht dient – so der BGH – dem Vollzug in dem durch die schuldrechtlichen Vereinbarungen entsprechenden Umfang. Der BGH weitet mit seinem Beschluss vom 12.7.2007 entgegen anderer Meinungen¹⁰ den Vollzugsbegriff auch auf die schuldrechtlichen Durchführungserklärungen aus, wenn sie zum grundbuchamtlichen Vollzug entsprechend den Vereinbarungen der Beteiligten erforderlich sind. Dem weitergehenden Begriffsverständnis entspräche es, die Beschaffung von Unterlagen, für die von dem Verkäufer eines Grundstücks geschuldete Löschung von Grundpfandrechten als Vollzugstätigkeit zu qualifizieren.¹¹ Dies kann im Einzelfall je nach Sachverhalt zu unangemessenen Gebühren führen, denn die Vollzugsgebühr ist immer aus dem Wert des zugrunde liegenden Geschäfts, dem Grundstücksveräußerungsgeschäft (§ 146 Abs. 4) zu erheben.¹²

III. Entwurfsfertigungen

Nicht selten wird der Notar mit der Einholung von Löschungserklärungen unter Entwurfsfertigung beauftragt, die zum vertragsgemäßen Vollzug z. B. eines Grundstückskaufvertrages erforderlich sind. Erteilen die Beteiligten in Kenntnis der Kostenfolge keinen Auftrag zur Einholung durch Entwurf, ergeben sich durch die hier besprochene Entscheidung des BGH folgende Konsequenzen: Wird der Notar beauftragt,

³ BGBl I, S. 2326, 2330 ff.

⁴ BGH, JurBüro 2006, 600 m. Anm. H. Schmidt = Rpfleger 2006, 676 = ZNotP 2006, 397 m. Anm. Tiedtke = DNotZ 2006, 954 = NotBZ 2006, 359 m. Anm. Filzek = MittBayNot 2007, 71 = RNotZ 2006, 621 m. Anm. Klein.

⁵ Tiedtke, ZNotP 2005, 478; Filzek, ZNotP 2006, 138; a. A. Klein, ZNotP 2006, 97.

⁶ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, 16. Aufl., § 146 Rdnr. 10 m. Hinw. auf die vorhandene Rechtsprechung.

⁷ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 146 Rdnr. 10 a.

⁸ BayObLG, JurBüro 1994, 41.

⁹ Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1798, 1799 m. Hinw. auf OLG Zweibrücken, Rpfleger 1977, 337; BayObLG, MittBayNot 1993, 227; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 146 Rdnr. 62.

¹⁰ OLG Celle, RNotZ 2005, 62; OLG Köln, MittRhNotK 1988, 74; KG, JurBüro 1975, 213, 219; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 74; Klein, MittRhNotK 1984, 113; ders., DNotZ 1987, 185; Lappe, NJW 1988, 3130, 3134; ders., DNotZ 1990, 326; Tiedtke, MittBayNot 1998, 83.

¹¹ So schon OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27.10.2003, 20 W 356/02 (n. V.); KG, KGR 1998, 171; Bund, JurBüro 2005, 455.

¹² Siehe hierzu die Hinweise unter I. 1.

alle zum Vollzug eines Grundstücksveräußerungsgeschäftes notwendigen Lastenfreistellungserklärungen einzuholen, ohne dass konkret ein Entwurfsauftrag erteilt wird, muss der Notar auch die Vollzugsabwicklung nach der kostengünstigsten Verfahrensweise ausrichten. Das kann je nach Sachverhalt die Einholung ohne Entwurf oder mit Entwurf sein. Erfolgt die Anforderung ohne Entwurf, fällt eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO aus dem Wert des Veräußerungsgeschäftes an (§ 146 Abs. 4 KostO). Wäre die Einholung mit Entwurf für den Kostenschuldner günstiger, müsste der Notar die Entwurffertigung empfehlen. Dies ist dann der Fall, wenn beispielsweise ein Grundstückskaufvertrag beurkundet wird, der Notar aber als einzige Vollzugstätigkeit eine Löschungsbewilligung über eine Grundschuld einzuholen hat, deren Nennbetrag deutlich unter dem Wert des Kaufvertrages liegt. In diesem Fall ist die Entwurfsgebühr für die Löschungserklärung geringer als die Vollzugsgebühr. Ist dagegen die Vollzugsgebühr bereits für andere Vollzugstätigkeiten angefallen, fällt für die Beschaffung der Lastenfreistellungserklärungen ohne Entwurf keine weitere Gebühr an. Im Hinblick darauf, dass je nach Verfahrensweise unterschiedliche Kosten entstehen, kann den Notar in bestimmten Fällen eine Pflicht zur Belehrung über die anfallenden Kosten treffen. Erteilen die Beteiligten dem Notar aus anderen Gründen einen Entwurfsauftrag, etwa um einen schnellen und reibungslosen Vollzug des Kaufvertrages zu ermöglichen, liegt hierin keine unrichtige Sachbehandlung. Eine Belehrung über die damit verbundenen Kosten ist in solchen Fällen nicht zwingend, erscheint aber ratsam.¹³

IV. Schuldner der Kosten der Lastenfreistellung

1. Haftung nach bürgerlichem Recht bzw. nach KostO

Die Beteiligten können in der notariellen Urkunde beliebige Vereinbarungen über die Kostentragung treffen, und zwar nicht nur bezüglich der Beurkundungskosten, sondern auch für Vollzugs- und Betreuungskosten einschließlich der Kosten für die Lastenfreistellung. Solche Vereinbarungen betreffen aber ausschließlich das Innenverhältnis der Beteiligten und nicht das Außenverhältnis, das sich aus dem öffentlichrechtlichen Charakter der KostO ergibt. Nach bürgerlichrechtlichen Bestimmungen (§ 448 Abs. 2 BGB) schuldet der Käufer die Kosten des Kaufvertrages im Verhältnis zum Verkäufer. Diesem Grundsatz entsprechen in aller Regel auch die Kostenregelungen in Kaufverträgen. Die gemeinsame gesamtschuldnerische Haftung von Verkäufers und Käufer nach §§ 2 und 5 KostO wird dadurch aber nicht außer Kraft gesetzt. Der Notar kann für die Kosten des Kaufvertrages ungeachtet abweichender Regelungen sowohl den Käufer als auch den Verkäufer in vollem Umfang in Anspruch nehmen.

Dagegen hat der Verkäufer gemäß § 433 i. V. m. § 448 Abs. 1 BGB die Kosten der Lastenfreistellung zu tragen. Für diese Kosten ist der Käufer auch nicht Schuldner nach den Bestimmungen der KostO. Nach § 2 Nr. 1 KostO schuldet derjenige die Kosten, der die diesbezügliche Tätigkeit veranlasst. Lastenfreistellungskosten werden immer allein durch den Verkäufer veranlasst, schon deshalb, weil der Käufer diesbezüglich gar keine Grundbucheintragungen abgeben kann. In der Regel wird der Käufer zur Einholung von Lastenfreistellungsunterlagen auch keine Erklärungen abgeben, da dies eine Vertragspflicht des Verkäufers ist. Die Einordnung der Beschaffung von Lastenfreistellungserklärungen unter die Vollzugstätigkeiten macht sie nunmehr zu Kosten des Kaufvertrages, für die auch der Käufer nach §§ 2 und 5 KostO

gesamtschuldnerisch haftet. Die Haftung des Käufers wird somit zu seinen Lasten ausgeweitet. Dies ist vor allem dann problematisch, wenn die Einholung der Lastenfreistellungserklärungen die einzige gebührenausslösende Vollzugstätigkeit ist. Ob sich der BGH dieses Problems bewusst war oder die Haftungsausweitung in Kenntnis der Rechtsfolge billigend in Kauf genommen hat, mag dahingestellt bleiben. Hinnehmbar ist sie für den Käufer jedoch nicht, weil ihn auch abweichende vertragliche Regelungen dagegen nicht schützen.

2. Vertragliche Regelungen über die Lastenfreistellungskosten

In aller Regel wird im Kaufvertrag vereinbart, dass der Verkäufer die Kosten der Lastenfreistellung trägt. Diese Regelung wird in Zukunft nicht mehr ausreichen, um in jedem Einzelfall dem Willen der Beteiligten Rechnung zu tragen. Es ist zu empfehlen, auch der Vollzugsgebühr eine größere Aufmerksamkeit zu schenken, wenn diese Gebühr auch durch die Einholung von Lastenfreistellungserklärungen entstanden ist.¹⁴ Zwar ist die Vollzugsgebühr zu den Kosten des Kaufvertrages zu rechnen, jedoch wird der Käufer kaum Verständnis haben, wenn die Vollzugsgebühr ganz oder teilweise durch die Beschaffung der Lastenfreistellungserklärungen entsteht und sie ihm allein in Rechnung gestellt wird. Folgende Verteilungen sind für die Vollzugsgebühr je nach Sachverhalt denkbar, wenn im Kaufvertrag lediglich eine allgemeine Regelung enthalten ist, wonach der Verkäufer die Lastenfreistellungskosten zu tragen hat:

- Ist die Vollzugsgebühr ausschließlich für die Einholung der Lastenfreistellungserklärungen entstanden, ist die Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO allein vom Verkäufer zu tragen.
- Wird die Vollzugsgebühr durch die Einholung einer Bescheinigung nach § 28 Abs. 1 BauGB über die Ausübung oder Nichtausübung und für die Beschaffung von Lastenfreistellungserklärungen ausgelöst, fällt insgesamt eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO an. In diesem Falle hätte der Käufer eine $\frac{1}{10}$ -Gebühr zu tragen und der Verkäufer eine $\frac{4}{10}$ -Gebühr.
- Entsteht die Vollzugsgebühr z. B. für die Einholung einer Genehmigung nach § 144 BauGB (Sanierungsgebiet) und für die Anforderung der Lastenfreistellungserklärungen, fällt zwar auch nur eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO an. In diesem Falle ist es aber gerechtfertigt, die Vollzugsgebühr beiden Vertragsteilen zu gleichen Teilen in Rechnung zu stellen.

V. Treuhandaufgaben des Gläubigers gebührenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO?

Zur Frage, ob ein vom Gläubiger erteilter Treuhandauftrag kostenpflichtig ist, wenn die dem Notar erteilte Bewilligung nur unter bestimmten Voraussetzungen verwendet werden darf, äußert sich der BGH in seiner Entscheidung vom 12.7.2007¹⁵ nicht konkret, obwohl dem Notar ein solcher Auftrag bei dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt erteilt wurde. Es wird zwar in III. 4. der Entscheidungsbegründung festgestellt, dass nicht jede Tätigkeit des Notars bei der Vorbereitung der vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung als Vollzugstätigkeit anzusehen ist. Vielmehr seien nur solche Tätigkeiten gemeint, die die Ausführung des Geschäfts erst ermöglichen. Das sei zwar bei der Beschaffung

¹³ Siehe hierzu die Berechnungsbeispiele unter I. 1.

¹⁴ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf, JurBüro 2007, 373.

¹⁵ MittBayNot 2008, 71 (in diesem Heft).

der Löschungsunterlagen anzunehmen, nicht aber z. B. für die Fälligkeitsmitteilung und die Vollzugsüberwachung, weil es sich hierbei um eine Hilfestellung handelt, von deren Anbieten der Vollzug nicht abhängt.

Treuhandaufträge liegen nach hier vertretener Auffassung auf gleicher Ebene. Bestätigt wird diese Ansicht durch die Entscheidung des BGH zur Einholung einer Rangrücktritts-erklärung zum Vollzug der ranggerechten Eintragung einer neu bestellten Grundschuld.¹⁶ Dort stellt der BGH ausdrücklich fest, dass auch die Einholung einer Rangrücktrittsbewilligung unter den Vollzugsbegriff des § 146 KostO zu subsumieren ist. Eine Vollzugsgebühr könne aber nur im Rahmen des § 146 Abs. 2 KostO in Betracht kommen, also nur in den Fällen, in welchen der Notar ausschließlich die Unterschrift oder das Handzeichen beglaubigt und nach § 45 KostO abrechnet. Für eine beurkundete oder entworfene (auch überprüfte oder ergänzte) Grundschuldbestellung läge wegen der Sperrwirkung des § 146 KostO ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO vor und nicht eine Betreuungstätigkeit, die der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO zuzuordnen wäre. Ausdrücklich wird weiter festgestellt, dass eine Vollzugstätigkeit nur in der bloßen Anforderung der Erklärung zu sehen ist. Das sei nicht mehr der Fall, wenn der Notar mit dem Berechtigten über die Erteilung der Bewilligung verhandeln müsse. Zur Übernahme einer Treuhandaufgabe des Gläubigers sind Verhandlungen mit dem Gläubiger zwingend notwendig, nämlich Ersuchen an den Notar und dessen Erklärung, dass er den Treuhandauftrag auch übernimmt.

Die Übernahme und das Beachten von Treuhandaufgaben sind somit nicht mit der eigentlichen Vollzugstätigkeit, nämlich dem Ersuchen auf Erteilung der Lastenfreistellungsbewilligung im Sinne des Vollzugsbegriffs, verbunden. Es müssen zusätzliche, das Rechtsverhältnis des Verkäufers mit seinem Gläubiger betreffende Erklärungen abgegeben werden, zu deren Übernahme der Notar im Rahmen seines Vollzugauftrages nicht verpflichtet ist. Die Übernahme von Treuhandaufgaben gehört damit nicht zu § 146 KostO, sondern zu § 147 Abs. 2 KostO, weil es sich um eine Hilfestellung des Notars handelt, von deren Übernahme der Vollzug nicht abhängt, ähnlich wie die Fälligkeitsmitteilung und die Vollzugsüberwachung.¹⁷ Bei Übernahme von Treuhandaufgaben entsteht somit, ggf. neben der Vollzugsgebühr, eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem angemessenen Teilwert, wobei nicht der Wert des Kaufvertrages Ausgangswert ist, sondern der Wert der Auflage.¹⁸ Die treuhänderische Verwahrung von Löschungsunterlagen durch den Notar wird auch dann nicht bereits durch die Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO abgegolten, wenn die Verwahrung zeitlich vor dem Abschluss des beurkundenden Kaufvertrages liegt.¹⁹ Gleiches gilt z. B. auch für die Einholung von Nichtvalutierungserklärungen und Schuldübernahmegenehmigungen, weil diese nicht dem Grundbuch-

vollzug dienen, sondern der sonstigen Durchführung der gegenseitigen Vertragspflichten.

Bei Bewertung von Betreuungsgebühren nach § 147 Abs. 2 KostO kommt im Regelfall nicht der volle Wert des betroffenen Rechtsverhältnisses in Betracht, sondern ein nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzender Teilwert.²⁰ Der zu wählende Vornahmensatz bestimmt sich nach dem Ausmaß der Verantwortlichkeit des Notars, seiner Haftung, dem Umfang seiner Tätigkeit und der Gebührengerechtigkeit.²¹ Bestimmt der Notar einen Teilwert innerhalb des von der Rechtsprechung festgelegten Ermessensrahmens, kann das Gericht die Schätzung nur auf Ermessensfehler überprüfen und seine eigene Schätzung des Geschäftswerts nur dann an die Stelle derjenigen des Notars setzen, wenn Fehler bei der Ermessensausübung durch den Notar festzustellen sind.²² Für die Beachtung von Treuhandaufgaben der Grundpfandrechtsgläubiger ist ein Teilwert von 30–50 % der Haftungssumme angemessen.²³ Treuhandaufgaben verschiedener Gläubiger lösen getrennte Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO aus.

VI. Schlussbemerkungen

Die Rechtsprechung des BGH überzeugt nicht in allen Punkten, der Praxis ist jedoch zu empfehlen, ihr zu folgen. Es ist nicht zu erwarten, dass sich die Ansicht des BGH kurzfristig ändert, zumal sich die Einordnung der Einholung von Lastenfreistellungserklärungen als Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO schon mit der Entscheidung zur Einholung eines Rangrücktritts im Rahmen des Vollzugs einer Grundschuldbestellung abgezeichnet hat.²⁴ Der Notar, der beim Grundstückskaufvertrag immer eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO abrechnet, bewegt sich zwar grundsätzlich auf dem sicheren Boden der BGH-Rechtsprechung, wird sich aber den Fragen des Kostenschuldners stellen müssen, wenn die Einholung durch Entwurf im Einzelfall deutlich geringere Kosten auslösen würde. Es ist daher dringend die Verfahrensweise anzuraten, welche die geringsten Kosten auslöst, auch wenn die Umsetzung einen zusätzlichen Aufwand erfordert.

Der BGH hat die abstrakte Frage zur Vollzugstätigkeit entschieden, obwohl der zugrundeliegende Sachverhalt nicht unbedingt zu diesem Ergebnis hätte führen müssen. Der Notar hatte eine Sammelfreigabe zu mehreren Kaufverträgen (einer davon war Grundlage der Entscheidung) bereits eine geraume Zeit vor der Beurkundung eingeholt und diese mit der Auflage erhalten, die einzelnen Lastenfreistellungen nur vollziehen zu lassen, wenn bestimmte Zahlungen an den Gläubiger sichergestellt waren. Diese Tätigkeiten waren bereits abgerechnet. Hierfür eine Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO anzunehmen, erscheint nicht zwingend, ist aber für die künftige kostenrechtliche Behandlung nicht mehr entscheidend.

Schließlich ist festzuhalten, dass sich die Rechtsprechung des BGH nicht auf Grundstückskaufverträge beschränkt, sondern auf alle Veräußerungsverträge anzuwenden ist.

¹⁶ NJW 2006, 3428 = JurBüro 2006, 600 m. Anm. H. Schmidt = Rpfleger 2006, 676 = ZNotP 2006 m. Anm. Tiedtke = DNotZ 2006, 954 = NotBZ 2006, 359 m. Anm. Filzek = MittBayNot 2007, 71 m. Anm. Prüfungsabteilung der Notarkasse München = RNotZ 2006, 621 m. Anm. Klein = MDR 2007, 242 = FGPrax 2007, 38.

¹⁷ A. A. OLG Oldenburg, DNotZ 2007, 423; kritisch besprochen von Bengel/Tiedtke, DNotZ 2007, 423.

¹⁸ OLG Köln, JurBüro 1997, 41 = MittRhNotK 1996, 101, allerdings einheitliche Gebühr für die Einholung und den Treuhandauftrag, jedoch noch nach § 147 Abs. 2 KostO; OLG Köln ausschließlich zur Bewertung von Treuhandaufgaben nach § 147 Abs. 2 KostO; ZNotP 2003, 399 = RNotZ 2003, 401; OLG Hamm, ZNotP 2003, 39; LG Mainz, JurBüro 2001, 600.

¹⁹ OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 168; OLG Celle, RNotZ 2005, 62 m. Anm. H. Schmidt = JurBüro 2005, 154.

²⁰ OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226, 227; OLG Bremen, OLGR 2003, 401; Bund, DNotZ 1997, 27, 30 ff.; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 280 ff.; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 147 Rdnr. 185 ff.

²¹ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 147 Rdnr. 187 m. Hinw. auf OLG Köln, Rpfleger 1980, 491.

²² OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226, 227; KG, VIZ 1995, 117, 118.

²³ OLG Köln, MittRhNotK 1996, 101; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, § 147 Rdnr. 95; Prüfungsabteilung der Notarkasse München, MittBayNot 1976, 8; Streifzug durch die KostO, Rdnr. 1505.

²⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 16.

BUCHBESPRECHUNGEN

Heussen: Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement. 3. Aufl., O. Schmidt, 2007. 1 400 S., 139 €

Das Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, herausgegeben von Prof. Dr. *Benno Heussen*, liegt nunmehr, fünf Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe, in der 3. Auflage vor. Dass das Werk um 294 Seiten gewachsen ist, ist vor allem dem neuen Teil zum Thema „Verhandeln im Ausland“ zu verdanken: behandelt sind hier in einzelnen Kapiteln die länderspezifischen Besonderheiten in Brasilien, China, Japan, Russland und den USA. Neu eingefügt wurde auch ein kurzer Abschnitt zum Qualitätsmanagement von Vertragsprojekten und ein einleitender Teil zur Funktion und Bedeutung der Verträge im Rechtssystem. Das Kapitel „Verhandeln in Brüssel“ wurde aktualisiert.

Insgesamt haben 16 Autoren zu dem Werk beigetragen, darunter 13 Rechtsanwälte und ein Notar, nämlich Prof. Dr. *Bernd Wegmann*. Notar Dr. *Norbert Mayer* ist dagegen aus dem Autorenkreis ausgeschieden. Erklärtes Ziel des Buches ist es, dem Leser einen Werkzeugkasten an die Hand zu geben, um die vielfach bestehenden Defizite in den Bereichen Vertragsverhandlung und Vertragsgestaltung auszugleichen. Diese Themen spielen in der juristischen Ausbildung immer noch eine untergeordnete Rolle, obwohl das Wirtschaftsleben von immer komplexeren Vertragswerken geprägt ist.

Das Handbuch ist in insgesamt elf Teile gegliedert. Den Anfang macht die Einführung „Funktion und Bedeutung der Verträge im Rechtssystem“, gefolgt von dem zweiten Teil „Vertragsmanagement“. Die dort genannten fünf Stadien des Vertragsmanagements – nämlich Planung, Design, Verhandlung, Durchführung und Controlling – bilden das Grundraster, das alle folgenden Teile aufgreifen. *Heussen* vertritt die These, dass es im Grunde nur zwei Arten von Verträgen gibt, nämlich Austauschverträge und gesellschaftsrechtliche Verträge. Folgerichtig werden diese beiden Komplexe in den Teilen drei und vier behandelt. Steuerliche Bezüge werden immer wichtiger, daher werden diese im fünften Teil dargestellt. Der sechste Teil ist dem Thema Vertragsrecht, das siebte der Außergerichtlichen Streitbeilegung gewidmet. Danach schweift der Blick in die Ferne: „Verhandeln in Brüssel“ (achter Teil) und „Verhandeln im Ausland“ (neunter Teil). Der zehnte Teil behandelt das Qualitätsmanagement. Im elften Teil finden sich Checklisten für Austauschverträge und gesellschaftsrechtliche Verträge; hier werden also die Teile drei und vier wieder aufgenommen. Abgerundet wird das Handbuch auf 63 Seiten mit einem ausführlichen Sachregister.

Naturgemäß kann der Rezensent einem so (im wahrsten Sinne des Wortes) gewichtigen Werk nicht bis in die letzten Feinheiten gerecht werden. Ich möchte deshalb nur einige Schlaglichter auf die einzelnen Themen werfen, die mich zum einen aus ganz subjektiver, zum anderen aber auch gerade aus notarieller Sicht interessieren.

In dem ersten Teil „Funktion und Bedeutung der Verträge im Rechtssystem“ erläutert *Heussen*, dass das juristische Denken in Ansprüchen, die ein deutscher Jurist mit der Muttermilch aufgesogen hat (zumindest wenn man die Universität als alma mater anerkennt), in anderen, vor allem asiatischen Rechtskreisen eine viel geringere Bedeutung zukommt (S. 3 ff.). Den westlichen Rechtsordnungen liegt demnach eine hierarchi-

sche Struktur zugrunde, während asiatische Rechtssysteme eher von Beziehungen und Netzwerken geprägt sind. Das Vertragsverständnis ist demnach auch ein anderes (S. 5): „Verträge verteilen die Risiken nur vorläufig. An zweckmäßigen Änderungen muss jeder mitwirken. Alles andere ist Sturheit oder gar Dummheit. Verträge können immer geändert werden, wenn die Umstände sich ändern“; das westliche Verständnis wäre hingegen z. B.: „Jeder (nachträgliche) Änderungswunsch ist Auslöser für einen Konflikt und wirft die Frage nach der Vertragstreue auf“. Diese unterschiedlichen Perspektiven werden in den Kapiteln „Verhandeln in China“ und „Verhandeln in Japan“ bestätigt und detailliert beschrieben. Eine östliche Maxime gibt *Heussen* bei dieser Gelegenheit auf den Weg: Er empfiehlt, die Vertragsverhandlung auch als Test für die Eigenschaften des künftigen Vertragspartners zu betrachten.

Der zweite Teil ist dem Vertragsmanagement gewidmet. *Heussen*, der diesen Teil ebenfalls selbst verfasst hat, versteht darunter Planung, Design, Verhandlung, Durchführung und Controlling von Verträgen. Aus notarieller Sicht interessant ist die Bedeutung, die der Entwurfsregie zugemessen wird (S. 108 ff.): Derjenige, der als erster einen Text vorlegt, hat demnach einen großen taktischen Vorteil in der Hand. Vor diesem Hintergrund ist ein neutraler Vertragsentwurf, zum Beispiel durch einen Notar, von nicht zu unterschätzendem Wert. Laut *Heussen* soll das Vertragsdesign so sein, dass der Vertrag realisierbar, verifizierbar und seine Durchführung lenkbar ist (S. 117). Es geht also um Form, Aufbau, Gliederung, Struktur und Sprache eines Vertrages; am einen Ende des Designs steht nach dem Beispiel von *Heussen* eine Vereinbarung auf Hotelpapier, am anderen Ende die notarielle Urkunde (S. 119). Zur juristischen Fachsprache wird auf S. 148 festgehalten: „Dort gibt es fast nie eindeutige Begriffe, sondern im besten Fall solche, die mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Mehrzahl der Interpreten den gleichen Sinn zugesprochen erhalten.“ Auch wenn diese Aussage manchen Ingenieur bei der Beurkundung zur Verzweiflung bringen mag, konstatiert *Heussen*, dass gute Notarverträge sich durch ihre Klarheit auszeichnen (S. 151). In dem Abschnitt „Verhandlung“ werden drei Basismodelle vorgestellt, wobei das bekannte Harvard-Modell nach Meinung von *Heussen* sich nur für den mit der mächtigeren Verhandlungsposition eignet (S. 206 ff.). Dies dürfte bei den Erfindern auf Widerspruch stoßen. Auf S. 269 werden die Vorteile der Verhandlung mit einem Moderator aufgezeigt, wobei die Neutralität des Notars hier besonders hervorgehoben wird. Aus notarieller Sicht interessant dürfte auch sein, dass *Heussen* bei den Verhandlungspartnern eine instinktive Abwehr gegen formelle, den Vertrag abschließende Unterschriften erkannt haben will: „Man muss den Wunsch, alles zu bekommen und nichts zu geben, endgültig aufgeben“ (S. 331). Mein Eindruck ist eher, dass viele erleichtert sind nach der Unterschrift. In dem Abschnitt „Vertragsdurchführung“ liest man gerne, dass es bei notariellen Verträgen keiner weiteren Absicherungen bedarf, da Notare in Deutschland sehr zuverlässig sind (S. 343). Abschließend sei noch erwähnt, dass *Heussen* unter Vertragscontrolling alle Maßnahmen versteht, die Planung und Realität miteinander vergleichen (S. 365).

Im dritten Teil werden die Austauschverträge behandelt. *Imbeck* stellt hier eine Basischeckliste mit Kommentierung vor. Hier wird Bekanntes vermittelt: Die einzelnen Abschnitte

(Vorfragen, vertragliche Grundlagen, Inhalt der Leistungen, Sicherung der Leistungen, Vertragsdurchführung und allgemeine Bestimmungen) führen Themen auf, die jedem, der die juristische Ausbildung durchlaufen hat, vertraut, und jedem, der als Vertragsjurist tätig ist, in Fleisch und Blut übergegangen sein dürften. Im Wesentlichen geht es hier nämlich um die ersten beiden Bücher des BGB, ergänzt um weitere Aspekte, insbesondere zur sachenrechtlichen Übertragung.

Im Handbuch findet sich ferner ein weiterer Teil, der sich mit dem Vertragsrecht beschäftigt. Die Funktion dieses sechsten Teils, geschrieben von *Ott/Pischel*, hat sich mir nicht recht erschlossen, da hier viele Gesichtspunkte des dritten Teils nochmals aufgegriffen werden. Eine bessere Verzahnung wäre hier wünschenswert, um Wiederholungen zu vermeiden.

Die Autoren des vierten Teils „Gesellschaftsrechtliche Verträge“ sind *Wegmann/von dem Knesebeck*. Sie beschreiben die Beratung von Gesellschaften in chronologischer Reihenfolge, angefangen bei der Konzeption (z. B. die Wahl der jeweils richtigen Rechtsform), über die allgemeinen Gestaltungsfragen, die rechtsformübergreifend zu beachten sind, bis hin zu den besonderen Hinweisen für jede einzelne Gesellschaftsform. In der Rezension zu der Voraufgabe habe ich diesen Teil mit dem Wort „Kleinod“ charakterisiert: Dies gilt auch für die Neuaufgabe, was ich hiermit wiederholen möchte. Dies nicht nur weil das Wort „Kleinod“ im Juni 2007 aus 2000 Vorschlägen beim Wettbewerb „Das bedrohte Wort“ zum Siegerwort gekürt wurde, sondern weil es sich tatsächlich um einen wertvollen, fein ziselierten Beitrag handelt. Der Wert für die tägliche Praxis liegt vor allem darin, dass er einen sehr schnellen Zugriff auf die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten erlaubt und eine Vielzahl von Formulierungsvorschlägen bietet.

Auch der folgende, fünfte Teil des Handbuchs zum Thema „Vertragsgestaltung und Steuern“ ist sehr hilfreich. Hier findet sich insbesondere ein Überblick über die steuerlichen Vorgaben bei Gesellschaftsverträgen, der vor allem bei der grundlegenden Weichenstellung der richtigen Rechtsform gute Dienste leistet. Eine vertiefte Darstellung darf man aber im Rahmen dieses Handbuchs nicht erwarten.

Teil sieben ist mit „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ überschrieben. Der Beitrag von *Ponschab* ist mit 27 Seiten relativ knapp gehalten und stellt Institutionen und Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung im In- und Ausland vor. Wer sich mit diesen Verfahren, deren bekanntestes sicherlich die Mediation ist, zum ersten Mal vertraut machen will, kann sich hier einen guten Zugang schaffen. Einen, auch persönlichen, Wermutstropfen muss ich aber konstatieren: Das neue Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, herausgegeben vom Kollegen Dr. *Walz*, ist nicht erwähnt. Dies wird hoffentlich dem Umstand geschuldet sein, dass das Formularbuch möglicherweise erst nach Abgabe der Druckfahnen erschienen ist.

Der achte Teil beschäftigt sich mit dem Verhandeln mit Institutionen – „Verhandeln in Brüssel“, der neunte mit dem „Verhandeln im Ausland“. In dem erstgenannten Teil bietet *Williamson* einen Überblick über die Struktur der EU, ihrer Organe und der Rechtsetzung; vertieft behandelt wird das EG-Kartellrecht. Die höchste Hürde besteht bei den EU-Institutionen wohl darin, den richtigen Ansprechpartner zu finden (S. 909). Mancher Leser wird sich hier an Romane von *Franz Kafka* erinnern fühlen, allen voran „Das Schloss“. Der Teil „Verhandeln im Ausland“ stellt die Besonderheiten in den USA, Russland, China, Japan und Brasilien dar. Dieser Teil ist streckenweise auch eine amüsante Lektüre. So hat anscheinend jede Kultur gewisse Ausweichstrategien entwickelt. In China etwa gibt es eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die Nein bedeuten, ohne dies aber auszusprechen (S. 1109). In dem Abschnitt über Brasilien wird das „Amanhã-Syndrom“ beschrieben: Wer morgen sagt, meint irgendwann (S. 1183). Weiter lernt man, dass in Japan nur ca. 2 % der Prüflinge das juristische Staatsexamen bestehen (S. 1139) und dass der japanische Notar Koshonin heißt und erst nach 30-jähriger Berufserfahrung ernannt wird (S. 1141). Der Autor *Wakatsuki* erliegt allerdings in diesem Zusammenhang dem Irrglauben, dass deutsche Notare vom Staat beschäftigt und vergütet werden. Für besonders Interessierte sei hier noch eine Website der japanischen Notare erwähnt: www.koshonin.gr.jp, die allerdings, anders als von *Wakatsuki* versprochen, doch auf Japanisch und nicht auf Englisch ist.

Der zehnte Teil des Handbuchs zum „Qualitätsmanagement von Vertragsprojekten“ ist neu in der 3. Auflage. *Malik* zeigt hier, allerdings nur auf zwölf Seiten, die typischen Fehler bei der Zusammenarbeit zwischen betriebswirtschaftlich orientierter Unternehmensführung und den juristischen Beratern. Abgeschlossen wird das Handbuch mit Checklisten zu Austauschverträgen und Gesellschaftsverträgen. Während sich die Auswahl der Checklisten für die Gesellschaftsverträge (GbR, GmbH, KG und AG) leicht nachvollziehen lässt, erscheint diese bei den Austauschverträgen eher willkürlich. Warum hier bei der Unzahl möglicher Austauschverträge sich eine der Checklisten z. B. ausgerechnet mit dem Lizenz- und Know-how-Vertrag beschäftigt, entzieht sich meiner Kenntnis.

Insgesamt ist das Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement ein Werk, das einer ausgedehnten Landschaft gleicht. Es gilt, einige Berge zu erklimmen, von denen aus man einen neuen Blick über die Ebene der Vertragsgestaltung gewinnt. Dabei fällt einem vieles schon Bekannte ins Auge, aber auch neue, bisher nicht gekannte Aspekte. Besonders hervorheben möchte ich die ersten beiden Teile und den vierten Teil. An den Schluss sei ein Satz gestellt, der sich auf S. 349 findet, aber ganz gut als Motto für Vertragsjuristen dienen mag: „Ein guter Vertrag gibt in der Krise Antwort auf Fragen, die beim Aushandeln keiner gestellt hat.“ Dabei ist dieses Handbuch hilfreich.

Notar *Johannes Schwarzmann*, Miltenberg

Tetenberg: Die Anwartschaft des Auflassungsempfängers. Beck, 2006. 220 S., 45 €

Grundsätzlich können die materiellen Voraussetzungen für einen Rechtserwerb im Privatrecht von den Vertragsparteien selbst geschaffen werden (§§ 398, 413, 929 ff. BGB). Dies ist

im Immobiliarsachenrecht anders. Wegen des Eintragungsgrundsatzes gemäß § 873 Abs. 1 BGB sind die Beteiligten hier auf die Mitwirkung des Grundbuchamts angewiesen. Die Vollendung des Erwerbstatbestands kann dadurch verzögert werden. Um hieraus resultierende Nachteile auszugleichen und dem Erwerber möglichst frühzeitig eigentumsgleiche Be-

fugnisse zuzuweisen, hat die Rechtsprechung unter verhaltenem Beifall der Literatur ein Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers etabliert. Thema der hier besprochenen Arbeit ist die von *Tetenberg* im Ergebnis verneinte Frage, ob diese Rechtsfortbildung gerechtfertigt ist.

Dem Notar begegnet die Anwartschaft in erster Linie als potentielles Verfügungsobjekt. Wirkt der Veräußerer bei der Belastung eines veräußerten Grundstücks mit einem Finanzierungsgrundpfandrecht nicht mit, so kommt die Verpfändung der Auflassungsanwartschaft in Betracht; bei Kettenveräußerungen kann in Erwägung gezogen werden, die Anwartschaft und nicht das Eigentum des Vordermannes zum Vertragsgegenstand zu machen. In der Praxis spielen diese Gestaltungen allerdings keine große Rolle: Die Verpfändung nicht wegen der von der Rechtsprechung insoweit postulierten Auflassungsform gemäß §§ 1274 Abs. 1 Satz 1, 925 Abs. 1 BGB, also der erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers und der dadurch ausgelösten Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO; die Veräußerung unter anderem nicht, weil es hier an einer Registerpublizität fehlt, die dem Erwerber gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Aus praktischer Sicht bedeutsamer dürfte daher die (in der Rechtsprechung bejahte) Frage sein, ob der Vertrag zur Aufhebung eines Kaufvertrages der Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf, wenn dem Käufer bereits ein Anwartschaftsrecht zusteht. *Tetenberg* geht bedauerlicherweise auf diese Frage nicht ein. Ansonsten behält er stets auch die Praxis als potentielle Leserschaft im Blick. So ist z. B. die Übertragbarkeit der Rechtsstellung des Auflassungsempfängers problematisch, wenn an ihn gerade wegen Umständen veräußert wurde, die in seiner Person liegen. Die damit zusammenhängenden Fragen stellt *Tetenberg* anschaulich anhand von Hofübergabefällen und Kaufverträgen im Einheimischenmodell dar (S. 191 ff.). Zum Schutz des Erwerbers vor unerlaubten Handlungen Dritter bietet er sogar eine Musterformulierung zur Abtretung entsprechender Schadensersatzansprüche des Verkäufer-Eigentümers an (S. 105).

Aufbaumäßig orientiert sich die Arbeit an den drei Fallgruppen, in denen eine Anwartschaft des Auflassungsempfängers in Betracht kommt: (a) kraft bindender Auflassung, (b) kraft bindender Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung und schließlich (c) kraft bindender Auflassung, Eintragungsantrag und -bewilligung. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt deutlich auf Fallgruppe (c).

Die Idee einer Anwartschaft schon aufgrund bindender Auflassung verwirft *Tetenberg* vor allem unter Verweis auf den fehlenden Schutz des Erwerbers gegen Zwischenverfügungen des Veräußerers (S. 3 ff.).

Auch mit der Anwartschaft kraft bindender Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung hält er sich nicht lange auf. Gegen sie erhebt er zunächst grundsätzliche Bedenken wegen der Akzessorietät der Vormerkung sowie deswegen, weil der Veräußerer durch Zwischenverfügungen den Übergang lastenfreien Eigentums auf den Erwerber zumindest noch erheblich erschweren kann (S. 7 ff.): Hierzu ist nämlich eine (freilich gemäß § 888 Abs. 1 BGB geschuldete) Zustimmung des durch die Zwischenverfügung Begünstigten erforderlich. Dieser interessante Ansatz wird leider im Fortgang der Arbeit nicht mehr weiterverfolgt. So gesteht *Tetenberg* dem Erwerber, an den bindend aufgelassen und zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde, keine Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO gegen die Eintragung einer Sicherungshypothek durch Gläubiger des Veräußerers zu. Diese sei unstatthaft, weil schon § 883 Abs. 2 BGB die Rechtsposition des Erwerbers ausreichend schütze. Nach den vorangegangenen Ausführungen drängt sich für den

Leser allerdings die Frage auf, ob die Drittwiderspruchsklage hier nicht zugelassen werden sollte wegen der drohenden Buchposition des Gläubigers bzw. wegen dessen zur Beseitigung dieser Buchposition erforderlicher Zustimmung. Im Ergebnis dürfte diese Frage allerdings zu verneinen sein. Das materielle Recht lässt nämlich einen gegenüber Dritten wirksamen, vormerkungswidrigen Rechtserwerb gerade zu (§ 883 Abs. 2 BGB: „insoweit“). Dann wäre es wertungswidersprüchlich, wenn der Vormerkungsberechtigte diesen Erwerb über § 771 ZPO verhindern könnte.

Den Kern der hier besprochenen Arbeit bildet die Anwartschaft kraft bindender Auflassung, Eintragungsbewilligung des Veräußerers und Eintragungsantrag des Erwerbers. Hierzu stellt *Tetenberg* zunächst fest, dass der Erwerber auch ohne die Annahme eines Anwartschaftsrechts ausreichend gegen den Vollstreckungszugriff durch Gläubiger des Veräußerers geschützt ist. Gegen die Eintragung einer Zwangshypothek schirme den Erwerber § 17 GBO ab. Ihm daneben eine Drittwiderspruchsklage aus Anwartschaftsrecht zu gewähren, um das Risiko abzuwenden, dass das Grundbuchamt unter Verletzung des § 17 GBO den Gläubigerantrag vor dem Erwerberantrag behandelt, widerspräche den gesetzlichen Wertungen; denn dieses Risiko sei dem Erwerber durch § 17 GBO bewusst zugewiesen (S. 34 ff.). Gegen eine Zwangsversteigerung durch Gläubiger des Veräußerers sei der Erwerber ebenfalls ausreichend durch das Prioritätsprinzip aus § 17 GBO geschützt, ohne dass ein Bedürfnis für die Konstruktion eines Anwartschaftsrechts bestehe. Denn der Zuschlag dürfe erst nach Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks erfolgen, und das Eintragungssuchen gemäß § 19 ZVG scheitere am Prioritätsprinzip des § 17 GBO.

In diesem Zusammenhang besonders erwähnenswert sind die Ausführungen *Tetenbergs* zur Frage, in welchem Zeitpunkt das Veräußerungsverbot gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG entsteht (S. 37 ff.). Erfolgt zunächst die Zustellung des Anordnungsbeschlusses gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 ZVG, stellt der Erwerber sodann seinen Eintragungsantrag und geht erst danach das Ersuchen gemäß § 19 ZVG beim Grundbuchamt ein, so scheint ein Eigentumsübergang auf den Erwerber ausgeschlossen: Da das Verfügungsverbot nach dem Wortlaut der §§ 22 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG vor Stellung des Eintragungsantrages durch den Erwerber entsteht, ist dieser nicht durch § 878 BGB geschützt. *Tetenberg* plädiert hier für eine teleologische Reduktion des § 22 Abs. 1 Satz 1 ZVG. Für den Erwerber sei bei Stellung seines Eintragungsantrages die vorherige Zustellung des Beschlusses weder aus dem Grundbuch, noch aus den Grundakten gemäß § 12 Abs. 1 GBO ersichtlich. Würde sein Rechtserwerb dennoch durch die Beschlagnahme verhindert, so wäre der Schutzzweck der §§ 878, 892 Abs. 2 BGB beeinträchtigt: Diese Vorschriften sollen es dem Erwerber ermöglichen, möglichst frühzeitig, nämlich schon mit Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung, die Gegenleistung zu erbringen (Hierbei handelt es sich freilich um eine rechtstatsächlich überholte Erwägung, die auf der in Norddeutschland bei Inkrafttreten des BGB üblichen Praxis beruht, die Kaufpreisfälligkeit an die Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung zu knüpfen). Die §§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG seien also nur auf die in §§ 1120, 1192 Abs. 1 BGB, § 20 Abs. 2 ZVG genannten beweglichen Sachen des grundpfandrechtlichen Haftungsverbands anzuwenden. Im Hinblick auf das Grundstück selbst regle sich das Konkurrenzverhältnis zwischen Erwerber und Gläubigern des Veräußerers alleine durch das Prioritätsprinzip gemäß §§ 17 GBO, 19 ZVG. Ähnlich sei im Übrigen die Konkurrenz zwischen Gläubigern des Erwerbers, die dessen Auflassungsanspruch pfänden (S. 156 f.) oder denen dieser

verpfändet wird (S. 141 f.), einerseits und solchen, die eine Sicherungshypothek beantragen andererseits, zu beurteilen. Auch hier könne nicht der in § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 1287 Satz 2 Hs. 1 BGB genannte Zeitpunkt über das Konkurrenzverhältnis entscheiden, sondern alleine das in § 17 GBO geregelte Prioritätsprinzip. Das alles überzeugt.

Auch zum Schutz des Erwerbers vor unerlaubten Handlungen sei die Annahme eines Anwartschaftsrechts entbehrlich. Beim Erwerb vom Berechtigten (S. 65 ff.) stünden dem Erwerber gegen den Veräußerer vertragliche Ansprüche zu. Bei Delikten Dritter könne der Erwerber vom Veräußerer gemäß oder entsprechend § 285 Abs. 1 BGB Abtretung eines kraft Drittschadensliquidation werthaltigen Schadensersatzanspruchs verlangen; regelmäßig ergebe sich auch die Abtretung selbst aus ergänzender Vertragsauslegung. Schwieriger gestaltet sich dagegen die Rechtslage beim Erwerb vom Nichtberechtigten (S. 105 ff.). Der Erwerber sei hier zwar durch § 892 Abs. 2 BGB geschützt, einem Eigentümer jedoch noch nicht in jeder Hinsicht gleichgestellt. Entsprechend §§ 869, 1134 BGB könne der Erwerber daher bei unerlaubten Handlungen Dritter nur einen Schadensersatzanspruch des wahren Eigentümers geltend machen. Dieser sei grundsätzlich auf Zahlung an den wahren Eigentümer gerichtet. Das hinterlässt Bauchschmerzen. Zwar trifft zu, dass § 892 Abs. 2 BGB, § 17 GBO (nur) eine gefestigte Aussicht auf Rechtserwerb begründen; allerdings steht dieser gefestigten Erwerbsaussicht notwendig eine gefestigte Verlustaussicht des wahren Eigentümers gegenüber. Dessen Eigentum als Deliktobjekt ist für ihn wegen § 892 Abs. 2 BGB, § 17 GBO „verloren“. Trotzdem soll er für das „verlorene“ Eigentum (Schadens-)Ersatz bekommen, den er endgültig behalten darf? Fragt man, wie der (Schadens-)Ersatzanspruch des wahren Berechtigten für sein „verlorenes“ Eigentum werthaltig wird, drängt sich der Eindruck auf, dass auch hier eine Drittschadensliquidation bemüht werden muss. Um bei dieser zum gewünschten Ergebnis zu kommen, sind zwei Schritte nötig. In einem ersten Schritt wird der Schaden zum Anspruch des formell Berechtigten und in einem zweiten Schritt der Anspruch des formell Berechtigten zum materiell Geschädigten gezogen. Beim Erwerb vom Nichtberechtigten steht für den zweiten Schritt zwar nicht die Vorschrift des § 285 Abs. 1 BGB zur Verfügung; aber eine Pflicht des wahren Berechtigten, seine Schadensersatzansprüche gegen den Drittschädiger an den Erwerber abzutreten, ergibt sich m. E. aus einer Analogie zu § 255 BGB. Wie der Schädiger des § 255 BGB lässt auch der Erwerber das Eigentum eines Dritten untergehen. Wenn aber schon der i. S. d. § 255 BGB rechtswidrig Schädigende die Ersatzansprüche des Eigentümers abgetreten erhält, so muss dies erst recht für den gemäß § 892 Abs. 1 BGB gerechtfertigt handelnden Erwerber gelten. Dass dieser anders als der Schädiger im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 255 BGB dem Eigentümer keinen Ersatz schuldet, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Denn

§ 255 BGB gewährt dem Schädiger die Ersatzansprüche des Eigentümers nicht als Gegenleistung für den zu leistenden Schadensersatz. Vielmehr hat § 255 BGB als Ausdruck des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots den Geschädigten im Blick. Für sein durch eine Handlung des Schädigers untergegangenes Eigentum soll er nicht noch Ersatz von dritter Seite erhalten. Nichts anderes kann für den Berechtigten gelten, der sein Eigentum durch gutgläubigen Erwerb verliert.

Schließlich zeigt *Tetenberg*, dass es nicht der Konstruktion eines Anwartschaftsrechts bedarf, um dem Erwerber angemessene (Weiter-)Verfügungs- und dessen Gläubigern Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen. Besonders hervorzuheben sind insoweit die Ausführungen zum Direkterwerb des Eigentums durch einen Zweiterwerber mittels Verfügung des durch § 185 Abs. 1 BGB ermächtigten Ersterwerbers. Hier bejaht *Tetenberg* die Möglichkeit, den Eintragungsantrag des Ersterwerbers analog § 263 ZPO auf den Zweiterwerber umzustellen und diesem so den durch § 17 GBO einmal begründeten Schutz zu erhalten. Gläubigern des Ersterwerbers brauche kein Anwartschaftsrecht als potentielles Pfändungsobjekt zur Verfügung gestellt werden, da sie die Möglichkeit haben, die Eintragung einer Zwangshypothek zu beantragen. Aus der Wertung des § 876 Satz 1 BGB entwickelt *Tetenberg* zu ihren Gunsten ein materielles Vertragsaufhebungsverbot, das sie vor einer Aufhebung der Auflassung schützt. Verfahrensrechtlich sei flankierender Schutz durch ein Recht der Gläubiger gewährleistet, dem Eintragungsantrag des Erwerbers beizutreten und so zu verhindern, dass dieser durch Antragsrücknahme seinen bereits initiierten Eigentumserwerb noch verhindert.

Zusammenfassend ist es *Tetenberg* in der hier besprochenen Arbeit gelungen, ein in sich schlüssiges Konzept zur Lösung der Anwartschaftsproblematik zu entwickeln. Durch eine klare, präzise und stets gut verständliche Sprache stellt der Autor unter Beweis, dass er sein Thema beherrscht. Seine Argumentation ist nie formalistisch. Vielmehr werden die angebotenen Lösungen stets aus einer eingehenden Analyse der einschlägigen gesetzlichen Wertungen und widerstreitenden Interessen entwickelt. Schließlich behandelt die Arbeit gleichsam en passant eine Reihe von praxisrelevanten Streitfragen. Wenn *Tetenberg* etwa in einer eingehenden Analyse zu dem Ergebnis kommt, dass dem Grundbuchamt zur Eigentumsumschreibung neben der Einigung (§ 20 GBO) zusätzlich die Bewilligung (§ 19 GBO) nachgewiesen werden muss, so werden Notare dies begrüßen, die im Grundstückskaufvertrag den Eigentumsübergang sperren, indem sie die Bewilligung aussetzen. Aber nicht nur ihnen, sondern allen am Thema Interessierten kann die vorliegende Arbeit uneingeschränkt zur Lektüre empfohlen werden.

Notarassessor *Johannes Bolkart*,
Bad Griesbach i. Rottal

Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 2. Aufl., ZAP, 2007. 930 S., 88 € + CD-ROM

Das im Jahre 2004 erstmals erschienene Handbuch von *Münch* hat sich in kurzer Zeit zu einer ernsthaften Konkurrenz zu dem Werk von *Langenfeld* (Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl. 2005) entwickelt. Eine große Stärke des Werkes von *Münch* war von Anfang an seine große Übersichtlichkeit und die Vielzahl an wertvollen Ge-

staltungsmustern. Bereits die erste Auflage enthielt einen kaum erschöpfbaren Fundus an Gestaltungsempfehlungen. Gerade auch diesen zahlreichen Gestaltungsvorschlägen ist es zu verdanken, dass sich das Buch nach nur kurzer Zeit seit der Erstauflage großer Beliebtheit erfreut.

Die relativ kurze Zeit, die seit Erscheinen der Erstauflage vergangen ist, hat ihren Grund sicherlich auch in der weiterhin lebhaften höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Recht der

Eheverträge, die durch die Entscheidung des BGH vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*) ausgelöst wurde. Gerade in dem Bereich des Unterhaltsrechts zeigt sich deutlich die Stärke des Werkes von *Münch*. Neben einem Abschnitt zu den Möglichkeiten der Vereinbarungen unter Ehegatten zum nahehelichen Unterhalt ist auch ein Abschnitt enthalten, in welchem das materielle Unterhaltsrecht umfassend dargestellt wird. Die gründliche und detailgenaue Darstellung fasziniert, auch wenn vom Notar sicherlich nicht verlangt werden kann, dass er all diese Einzelaspekte bei der Ehevertragsberatung sicher beherrscht.

Ergänzt wird die Darstellung durch ein eigenständiges Kapitel über die (immer noch) bestehende Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle im Recht der Eheverträge. In diesem Abschnitt wird zunächst die neueste höchstrichterliche Rechtsprechung des BVerfG und des BGH dargestellt. Es wird des Weiteren aber auch die Rechtsprechung der einzelnen Oberlandesgerichte in Konsequenz der Entscheidung des BGH vom 11.2.2004 behandelt. Auch hier besticht das Werk durch Übersichtlichkeit und Genauigkeit. Die Darstellung gelingt unter anderem deshalb sehr gut, weil *Münch* die Unterteilung nicht nach der Zeitabfolge der Entscheidungen, sondern vielmehr nach Themengebieten (z. B. Doppelverdienerehe, Bleiberechtsfälle, Scheidungsvereinbarungen) vorgenommen hat. Es wird hierdurch sehr transparent, welche starke Verunsicherung die geänderte Rechtsprechung des BVerfG und des BGH ausgelöst hat. Es zeigt auch deutlich die Gefahr auf, dass die verstärkte Inhaltskontrolle durch den BGH als reine Billigkeitskontrolle fehlgedeutet wird.

Die Ausführungen von *Münch* zu dieser aktuellen Thematik beschränken sich jedoch nicht auf die Darstellung der inhaltlichen Fragen eines Ehevertrages. Vielmehr gibt er dem Leser auch einen Leitfaden an die Hand, wie bei der Durchführung des Beurkundungsverfahrens auf die geänderte Rechtsprechung reagiert werden kann. Es wird hierbei auch die Möglichkeit der Aufnahme einer Präambel in den Ehevertrag behandelt. Trotz der Anregungen hierzu, die direkt von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgehen, darf man allerdings insoweit die Gefahr von unvollständigen Angaben der Beteiligten nicht unterschätzen. Der Ausübungskontrolle durch die Gerichte wird entgegen dem Willen der Beteiligten, eine möglichst beständige Vereinbarung zu treffen, unter Umständen ein starker Nährboden geliefert. Von dem Notar, der sich an eine detaillierte Darstellung der Lebensverhältnisse und des Eheleitbildes der Ehegatten wagt, ist mit Sicherheit eine besondere Sorgfalt zu fordern.

Hervorzuheben sind im Zusammenhang mit der Gestaltung der Urkunde auch die Denkansätze zum Einsatz von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen, die *Münch* liefert. Gerade angesichts der verstärkten Inhaltskontrolle der Gerichte und des von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Verhältnisses zu § 139 BGB ist vor einem unbedachten und pauschalen Einsatz von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen dringend zu warnen, weil ein solcher Einsatz den Besonderheiten des Einzelfalls meist nicht gerecht werden wird. Vielmehr ist eine an den Interessen der Ehepartner im Einzelfall orientierte und sorgfältig abgefasste salvatorische Klausel m. E. ein durchaus geeignetes Mittel, um den Ehepartnern ein wichtiges Maß an Verlässlichkeit und Vertrauen in die Kernregelungen ihres Vertrages zu liefern. Dass eventuell, wie *Münch* andenkt, auch eine salvatorische Klausel direkt der Inhaltskontrolle der Gerichte unterliegen könnte, mag man vor diesem Hintergrund kaum hoffen.

Auch wenn man mittlerweile fast verleitet ist, das aktuelle Ehevertragsrecht mit der erwähnten Rechtsprechung des

BGH gleichzusetzen, so darf man doch nicht verkennen, dass auch viele weitere Gebiete des Rechts der Eheverträge sich in der Diskussion und der Fortentwicklung befinden. Eines dieser Gebiete – wie sollte es auch anders sein – ist das Steuerrecht. Dass die steuerlichen Aspekte der Ehevertragsgestaltung nicht ausgeblendet, sondern vielmehr detailliert behandelt werden, ist ein weiteres großes Verdienst des Werkes von *Münch*. Im Zusammenhang mit dem aktuellen Steuerrecht ist insbesondere der Begriff der „Güterstandsschaukel“ zu nennen, hinter welchem sich ein doppelter Wechsel des Güterstandes verbirgt, um die steuerlichen Vorteile des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft auszunutzen. Die Reichweite des insofern ergangenen BFH-Urteils aus dem Jahre 2005 hat schon so manchen Steuerberater zu der Überzeugung verleitet, eine steuerliche Allzweckwaffe im Bereich des ehelichen Güterrechts entdeckt zu haben. *Münch* versäumt es in diesem Bereich nicht, auf die Restrisiken einer derartigen Gestaltung hinzuweisen und stellt dem dieser Gestaltungsform gewogenen Leser auch ein entsprechendes Gestaltungsmuster zur Verfügung. In engem Zusammenhang mit dieser Thematik steht die ebenfalls von dem Autor detailliert behandelte Frage, inwieweit im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer die ehevertragliche Vereinbarung eines Güterstandes mit rückwirkender Wirkung anerkannt wird (siehe hierzu auch aktuell FG Düsseldorf, MittBayNot 2007, 250 m. Anm. *Wachter*).

Trotz der ständigen Aktualisierung des Rechts der Eheverträge durch eine Vielzahl an Gerichtsentscheidungen ist der Zeitpunkt für die Neuauflage durchaus mutig gewählt. Dies liegt daran, dass im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Neuauflage die vom Gesetzgeber geplante Unterhaltsrechtsreform noch nicht vollzogen, sondern vielmehr die Verabschiedung des Gesetzes aufgrund der Diskussion um die geplante vereinheitlichte Festlegung des Rangverhältnisses der Unterhaltsansprüche in § 1609 BGB-E im Endstadium aufgehalten wurde. Die durch diese Schwebephase entstehenden Anforderungen für eine Abhandlung des Ehevertragsrechts meistert *Münch* m. E. sehr geschickt dadurch, dass er zum einen die grundlegenden Reformanliegen in einer Einleitung zum Abschnitt Ehegattenunterhaltsrecht behandelt. Zum anderen stellt er die einzelnen durch die Reform zu erwartenden Änderungen auch im jeweiligen Sachzusammenhang dar und hebt diese optisch deutlich hervor. So wird beispielsweise die geplante Vorschrift des § 1578 b BGB-E behandelt, welche die gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Herabsetzung und Befristung des nahehelichen Ehegattenunterhalts wesentlich erweitert und in welcher der im Rahmen der Inhaltskontrolle des BGH bei Eheverträgen entwickelte Zentralbegriff des ehebedingten Nachteils erstmals einer gesetzlichen Regelung zugeführt wird. Ebenso wird die geplante Stärkung des Prinzips der Eigenverantwortung im Unterhaltsrecht mit samt einer Verschärfung der Erwerbsobliegenheit des kinderbetreuenden Ehegatten unter Berücksichtigung der bestehenden Drittbetreuungsmöglichkeiten (§ 1570 BGB-E) dargestellt.

Neu aufgenommen wurde in das Werk ein eigener Abschnitt zu der Thematik der Ehen mit Auslandsberührung. Dieser Abschnitt beschränkt sich inhaltlich auf die Darstellung des deutschen IPR und seiner Auswirkungen auf die Ehevertragsgestaltung. Man mag zwar leise Zweifel haben, ob eine isolierte Darstellung des deutschen IPR ohne gleichzeitige Behandlung des ausländischen Ehevertragsrechts sinnvoll ist. Die Hinzuziehung vertiefter Abhandlungen zu diesem Thema (siehe z. B. *Hertel* in Würzburger Vertragshandbuch, 2005, Teil 7, Kap. 4) kann der Abschnitt im Werk von *Münch* sicherlich nicht entbehrlich machen. Die Lektüre dieses Abschnitts ist aber insbesondere demjenigen Leser zu empfehlen, der

sich einen kompakten Überblick über die Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung einer Rechtswahl in den verschiedenen Einzelbereichen des Eherechts verschaffen möchte.

Insgesamt handelt es sich ohne Zweifel um ein Werk, das nahezu einschränkunglos zu empfehlen ist. Nach einer ge-

wissen Eingewöhnungsphase mag man es als äußerst wertvolle und praktische Unterstützung bei der Gestaltung von Eheverträgen nicht mehr missen.

Notarassessor Dr. *Alban Bruch*, München

Brambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht. Beck, 2007. 1011 S., 98 € + CD-ROM

Mit dem vorliegenden Werk wird eine Lücke in der im Ausbau befindlichen „roten“ Formularbuchreihe des Beck-Verlags geschlossen. Es gleicht daher in Aufbau und Ausstattung den anderen Bänden dieser Reihe: An eine – hier schon fast lehrbuchartige – Einführung schließen sich die zahlreichen Muster mit jeweiliger Kommentierung und Checklisten an. Ergänzt wird dies von einer CD-ROM, von der man alle Formulartexte auch in Word übernehmen kann.

Ungefähr die Hälfte des Textteils umfassen die Formulare zur Errichtung letztwilliger Verfügungen. Dieser Teil überzeugt. Ich kann mir kaum eine Gestaltungsvariante vorstellen, die man nicht als Muster oder zumindest in der Kommentierung berücksichtigt findet. Die Vielfalt der Texte regt aber auch zum „Querlesen“ an, um die eigene Beratungspraxis zu überdenken und neue Anregungen aufzunehmen. Die Formulierungen sind präzise und die Kommentatoren halten sich überwiegend an einen einheitlichen Stil, was den Vergleich der Muster bei Querweisen sehr erleichtert. Etwas gewöhnungsbedürftig ist lediglich der Aufbau des Buches: Im ersten Hauptteil (Abschnitt C) werden die Muster inhaltlich geordnet (nach den Themen Erbeinsetzung, Vermächtnis, Testamentsvollstreckung usw.), wohingegen die Formulare in Teil E von typischen Lebenssituationen ausgehen (z. B. Verfügungen von Ehegatten mit Kindern aus früherer Ehe). Besondere Fallgestaltungen, wie z. B. Behindertentestamente, Verfügungen bei überschuldeten Erben und Unternehmerestamente finden sich in den weiteren Abschnitten F und G. Dabei verweisen die Kommentierungen der hinteren Teile oft auf die allgemeinen Ausführungen, so dass sie etwas schwerer zu lesen sind. Letztlich verkörpert sich in diesem Aufbau aber die notwendige Mischung aus systematischen Einzelbausteinen und ganzen Vertragstypen. Das detaillierte Stichwortverzeichnis hilft im Übrigen bei der Suche, wenn man beim ersten Blick ins Inhaltsverzeichnis nicht gleich fündig wird.

Inhaltlich möchte ich nur eine Anregung geben: Bei den Mustern zum Behindertentestament wird pauschal die Erbquote des Behinderten mit $\frac{3}{100}$ über dem jeweiligen Pflichtteil angesetzt (was immer einen Erbschein erforderlich macht). Die Formulare könnten hier über entsprechende Lücken o. ä. deutlicher zum Ausdruck bringen, dass dies nur die Mindestquote darstellt, der Anteil des Behinderten aber durchaus höher ausfallen kann. Dies entspricht nicht nur dem Willen vieler Mandanten, sondern sollte meines Erachtens durchaus auch zur Empfehlung an die Vertragsgestalter gehören. Je häufiger diese individuelle Regeln (auch) zum Wohle des Behinderten vorschlagen, desto eher wird man künftig Begehrlichkeiten des Sozialhilfeträgers oder pauschalen Sittenwidrigkeitsvorwürfen gegenüber den Behindertentestamenten begegnen können. Die Entwicklung der Eheverträge kann dafür ein Beispiel sein.

Überraschend ist sicherlich, dass sich in einem Erbrechtbuch zahlreiche weitere Formulare finden, die man grob unter dem Thema „lebzeitige Vermögensplanung“ zusammenfassen

kann: im Abschnitt „Unternehmensnachfolge und landwirtschaftliches Sondernachfolgerecht“ sind dies z. B. gesellschaftsvertragliche Regelungen (insbesondere Nachfolge- und Abfindungsklauseln) und Verträge zur lebzeitigen Unternehmensübertragung. Das Kapitel „Rechtsgeschäfte unter Lebenden“ spannt den Bogen von Vorsorgevollmachten, über ehebedingte Zuwendungen und Güterstandsvereinbarungen, Erb- und Pflichtteilsverzicht bis zu Überlassungsverträgen. Manches erscheint hier eher überflüssig, wie z. B. die Handelsregisteranmeldungen bei Gesellschafterwechseln oder ein Formular zur „Mietwohnungsschenkung“, das sich lediglich im Grundbuchbeschrieb vom allgemeinen Überlassungsformular unterscheidet; Hinweise auf die Eigentümergemeinschaft, das in der Überschrift bezeichnete Mietverhältnis und § 566 BGB fehlen jedoch, dafür enthält es den Hinweis des Notars, dass er das Grundbuch nicht eingesehen hat (was hoffentlich nicht als Standard gesehen wird). Einige Kommentierungen sind in diesem Bereich leider auch sehr knapp ausgefallen, so dass zumindest Missverständnisse drohen – zwei Beispiele: Im Formular der Vorsorgevollmacht sind Ersatzbevollmächtigte für den Fall der Verhinderung des Hauptbevollmächtigten vorgesehen; im Gegensatz zu § 1899 Abs. 4 BGB, auf den die Kommentierung verweist, dürfte dabei aber unklar sein, wie diese Anordnung im Außenverhältnis zu verstehen ist. Und bei den Nießbrauchsbausteinen im Zuge einer Überlassung wird die Frage, wer außergewöhnliche Lasten zu tragen hat, lediglich unter der Beschreibung „beschenkenfreundlich“ oder „nießbraucherfreundlich“ behandelt; es fehlt jedoch jeder Hinweis auf die steuerliche Absetzbarkeit der Kosten bei Mietwohnungen, die für die Gestaltung meist entscheidend sein wird.

Zum Kerngebiet des Erbrechts gehört dann wieder Teil J, der zahlreiche Erklärungen, Anträge und Verträge für die Nachlassabwicklung enthält, wie z. B. Ausschlagungen, Erbscheinsanträge, Erbauseinandersetzungvereinbarungen und Erbteilsübertragungen. Hier wird man fast immer fündig werden; lediglich das Muster eines notariell aufgenommenen Nachlassverzeichnisses oder Inventars könnte in der nächsten Auflage noch ergänzt werden. Abgeschlossen wird das Werk mit einem Kapitel zum Auslandsbezug. Hier findet sich neben einer Darstellung der Grundlagen des IPR und kurzer Länderberichte zu einigen ausgewählten Staaten auch eine Anzahl von hilfreichen Mustern für verschiedene Einzelfälle, z. B. für Verfügungen bei Ferienimmobilien im Ausland. Da diese Darstellung aber verständlicherweise nicht umfassend sein kann, wird man in diesem Bereich auf Spezialliteratur nicht verzichten können.

Schließt damit das Buch auch eine Lücke in der Bibliothek? Dies kann man angesichts des umfassenden Literaturangebots zum Erbrecht wohl nicht behaupten, zumal man für die nicht-erbrechtlichen Bereiche wohl eher auf andere, detailliertere Handbücher zurückgreifen wird. Wer aber eine aktuelle und umfassende Darstellung erbrechtlicher Verfügungen sucht, oder gerne verschiedene Muster vergleicht, ist mit dem Kauf gut beraten.

Notar Dr. *Felix Odersky*, Erlangen

Tanck (Hrsg.): Formularbuch Erbrecht. Zerbst, 2007. 1131 S., 98 €

Das in erster Auflage erschienene Formularbuch Erbrecht von Tanck ist ein umfassendes Werk, welches auf 1131 Seiten sowohl die Grundzüge und Grundbegriffe des Erbrechts erläutert als auch Formulierungsmuster zur Verfügung stellt. Alle Muster sind zudem auf der beigefügten CD-ROM enthalten. Die Autoren sind allesamt Rechtsanwälte; Notare haben an der Erstellung des Werkes nicht mitgewirkt. Bei der Auswahl der Themen wurde seitens des Herausgebers besonders auf die Praxisrelevanz im Anwaltsbereich Wert gelegt.

Das Formularbuch ist in zwölf Kapitel gegliedert. Diesen ist ein ausführliches Inhaltsverzeichnis auf 41 Seiten vorangestellt, welches einen guten Überblick gibt und die Handhabung des Werkes sehr erleichtert. Das Inhaltsverzeichnis verweist zugleich auf die in den einzelnen Kapiteln enthaltenen Muster. Die Kapitel und Unterkapitel werden jeweils durch einen vorangestellten systematischen Grundlagenteil eingeleitet. Der weitergehende Aufbau orientiert sich sodann vermehrt an der anwaltlichen, streitigen Beratungssituation, d. h. es wird die vorprozessuale und prozessuale Vorgehensweise dargestellt und mit Schriftsätzen als Muster abgerundet. Formulierungsbeispiele für den vertragsgestaltenden Anwalt und Notar sind in diesem Werk auch enthalten, jedoch im Vergleich zu den Mustern der streitigen Beratungssituation in der Unterzahl. Die vorhandenen vertragsgestaltenden Muster sind dafür inhaltlich vollumfänglich auch in der notariellen Praxis verwendbar.

Ausgesprochen gut gelungen ist das Kapitel 2, welches sich mit dem Vermächtnisrecht auseinandersetzt. Hier werden die verschiedensten Vermächtnisformen und -gegenstände ausführlich in einzelnen Unterabschnitten dargestellt und ihre Unterschiede zueinander herausgearbeitet. Am Ende eines jeden Unterabschnitts wird ein Formulierungsbeispiel bereitgestellt. Daneben stehen aber auch Muster für das Einklagen des jeweiligen Vermächtnisses zur Verfügung.

Das in der notariellen Beratungspraxis häufig anzutreffende Problem des Unternehmertestamentes ist jedoch eher zu kurz gekommen. Die Unternehmensübertragung im Wege des Erbanges wird im Rahmen des Universalvermächtnisses (auch als Vorausvermächtnis) angesprochen; weitere Gestaltungsmöglichkeiten werden hingegen nicht erörtert. So hätte zumindest auch ein Hinweis auf die Möglichkeit der Alleinerbeinsetzung des Unternehmerserben bei gleichzeitiger Anordnung von Vermächtnissen für die übrigen zu Bedenkenden erfolgen können. Nicht zu kritisieren ist der Einwand, dass die Vermächtnislösung den Vorteil der Benennung des Vermächtnisnehmers durch einen Dritten eröffnet. Die Drittbenennungsmöglichkeit eines Erben ist durch § 2065 BGB eingeschränkt, während § 2151 BGB dies hinsichtlich der mit einem Vermächtnis Bedachten zulässt.

Auch gehen die Autoren im vorliegenden Werk nur rudimentär auf die Problemkreise ein, die mit einem Unternehmertestament verbunden sein können. So sind eventuell begleitende Maßnahmen erforderlich, um dem Willen des

Unternehmers Geltung zu verleihen, wie beispielsweise die Anpassung einer bestehenden Satzung an den Fall des Todes des Gesellschafters. Eine Fortführung des Unternehmens kann bereits daran scheitern, dass eine Nachfolgeklausel zugunsten des gewünschten Nachfolgers gar nicht im Gesellschaftsvertrag enthalten ist. Daher ist eine umfassende Beratung im Bereich des Testamentes eines Unternehmers erforderlich, für die eine Checkliste der möglichen Probleme wünschenswert wäre.

Sehr gut sind hingegen die Ausführungen zur Testamentsvollstreckung als begleitende Maßnahme im Unternehmertestament. Auch hier wird ein allgemeiner Teil vorangestellt, der die Problematik des Testamentsvollstreckers im Bereich der Unternehmensführung aufzeigt. Der Testamentsvollstrecker vermag es bekanntlich nicht, in seiner Eigenschaft und kraft seines Amtes ein Handelsgeschäft zu führen, da er kraft Gesetz Verbindlichkeiten nur für den Nachlass und nicht auch für die Erben persönlich eingehen kann, § 2206 BGB. Es ergäbe sich somit bei einer Testamentsvollstreckung eines Unternehmens faktisch ein Unternehmen mit lediglich auf den Nachlass beschränkter persönlicher Haftung, was jedoch dem numerus clausus des Gesellschaftsrechtes widerspricht. Aus diesem Grunde sind als Ersatzlösungen die sogenannte Vollmachtlösung, die Treuhandlösung, die Weisungsgeberlösung und beaufsichtigende Testamentsvollstreckung entwickelt worden. Diese Ersatzlösungen sind anschaulich dargestellt und ihre Unterschiede zueinander ausführlich herausgearbeitet. Am Ende einer jeden Ersatzlösung ist eine schematische Aufstellung über die Vor- und Nachteile der jeweiligen Lösung, sowie deren wesentliche Merkmale enthalten. Diese Aufstellungen erleichtern das Verständnis und erlauben ein schnelles Nachschlagen.

Kapitel 11 wendet sich mit dem Thema „vorweggenommene Erbfolge“ auch an den Notar. Auf 25 Seiten werden die steuerlichen Grundlagen der Erbschaft- und Schenkungsteuer dargelegt und Muster zu einzelnen Schenkungs- und Übergabevorgängen vorgestellt. Aufgrund des relativ geringen Seitenumfanges ist die Darstellung zur Erlangung eines schnellen Überblicks zweckdienlich. Die Ausführungen zu den Bewertungsvorschriften sind hingegen nur bedingt brauchbar, da aufgrund des früher liegenden Redaktionsschlusses auf die Entscheidung des BVerfG vom 4.11.2006 zur Unwirksamkeit der unterschiedlichen Bewertung von u. a. Grundbesitz und Geldvermögen nicht eingegangen wird und die aktuellen Bewertungsvorschriften nur noch bis spätestens 31.12.2008 gelten.

Bei dem Formularbuch Erbrecht von Tanck handelt es sich um ein Handbuch für Rechtsanwälte, das für diese Zielgruppe äußerst detaillierte und praxisnahe Ausführungen enthält. Dabei sind ausdrücklich die Muster zur Prozesseinleitung und im streitigen, vorprozessualen Bereich hervorzuheben. Für die notarielle Praxis ist das Buch jedoch nur bedingt tauglich, da insbesondere die umfangreichen Ausführungen zur anwaltlichen, streitigen Beratungssituation die Übersichtlichkeit bei der Arbeit im vertragsgestaltenden Bereich beeinträchtigen.

Notarassessor Nico Matheis, Passau

Hoffmann-Becking (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft. 3. Aufl., Beck, 2007. 1 695 S., 142 €

Die Vielzahl der teils umfassenden Rechtsänderungen im Aktienrecht seit dem Erscheinen der Voraufgabe bedingte trotz der von *Hoffmann-Becking* im Vorwort beklagten „ewigen Zeitnot schreibender Rechtsanwälte“ nach nunmehr acht Jahren eine Neuauflage des aktienrechtlichen Praktikerhandbuchs.

Gliederungstechnisch orientiert sich das Werk im Wesentlichen am chronologischen Ablauf der Existenz der Aktiengesellschaft: Nach einer Einführung befassen sich die ersten Kapitel mit einer Beschreibung der Gründung der Gesellschaft und den wesentlichen Bestimmungen der Satzung. Es folgen Ausführungen über Stellung, Rechtsverhältnisse und Pflichten der Aktionäre, Vorstände und Aufsichtsräte. Dem für den Aktionär wichtigsten Gesellschaftsorgan, der Hauptversammlung, ist ein eigenes Kapitel mit einem Umfang von rund 200 Seiten gewidmet. Im Anschluss an Darstellungen über den Jahresabschluss und das Steuerrecht der Gesellschaft (zum Erbschaftsteuerrecht naturgemäß noch mit dem Stand vor der Entscheidung des BVerfG, DStR 2007, 235 = MittBayNot 2007, 161 m. Anm. *Wälzholz*) werden auf ebenfalls rund 200 Seiten alle denkbaren Kapitalmaßnahmen einschließlich deren steuerlicher Behandlung beschrieben. Nach einem (praxisnah) kurz gehaltenen Abschnitt über die Auflösung der Gesellschaft folgt das mit rund 300 Seiten umfangreichste Kapitel des gesamten Werkes, das sich mit dem aktienrechtlichen Konzernrecht befasst. Die die allgemein sehr beachteten Regelungen des squeeze out behandelnden §§ 327 a ff. AktG werden in einem eigenen Kapitel geradezu lehrbuchartig und vorbildlich übersichtlich dargestellt. Abgeschlossen wird das Werk mit eigenen Abschnitten zur Kommanditgesellschaft auf Aktien und zur Europäischen Aktiengesellschaft, wobei der Verfasser (*Austmann*) gleich zu Beginn (§ 82 Rdnr. 4) ersichtliche Zweifel äußert, ob sich letztere Gesellschaftsform in Anbetracht der *Inspire-Art* und *Überseering*-Entscheidungen des EuGH, der Verschmelzungsrichtlinie und der *SEVIC*-Entscheidung des EuGH in der Praxis durchsetzen wird.

Schon diese Zusammenfassung des Inhaltsverzeichnisses zeigt, dass das Werk mit einer unglaublichen Fülle an Informationen aufwarten kann, die in beeindruckender Dichte und Prägnanz aneinander gereiht und verständlich aufbereitet sind. Die Verfasser halten sich, ganz dem Anspruch eines Praktikerhandbuchs genügend, nicht mit der langen Darstellung von Meinungen und dogmatischen Grundsätzen auf, sondern beschränken sich auf das Aufzeigen von Problemen und die Antworten, die in Rechtsprechung und (leicht zugänglicher) Literatur hierauf gefunden wurden. Gleichwohl werden die Streitstände genannt und die eigene Auffassung des Verfassers zugeordnet. Wer vertiefende Darstellungen oder genauere Begründungen sucht, kann in der Vielzahl der Literaturnachweise leicht fündig werden. Gleichwohl sind viele Punkte mehrfach angesprochen, ohne dass im Fließtext immer hierauf verwiesen wird. So wird etwa die *persönliche Haftung* des Vorstands in § 23 Rdnr. 27 (unter der Überschrift „Haftung der AG für das Handeln von Vorstandsmitgliedern“) angesprochen und sodann nochmals (und richtig verortet) in § 26.

Bei den Verfassern des Werkes handelt es sich ausschließlich um Rechtsanwälte (ggf. zugleich Steuerberater und Wirtschaftsprüfer); Notare findet man leider nicht, was sich bei notarieller Lektüre an der ein oder anderen Unebenheit zeigt: So wird in § 3 Rdnr. 23 noch auf den durch das EHUG vom

10.11.2006 abgeschafften § 40 Abs. 1 Nr. 4 AktG sowie den früheren § 37 Abs. 3 und 5 AktG verwiesen und unter anderem die Namenszeichnung der Vorstandsmitglieder in der Erstanmeldung gefordert, obwohl in den Werbeanzeigen zu dem Werk das neue Gesetz als berücksichtigt bezeichnet wird. Dass bei Bestellung eines Vorstands auf einen *zukünftigen* Zeitpunkt dieser sogleich zum Handelsregister „angemeldet und eingetragen werden“ kann (§ 20 Rdnr. 66) ist jedenfalls in dieser Form nicht haltbar. Auch die Aussage, dass Registergerichte die Anmeldung einer „generellen“ Befreiung des Vorstands von den Beschränkungen des § 181 BGB nur „vereinzelt“ zurückweisen (§ 23 Rdnr. 21) und daher „rein vorsorglich“ nur die Befreiung von § 181 Alt. 2 BGB aufgenommen werden solle, hätte jedenfalls ein sauber arbeitender Notar anders formuliert. Dass ein deutscher Notar im Ausland überhaupt „nicht tätig werden“ darf (§ 40 Rdnr. 5), ist in dieser Form ebenfalls unzutreffend, wie ein Blick in § 11 a Satz 1 BNotO beweist; ihm ist nur die Beurkundung versagt. Wenn man in einem Buch zum Aktienrecht schon auf die Grunderwerbsteuer eingeht, sollte man aus notarieller Sicht zumindest Art. 105 Abs. 2 a GG erwähnen; dann vermeidet man, dass die Aussage „wonach die Steuer „3,5 % beträgt“, bei Erscheinen des Werkes schon wieder überholt ist. Gleichwohl ist die Tätigkeit des Notars bei der Gründung der Gesellschaft und auch der späteren Betreuung ansonsten zutreffend, umfassend und prägnant dargestellt. Der Niederschrift der Hauptversammlung ist gar ein eigener Paragraph (neun Seiten) gewidmet, der kaum Fragen offen lässt. Erforderlich ist hier nur, wirklich unter „Niederschrift“ im Schlagwortverzeichnis nachzusehen, da man unter „Beurkundung der Hauptversammlung“ nur eine einzige Randnummer findet und sich diese mit Auslandsbeurkundungen befasst.

Das zu besprechende Werk beschränkt sich ausschließlich auf das gegenwärtig (zum Tag des Redaktionsschlusses) geltende Recht; Ausblicke auf künftige Entwicklungen werden allenfalls schlagwortartig gegeben. So findet sich im ganzen Buch der Begriff des REIT kein einziges Mal, auch wenn das Gesetz (BGBl 2007 I, S. 914) erst heuer in Kraft trat. Grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Verschmelzungen werden mit Ausnahme der SE nur knapp angesprochen, indem auf die kommende Verschmelzungsrichtlinie (§ 8 Rdnr. 3) und die *SEVIC*-Entscheidung des EuGH Bezug genommen wird.

Kaum zu erwähnende Kleinigkeiten sind, dass sich die (nicht gegebene) Befreiungsmöglichkeit des organschaftlichen Vertreters der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen AG von den Beschränkungen des § 181 Alt. 2 BGB allenfalls im Umschluss erschließt (§ 10 Rdnr. 16). Auch die Aussage, dass Aktien, die in der Hauptversammlung vertreten sind und sich bei der Abstimmung nicht beteiligen, nicht mitzählen (§ 56 Rdnr. 13), sollte nicht so im Raume stehen bleiben; es wäre angebracht gewesen, zu erwähnen, dass und wie die bloße Teilnahme als Jastimme gewertet werden kann; dies dürfte ein praktisch häufiger Fall sein.

Diese geringfügigen und sich nur auf Einzelpunkte beziehenden Anmerkungen dürfen jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass das Werk in seinem Gesamtkonzept eine gelungene, übersichtliche und verständliche Darstellung des Aktienrechts enthält, auf beinahe alle Fragen eingeht, ohne Umschweife Stellung nimmt, durch umfassende Literaturnachweise ein tieferes Weiterarbeiten ermöglicht und daher alle Ansprüche erfüllt, die ein praxisorientiertes Werk an sich stellen muss.

Der schwerpunktmäßig mit Gesellschaftsrecht beschäftigte Notar wird das Buch als ersten Einstieg für eine vertiefte Suche in speziellere Literatur verwenden. Lohnt sich auf-

grund der Ämterausrichtung eine aktienrechtliche Großkommentierung im eigenen Hause nicht, so kann hier ein Werk anempfohlen werden, das für die praktischen Probleme

des Aktienrechts schnelle und praxisnahe Lösungen und Antworten anbietet.

Notar *Michael Habel*, Altötting

Hüffer: Aktiengesetz. 7. Aufl., Beck, 2006. 2 019 S., 118 €

Das Aktienrecht ist seit einigen Jahren ein Rechtsgebiet unter „Reform in Permanenz“. Begeleitet wird diese Entwicklung durch die inzwischen im Zwei-Jahres-Rhythmus erscheinenden Neuauflagen eines Klassikers der aktienrechtlichen Literatur, dem Kommentar von *Hüffer*, dessen Grundkonzeption hier bereits vorgestellt wurde (MittBayNot 2003, 40). In der nun verfügbaren 7. Auflage des Kurzkommentars sind die jüngeren Entwicklungen in der Gesetzgebung berücksichtigt; an erster Stelle zu nennen ist das UMAG (BGBI 2005 I, S. 2802), das sich in der Praxis vor allem bei Einladungen zu und beim Verlauf von Hauptversammlungen auswirkt. Daneben ist inter alia nun auch das Drittelbeteiligungsgesetz (BGBI 2004 I, S. 974) und das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEAG, BGBI 2004 I, S. 3675) in die Kommentierung eingearbeitet.

Inhaltlich sind folgende Einzelaspekte erwähnenswert: Der BGH hat in der Mobilcom-Entscheidung die Durchführung eines Aktienoptionsprogramms zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern mittels eigener Aktien abgelehnt (BGHZ 158, 122 = DNotZ 2004, 862). Demgegenüber befürworten die Verfasser des Corporate Governance Kodexes (Ziff. 5.4.7 DCGK) ebenso wie die überwiegende Literatur eine – auch – erfolgsorientierte Bezahlung von Aufsichtsräten. Der überzogenen Tendenz der Rechtsprechung stellt sich *Hüffer* mit Recht entgegen (§ 71 Rdnr. 19 h; § 113 Rdnr. 10; § 192 Rdnr. 21). Eine Lösung außerhalb virtueller Optionen (phantom stocks) scheint aber nur de lege ferenda möglich.

Weiterhin ist in der Kommentierung nun auch die Gelatine-Entscheidung des BGH berücksichtigt, mit der die Holz Müller-Grundsätze fortgeführt werden (NJW 2004, 1860). Dabei hat der BGH ausdrücklich die Formulierung konkreter „Eingriffs-Schwellen“ für eine Vorlagepflicht von Geschäftsleitungsmaßnahmen abgelehnt. Dies wird vom Autor begrüßt, zugleich aber betont, dass in Anlehnung an den Ausgangsachverhalt der Rechtsprechung die quantitativen Voraussetzungen erst bei Geschäftsleitungsmaßnahmen erreicht sind, die mindestens 75 % des Vermögens oder des Umsatzes betreffen (§ 119 Rdnr. 18 b, wobei leider unklar bleibt, ob eine

gesellschaftsbezogene oder eine konzernweite Betrachtung maßgeblich ist). Jedenfalls unterliegt dann der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung einem qualifizierten Mehrheitserfordernis (Zweifel an der BGH-Rechtsprechung insoweit bei § 119 Rdnr. 20); bei der nicht-börsennotierten AG erfordert dies m. E. auch eine notarielle Niederschrift über die Hauptversammlung, § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG (a. A. der Autor unter Hinweis auf vermeintliche Rechtsunsicherheiten, § 130 Rdnr. 14 c).

Das aktienrechtliche Anfechtungsrecht wurde durch das UMAG modernisiert und insbesondere das Erfordernis eines Aktienvorbesitzes eingeführt, § 245 Nr. 1 AktG. Dies hat jedoch, wie *Hüffer* analysiert, nur geringe praktische Bedeutung, da interessierte Kreise jederzeit eine Aktie „auf Vorrat“ erwerben könnten (§ 245 Rdnr. 27). Bei der Protokollierung ist die Frage eines wirksamen Widerspruchs schließlich von besonderer Bedeutung. Die Erklärung eines Widerspruchs zur Niederschrift des Notars ist grundsätzlich während der Hauptversammlung möglich (§ 245 Rdnr. 13); dies kann aber auch schon vor Verkündung eines Beschlusses erfolgen (a. A. LG Frankfurt am Main, ZIP 2005, 991 und ZIP 2006, 335; dagegen mit ausführlicher Begründung Thüringisches OLG, RNotZ 2006, 485). Ebenfalls durch das UMAG wurde § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG neu geschaffen, der eine zeitliche Beschränkung des Rede- und Fragerechts der Aktionäre in der Hauptversammlung ermöglichen soll. Über den Wortlaut hinaus ist indes eine solche Beschränkung nicht nur aufgrund Ermächtigung in Satzung oder Geschäftsordnung möglich, sondern kann auch vom Leiter der Hauptversammlung aufgrund eigener Befugnis angeordnet werden (§ 131 Rdnr. 22 b).

Hüffer stellt damit nicht nur die jüngeren Reformen im Aktienrecht dar; wie auch sonst vermag er es, seine eigenen Standpunkte – teilweise recht ausführlich für einen Kurzkommentar – darzulegen. Die Stärke des Werkes bleibt die nach wie vor umfassende Darstellung der Rechtsprechung und der wichtigsten Literaturmeinungen. Fazit: Im Aktienrecht bleibt der Griff zur aktuellsten Auflage des *Hüffer* selbstverständlich. Auch wenn Notare auf dem „Waschzettel“ des Verlags nicht ausdrücklich als Adressaten genannt sind, ist die Anschaffung sehr zu empfehlen.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Krafka/Willer: Registerrecht. 7. Aufl., Beck, 2007. 918 S., 74 €

Die bei der Besprechung der 6. Auflage geäußerte Erwartung, man werde diesmal nicht zwölf Jahre auf eine Neuauflage warten müssen (MittBayNot 2004, 31, 32), hat sich bestätigt: Weniger als vier Jahre nach dieser grundlegenden Neubearbeitung liegt jetzt die 7. Auflage dieses Klassikers des Registerrechts vor, der trotz der in den letzten Jahren neu oder wieder erschienenen Bücher gleichen oder ähnlichen Themas von

Schmidt/Tiedtke, Gustavus, Böttcher/Ries, Müther und Fleischhauer/Preuß noch immer konkurrenzlos ist: Nirgends findet man eine solche Fülle von Material und wird stets umfassend informiert. Gegenstand der Darstellung ist dabei immer der aktuelle Stand der Rechtsprechung; zu rechtspolitischen Fragen (etwa der Reform des Vereinsrechts) äußern sich die Autoren lediglich im umfangreichen Vorwort. Unmittelbarer Anlass der Neuauflage war sicher das EHUG; wer aber die 6. und 7. Auflage vergleicht, wird feststellen, dass nicht nur die Randnummern unverändert geblieben sind, sondern sich

auch sonst die praktischen Auswirkungen des EHUG in engen Grenzen halten, obwohl alle Änderungen zuverlässig berücksichtigt sind, beispielsweise auch die Konsequenzen der Änderung des § 8 KostO in Rdnr. 491. Auch sonst ist Bewährtes ebenso beibehalten worden wie eher Skurriles, etwa der „zahnlose Wunsch“ in Rdnr. 465 (statt eines zahnlosen Tigers; es geht um § 4 a GmbHG). Die praktische Brauchbarkeit des Buches konnte dabei noch gesteigert werden. BGH-Entscheidungen sind jetzt durchgehend mit Aktenzeichen und Entscheidungsdatum zitiert und können daher auch ohne Konsultation der (bisher einzig zitierten) amtlichen Sammlung aufgefunden werden.

Beibehalten haben die Autoren auch ihre pragmatische Haltung zu zahlreichen Streitfragen des Registerrechts mit ihrer Tendenz „im Zweifel für den Erfolg des Eintragungsantrags“. So wird für eine Änderung des Geschäftsjahres die Anmeldung (nicht notwendig die Eintragung) vor Ablauf des Jahres für ausreichend gehalten (Rdnr. 1014), die vom BGH bei der „wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH“ verlangten Erfordernisse sollen vom Registergericht nur dann kontrolliert werden, wenn die wirtschaftliche Neugründung offengelegt wurde oder „sich aufdrängt“ (Rdnr. 1109), zur Erstanmeldung des Vereins genüge eine vertretungsberechtigte Zahl von Vorstandsmitgliedern (Rdnr. 2150 – und das, obwohl *Krafka* in seiner 2004 erschienenen Monographie selbst anderer Meinung ist!), und eine Zwischenverfügung komme auch infrage, wenn die Anmeldung von vornherein unzulässig sei, um dem Anmelder die Rücknahme zu ermöglichen und damit Kosten zu sparen (Rdnr. 2179).

Das Buch ist auf dem Stand vom Februar 2007; es enthält deshalb auch bereits Ausführungen zu den neuen Rechtsformen der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE), richtigerweise freilich in der der praktischen Bedeutung dieser Gesellschaften angemessenen Kürze. Naturgemäß noch nicht berücksichtigt sind die

Entscheidung des OLG Hamm zu verfrühten Handelsregisteranmeldungen (OLGR 2007, 479) und die Entscheidung des BGH, dass die Begriffe „Alleinvertretungsbefugnis“ und „Einzelvertretungsbefugnis“ identisch und die abweichenden Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte Wortklauberei sind (NotBZ 2007, 211 = Rpfleger 2007, 475). Zu ändern wird hier freilich nichts sein, da der *Krafka/Willer* die pragmatische Linie dieser Entscheidungen schon bisher vertreten hat (Rdnr. 78 a, 950).

Beibehalten ist der geglückte Zuschnitt des Anhangs, der (nur) solche Normen wiedergibt, die anderweit umständlich aufzufinden sind. Deshalb sind die Publizitätsrichtlinie und die Zweigniederlassungsrichtlinie neu aufgenommen, was freilich anscheinend in letzter Minute entschieden wurde, denn auf S. 545 Fn. 4 wird wegen des Textes der Zweigniederlassungsrichtlinie nämlich noch auf den MünchKommHGB verwiesen. Entfallen sind die heute bedeutungslosen Mustereintragungen in das Papierregister; infolge des dadurch eingesparten Platzes ist das Buch trotz erheblicher Mengen neuen Textes gegenüber der Voraufgabe kaum gewachsen. Nur eines würde man sich für die 8. Auflage noch wünschen: ein Sachregister mit mehr selbständigen Stichwörtern. Zwar geht das Sachregister durchaus ins Detail, aber allzuoft ist es gut unter einem Oberstichwort versteckt. Wer beispielsweise die vorhin erwähnte terminologische Frage „Alleinvertretung/Einzelvertretung“ sucht, muss unter GmbH und dann unter „Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer“ nachschauen. „Höchstpersönliche Anmeldungen“ (Rdnr. 115) habe ich im Sachregister weder unter diesem Stichwort noch sonstwo gefunden.

Insgesamt bleibt der *Krafka/Willer* auch in der 7. Auflage ein zuverlässiger Begleiter in allen Fragen des Registerrechts. Wer ihn hat, kann auf die eingangs erwähnten Konkurrenzwerke im Grunde guten Gewissens verzichten.

Notar Dr. *Wolfram Waldner*, M. A., Bayreuth

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 593 Abs. 1, 596 Abs. 1; EGVO 1782/2003 Art. 43, 46 (*Beihilfen bei Ende des Pachtvertrags*)

§ 596 Abs. 1 BGB ist auf die nach Art. 43 ff. der VO (EG) Nr. 1782/2003 den Pächtern zugewiesenen Zahlungsansprüche, die Ansprüche auf Beihilfen zur Stärkung der Einkommenssituation des Betriebsinhabers begründen, nicht anzuwenden.

BGH, Urteil vom 24.11.2006, LwZR 1/06

Der Kläger ist Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebes. Er erwarb von verschiedenen Bodeneigentümern ca. 57,6 ha große landwirtschaftlich genutzte Grundstücke, die an die Beklagte langfristig verpachtet waren und von dieser bewirtschaftet wurden. Er erklärte im April 2004 die Kündigung der Pachtverträge zum Ablauf der vereinbarten Pachtzeit (30.9.2005). Die Beklagte widersprach der Kündigung. Sie beantragte für das Jahr 2005 die Zuteilung von Zahlungsansprüchen nach Art. 33 der VO (EG) 1782/2003.

Der Kläger hat die Verurteilung der Beklagten zur Räumung und zur Herausgabe der verpachteten Flächen und die Feststellung der Verpflichtung beantragt, ihm die auf die verpachteten Flächen zuteilten Zahlungsansprüche bei Pachtende zu übertragen. Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG der Klage auf Herausgabe der Flächen stattgegeben, den Feststellungsantrag jedoch abgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

II.

(...)

1. Zutreffend, und von der Revision auch nicht angegriffen, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Anspruch des Verpächters gegen den Pächter auf Übertragung der Zahlungsansprüche, die diesem aufgrund der Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Union (GAP-Reform) zugewiesen worden sind, weder auf die Verordnungen des Rates vom 29.9.2003 über die gemeinsamen Regeln für Direktzahlungen im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik (VO [EG] 1782/2003, ABI L 270) und der Kommission vom 21.4.2004 mit den Durchführungsbestimmungen zur Betriebsprämienregelung (VO [EG] 795/2004, ABI L 141) noch auf das zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erlassene Betriebsprämiendurchführungsgesetz vom 21.7.2004 (BGBl I, S. 1763) und die zu diesem ergangene Betriebsprämien durchführungsverordnung vom 3.12.2004 (BGBl I, S. 3204) gestützt werden kann. Diese Normen enthalten keine Vorschrift, nach der die Zahlungsansprüche mit der Beendigung eines Rechts zur Bewirtschaftung auf den Verpächter oder den neuen Bewirtschafter zu übertragen sind.

Das neue Betriebsprämienrecht enthält für die Zahlungsansprüche auch keine Übergangsvorschrift für die zum Zeitpunkt der Umsetzung der GAP-Reform bestehenden Pachtverhältnisse wie z. B. § 12 Abs. 2 der Milchabgabenverordnung vom 9.8.2004 (BGBl I, S. 2143) für die Altverträge, nach der die Anlieferungsreferenzmengen auch nach der zum 1.4.2000 aufgehobenen Flächenbindung (dazu *Nies*, AgrarR 2001, 4, 7) – abzüglich eines an die Landesreserve zu überführenden Anteils von $\frac{1}{3}$ – weiterhin auf die Verpächter übergehen.

2. Der Anspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus § 596 Abs. 1 BGB. Die Norm, die den Pächter zur Rückgabe der Pachtsache in dem Zustand verpflichtet, der einer bis dahin fortgesetzten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entspricht, erstreckt sich nicht auf den dem Pächter zugewiesenen Zahlungsanspruch nach der Verordnung des Rates (EG) 1782/2003.

a) Der Zahlungsanspruch ist – anders als die von dem Pächter bei der Erzeugung von Milch oder Zuckerrüben genutzten Referenzmengen und die daran anknüpfenden Beihilfevorschriften – nicht Reflex einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Pachtsache. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Zahlungsanspruch nach Kapitel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 sowohl in den rechtlichen Grundlagen als auch in dem von ihm verfolgten Zweck von den die Produktion betreffenden Anlieferungsreferenzmengen für Milch und den Lieferrechten für Zuckerrüben wesentlich unterscheidet. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht (*Dehne*, WF 2005, 125, 127; *Jansen/Hannusch*, AUR 2005, 245) sind die für die Referenzmengen geltenden Rechtsgrundsätze auf den Zahlungsanspruch nicht zu übertragen (ebenso *Krüger/Schmitte*, AUR 2005, 84, 86; *BMELV-Gutachten*, AUR 2006, 89, 94).

Die Milchreferenzmenge war nach der Bestimmung in Art. 7 Abs. 1 der Verordnungen ([EWG] Nr. 857/84; [EWG] 3590/92) bis zur Aufhebung der Flächenbindung unmittelbar mit dem verpachteten Betrieb oder Betriebsteil verbunden und ging daher schon aufgrund der die Bewirtschaftung regelnden Vorschriften mit der Beendigung des Pachtverhältnisses kraft Gesetzes wieder auf den Verpächter über (vgl. Senat BGHZ 114, 277, 282 unter Hinweis auf EuGH, Rs 5/88, RdL 1989, 214 und BVerwGE 84, 140, 146). Diese Grundsätze sind (wie bereits oben unter 1. ausgeführt) für die Altverträge auch nach der Aufhebung der Flächenbindung zum 1.4.2000 beibehalten worden.

Für die Rübenlieferrechte gab es zwar keine vergleichbaren Bestimmungen in den die Zuckermarktordnung bestimmenden Verordnungen (VO [EWG] 1009/67; abgelöst durch die VO [EG] 1260/2001), nach denen die Kontingente den Zuckerrüben verarbeitenden Unternehmen zugeordnet wurden, die wiederum mit den Produzenten Lieferrechte vereinbarten (dazu: *Lhotzky* in Fassbender/Hötzel/Lukanow, Landpachtrecht, 3. Aufl., Teil II, Rdnr. 68, 74 ff.; *BMELV-Gutachten*, AgrarR 2006, 89, 94). Die aus den Kontingenten der Unternehmen abgeleiteten Lieferrechte der Erzeuger beruhen jedoch – insoweit wie die Milchreferenzmenge – auf Marktlenkungsinstrumenten. Erwirtschaftung und Ausnutzung der Lieferrechte sind Bestandteil einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen zum Rübenanbau (BGH, LwZR 10/95, BGHR § 596 Abs. 1 Rübenlieferrechte 1; LwZR 10/00, NJW 2001, 2537, 2538).

An diesem, die Produktion lenkenden Element fehlt es bei den Zahlungsansprüchen, die von der konkreten landwirtschaftlichen Nutzung entkoppelt sind. Aus der Pflicht des Pächters, solche Kontingente, welche die Produktion in dem verpachteten Betrieb oder auf den verpachteten Flächen lenken sollen, auszuüben und bei Beendigung des durch den Pachtvertrag begründeten Nutzungsrechts auf den Verpächter zu übertragen, lässt sich daher eine Anwendung des § 596

Abs. 1 BGB auf die Beihilfen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes oder zur Stärkung der Einkommenssituation des Pächters nicht begründen.

b) Ebenso wenig ist der Zahlungsanspruch nach Art. 43 ff. der VO (EG) Nr. 1782/2003 nach seinem Zweck und seiner Ausgestaltung Bestandteil der von dem Pächter nach § 586 Abs. 1 Satz 3 BGB geschuldeten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Pachtsache. Er ist vielmehr davon unabhängig.

aa) Die als Betriebsprämie gewährte Beihilfe ist nach ihrem Zweck eine „Gegenleistung“ für ein im öffentlichen Interesse liegendes Verhalten des Betriebsinhabers. Sie wird nach Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1782/2003 dafür gewährt, dass der Betriebsinhaber im öffentlichen Interesse Grundanforderungen für eine Erzeugung (nach Art. 4 der Verordnung i. V. m. der Anlage III) einhält oder die Flächen, die nicht mehr für die Erzeugung genutzt werden, nach Art. 5 der Verordnung in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand erhält.

Der nach den Verhältnissen an einem Stichtag (31.3.2005) dem Pächter als Betriebsinhaber zugewiesene Zahlungsanspruch trägt damit zwar ebenso wie die früheren produktionsabhängigen Beihilfen als eine mit öffentlichen Mitteln finanzierte Leistung zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes bei (insoweit zutreffend *Staudinger/von Jeinsen*, BGB, 2005, § 596 Rdnr. 35). Die mit dem Systemwechsel der Förderung durch die GAP-Reform gewollte Entkoppelung der Beihilfe von der (vertraglich geschuldeten) Bewirtschaftung der Flächen und die Bestimmung der Voraussetzungen der Förderung nach der Einhaltung bestimmter, nicht von der Produktion abhängiger, im öffentlichen Interesse liegender Anforderungen durch den Betriebsinhaber entzieht den Zahlungsanspruch indessen dem Anwendungsbereich des § 596 Abs. 1 BGB.

bb) § 596 Abs. 1 BGB ist auch nicht deshalb auf den Zahlungsanspruch anzuwenden, weil die Bemessung des Anspruchs bei seiner Zuweisung flächenbezogen erfolgte und der Anspruch künftig auch nur in dem Umfang nach Art. 46 der VO (EG) 1782/2003 genutzt („aktiviert“) werden kann, wie der Betriebsinhaber über beihilfefähige Flächen verfügt.

Grundsätzlich richtig ist allerdings der Hinweis der Revision, dass der dem Pächter als Betriebsinhaber nach Art. 33, 34 VO (EG) Nr. 1782/2003 im Jahre 2005 zugewiesene Zahlungsanspruch auch Bezug zu den Pachtflächen hatte, da diese in die für die Berechnung anzusetzende Hektarzahl der bewirtschafteten Flächen einbezogen worden sind. Der Pächter hat somit einen vermögenswerten Vorteil dadurch erlangt, dass ihm im Bezugszeitraum die angepachteten Flächen zur Verfügung standen. Der Umfang der dem Betriebsinhaber zugewiesenen Zahlungsansprüche hing bei allen nach der Verordnung zugelassenen Formen für deren Bemessung durch die Ausführungsvorschriften in den Mitgliedsstaaten (historisches Betriebsprämienmodell, Regionalmodell oder Kombinationsmodell – dazu *Schmitte*, AUR 2005, 80, 81) von den beihilfefähigen Flächen ab, die von dem Betriebsinhaber im Bezugszeitraum (2000 bis 2002) bewirtschaftet wurden. Die verpachteten Flächen haben insoweit zu einer Erhöhung des dem Betriebsinhaber mit dem Zahlungsanspruch zugewiesenen Vermögenswertes geführt. Insofern ist es unzutreffend, hier von einer im Unterschied zu den Milchreferenzmengen nicht flächengebundenen Zuteilung der Zahlungsansprüche an die Betriebsinhaber zu sprechen (so indes *Krüger/Schmitte*, AUR 2005, 84, 85).

Richtig ist ferner der Hinweis der Revision, dass mit der Zuweisung an den Pächter die Zuteilung von Zahlungsansprüchen für diese Flächen verbraucht worden ist. Letzteres

gilt allerdings nicht ohne Ausnahme; die Zuweisung der Zahlungsansprüche ist insofern nicht abschließend (wie aber die Revision meint).

Die Regelungen über die Zuteilung der Zahlungsansprüche tragen indes nicht den daraus von der Revision gezogenen Schluss, dass der dem Betriebsinhaber zugeordnete Zahlungsanspruch eine an die verpachteten Flächen gebundene Beihilfe sei, die der Pächter deshalb bei der Beendigung des Pachtverhältnisses mit den Flächen an den Verpächter nach § 596 Abs. 1 BGB herauszugeben habe. Zu Recht hat das Berufungsgericht – wie auch andere OLG (OLG Naumburg, RdL 2006, 220, 221 = NL-BzAR 2006, 204, 206; OLG Celle, RdL 2006, 221, 222; OLG München, NL-BzAR 2006, 334, 342) – es insoweit als entscheidend angesehen, dass die zuteilten Zahlungsansprüche nach ihrer Ausgestaltung durch das Gemeinschaftsrecht eine dem Betriebsinhaber zugewiesene, nicht auf die Bewirtschaftung konkreter Flächen bezogene Rechte für den Bezug einer Beihilfe sind. Die Zahlungsansprüche sind gemäß ihrem nach Nr. 21 der Erwägungsgründe zur VO (EG) 1782/2003 verfolgten Zweck und ihrer Ausgestaltung in der Verordnung selbst von der Nutzung der gepachteten Flächen entkoppelte Ansprüche auf eine Beihilfe zur Verbesserung der Einkommensverhältnisse des Betriebsinhabers.

(1) Diese Entkoppelung der Zahlungsansprüche von den im Bezugszeitraum bewirtschafteten Flächen folgt bereits daraus, dass allein der Betriebsinhaber über die Ansprüche (auch ohne eine Fläche) verfügen und diese auch für andere Flächen als die aktivieren kann, die ihm im Bezugszeitraum zur Bewirtschaftung zur Verfügung standen. Diese Lösung von der Bindung an die Pachtfläche ergibt sich aus Art. 46 der VO (EG) 1782/2003. Der darin liegende grundlegende Unterschied zu den früheren Bestimmungen über Milchreferenzmengen (nach Art. 7 Abs. 1 VO [EWG] Nr. 857/84 und [EWG] 3590/92) ist in Literatur und Rechtsprechung zu Recht als ein wesentliches Kriterium dafür gewertet worden, dass das in dem Zahlungsanspruch enthaltene Recht auf die Beihilfe dem Pächter als Betriebsinhaber und aktivem Erzeuger zugewiesen wurde, über das dieser auch nach Pachtende entweder durch Veräußerung oder durch Aktivierung auf anderen Flächen nutzen kann (vgl. *BMELV-Gutachten*, AUR 2006, 89, 93; *Krüger/Schmitte*, AUR 2005, 84, 86).

(2) Die Vorschriften über die Zuteilung von Zahlungsrechten aus der nationalen Reserve nach Art. 42 der VO des Rates (EG) 1782/2003 und in den Art. 20 und 22 Abs. 2 der Durchführungsvorschriften in der VO der Kommission (EG) 795/2004 i. V. m. §§ 14 und 16 BetrPrämienDurchV stehen ebenfalls der Annahme entgegen, dass die Zahlungsansprüche eine auf die Bewirtschaftung der verpachteten Flächen bezogene Beihilfe seien, die der Pächter nach § 596 Abs. 1 BGB auf den Verpächter zu übertragen habe. Nach den zitierten Bestimmungen werden bestimmten Rechtsnachfolgern (Erben oder Käufern von Betrieben oder Betriebsteilen, die im Bezugszeitraum verpachtet gewesen sind) für die Fortführung oder Erweiterung ihrer landwirtschaftlichen Tätigkeit nach der Beendigung des Pachtverhältnisses Zahlungsansprüche aus der nationalen Reserve zugewiesen (dazu *Schmitte*, AUR 2005, 80, 82).

Solcher Vorschriften zum Schutze selbst wirtschaftender Bodeneigentümer hätte es nicht bedurft, wenn die dem Pächter zugewiesenen Zahlungsansprüche mit dem Ende der Pachtzeit nach § 596 Abs. 1 BGB auf den Verpächter zu übertragen wären (*BMELV-Gutachten*, AUR 2005, 89, 93 f.). Die Erforderlichkeit einer Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve an Verpächter in besonderer Lage zeigt

gerade, dass die Zahlungsansprüche auch nach dem Ende der Pachtzeit beim Pächter verbleiben (vgl. auch OLG München, NL-BzAR 2006, 335, 340). Wollte man das anders sehen, erhielte der Verpächter zwei Ansprüche: den vom Pächter nach § 596 Abs. 1 BGB übertragenen und den aus der nationalen Reserve zugeteilten Zahlungsanspruch. Das wäre offensichtlich systemwidrig. Soweit *Janssen/Hannusch* (AUR 2005, 245, 247) meinen, dass eine solche – nicht gewollte – doppelte Förderung desselben Betriebes deshalb nicht eintreten könne, weil die Zuteilung von Ansprüchen aus der nationalen Reserve nur dann möglich sei, wenn Zahlungsansprüche auf den verpachteten Flächen nicht entstanden seien oder nicht zurückübertragen werden könnten, findet sich in den vorgenannten Bestimmungen der Verordnung dafür kein Anhaltspunkt. Der in Art. 42 Abs. 1 VO (EG) 1782/2003 vorgesehene Kürzungssatz bei der Zuweisung der Zahlungsansprüche zur Bildung der nationalen Reserve hat vielmehr seinen Grund darin, dass es bei der Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve für Betriebsinhaber in besonderer Lage nach Art. 42 Abs. 4 der Verordnung zu einer doppelten Berücksichtigung derselben Produktionskapazität bei zwei verschiedenen Betriebsinhabern kommt (vgl. dazu *Krämer*, AUR 2006, 77).

(3) Auch die Grundsätze für die Berechnung des einheitlichen Zahlungsanspruchs stehen einer Einbeziehung des Anspruchs in den pachtrechtlichen Herausgabeanspruch entgegen; denn damit wären auch die nicht auf die Pachtsache bezogenen Ansprüche des Pächters auf die Beihilfe anteilig auf den Pächter zu übertragen. Die Bemessung des Zahlungsanspruchs ist von den Eigentumsverhältnissen im Bezugszeitraum unabhängig, sie kann daher sinnvoll nur dem jeweiligen Betriebsinhaber zugeordnet werden (vgl. BMELV-Gutachten, AUR 2006, 89, 92).

(a) Das ist eine Folge der auf den Betrieb des Landwirts bezogenen Berechnungsgrundlagen für einen einheitlichen Betriebsprämienanspruch. Der Zahlungsanspruch setzt sich aus einem flächenbezogenen und einem betriebsindividuellen Anteil zusammen. In die Berechnung des betriebsindividuellen Referenzbetrages nach Art. 37 VO (EG) 1782/2003 sind nach § 5 BetrPrämDurchFG flächenbezogene und nicht flächenbezogene, insbesondere auf die Tierhaltung und den Tierbestand des Pächters bezogene Förderungen einbezogen worden. Hätte der Pächter die Zahlungsansprüche insgesamt nach § 596 Abs. 1 BGB an den Verpächter herauszugeben, fielen diesem auf Dauer Ansprüche auf Beihilfen zu, die nicht aus der Bewirtschaftung der Pachtsache, sondern aus der Bewirtschaftung des Eigentums des Pächters entstanden sind (vgl. *Studte*, LuF, 2005, 48, 49). Die Revision verweist in diesem Zusammenhang insoweit zu Unrecht auf die Entscheidung des Senats (BGHZ 115, 162, 168) zu den Nutzungsvorteilen aus der Milchreferenzmenge, die dem Pächter nach der damaligen Regelung nur für die Pachtzeit zugewiesen waren. Hier fehlt es indes zumindest bei dem aus dem Tierbestand des Pächters folgenden betriebsindividuellen Anteil an dem Zusammenhang zwischen dem Gebrauch der Pachtsache und der öffentlichen Beihilfe. Diese Anteile am Zahlungsanspruch können daher (entgegen *Dehne* WF 2005, 125, 127) nicht entschädigungslos auf den Pächter zu übertragen sein; denn damit wäre der Pächter auf Dauer auch von den (anteiligen) Ansprüchen auf Beihilfen ausgeschlossen, mit denen dessen Tierhaltung für den bei ihm verbleibenden Tierbestand gefördert werden soll.

(b) In den betriebsindividuellen Anteil am Zahlungsanspruch fließen nach Art. 33, 37 VO (EG) 1782/2003 zudem die im Bezugszeitraum enthaltenen Direktzahlungen aus der Bewirt-

schaffung der nicht gepachteten, sondern im Eigentum des Pächters stehenden Flächen ein. Eine Anwendung des § 596 Abs. 1 BGB, bei der der Pächter einen der Pachtfläche entsprechenden Anteil seines Zahlungsanspruchs herauszugeben hätte, führte hier zu einer den Vorteilen aus der Nutzung der Pachtsache nicht entsprechenden Verzerrung, wenn aus der Bewirtschaftung der Pachtflächen im Bezugszeitraum keine oder nur geringe Ansprüche auf Direktzahlungen entstanden sind oder – wie in dem im Gutachten des BMELV gebildeten Extremfall (AUR 2006, 89, 91) – der Pächter im Bezugszeitraum (2000 bis 2002) ausschließlich eigene und in den Folgejahren (ab 2003) ausschließlich gepachtete Flächen bewirtschaftete.

(4) Schließlich kann der Zahlungsanspruch auch nicht deshalb als ein Bestandteil des Herausgabeanspruchs angesehen werden, weil dieser die nachhaltige Ertragsfähigkeit der Pachtsache – auch über das Ende der Pachtzeit hinaus – sichere (so indes *Bremer/Sörgel/Lüddecke*, LuF 2004, 56, 58).

(a) Ob ein solcher Bezug zwischen dem Zahlungsanspruch und der Ertragsfähigkeit der Pachtsache besteht und ob diese durch den Systemwechsel der Förderung durch die Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik mithin entwertet wird, wenn nicht der Pächter mit dem Ende der Pachtzeit zur Übertragung eines Zahlungsanspruchs verpflichtet wird, ist streitig (bejahend v. *Jeinsen*, AUR 2003, 293, 294; *Staudinger/v. Jeinsen*, BGB, § 596 Rdnr. 35; *Bremer/Sörgel/Lüddecke*, LuF 2004, 56, 58; verneinend *Krüger/Schmitte*, AuR 2005, 84, 86; *Schmitte*, MittBayNot 2004, 95, 97).

Das zuständige Bundesministerium geht davon aus, dass sich auf mittlere Sicht keine nachhaltigen Einbußen für die Bodeneigentümer ergeben werden, da durch die Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve und durch den Verbrauch beihilfefähiger Flächen durch Infrastrukturmaßnahmen mit einem Überangebot von Zahlungsansprüchen zu rechnen sei (BMELV-Gutachten, AUR 2006, 89, 95). Diese Erwägungen betreffen indes nur den Umfang und das Maß der Ertragseinbußen für den verpachtenden Eigentümer, jedoch nicht die sich für diesen durch den Systemwechsel der Förderung der Landwirtschaft ergebende Beeinträchtigung als solche, wenn dieser nach dem Ende der Vertragszeit die Pachtsache wieder selbst bewirtschaften oder anderweitig verpachten will. Erhält der Eigentümer nach dem Pachtende weder von dem bisherigen Pächter Zahlungsansprüche übertragen noch als Betriebsinhaber in besonderer Lage aus der nationalen Reserve zugeteilt, sind er oder der neue Pächter darauf angewiesen, sich gegen Entgelt solche Zahlungsansprüche zu verschaffen, um – wie der bisherige Pächter – eine Förderung für die Bewirtschaftung der nach § 596 Abs. 1 BGB zurückgegebenen Pachtsache erhalten zu können.

Da im landwirtschaftlichen Bereich die vertraglichen Vereinbarungen sowohl zur Höhe des Pachtzinses als auch zur Übertragung handelbarer Ansprüche auf Beihilfen von der Ausgestaltung der gesetzlichen Vorschriften zur Förderung abhängen, kann eine für die Verpächter nachteilige Änderung durch den Systemwechsel der Förderung bei den daran nicht angepassten Altverträgen mithin nicht ausgeschlossen werden.

(b) Allein diese Erwägungen rechtfertigen es indes nicht, die dem Pächter als Betriebsinhaber zugewiesenen Zahlungsansprüche entgegen dem System des neu gestalteten Beihilferechts nach Beendigung des Pachtverhältnisses dem Verpächter zuzuweisen. Der Senat teilt auch nicht die von der Revision in der mündlichen Verhandlung auf Art. 12 GG und Art. 14 GG gestützten Bedenken gegen diese Folge der GAP-Reform, die dem Pächter als Betriebsinhaber die Zahlungsan-

sprüche über die Pachtzeit hinaus zuweist. Denn ein Anrecht auf den Bezug von Subventionen aus öffentlichen Haushalten ist weder Bestandteil der Berufsfreiheit noch der Eigentums-garantie (vgl. BVerfG, NVwZ 2002, 197, 198 m. w. N.).

In Betracht kommen könnte insofern allenfalls ein Anspruch auf Anpassung des „Altvertrages“ an die durch den Systemwechsel der Agrarförderung nachhaltig veränderten Verhältnisse gemäß § 593 Abs. 1 BGB (vgl. dazu OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 974; OLG München, NL-BzAR 2006, 334, 343). Ein solcher Anspruch ist in der mündlichen Verhandlung zwar angesprochen, indes im Rechtsstreit nicht geltend gemacht worden. Er hat nicht eine Leistung aus dem Vertrag, sondern eine Änderung der Vertragspflichten zum Inhalt (*Fassbender/Hötzel/Lukanow*, Landpachtrecht, 3. Aufl., § 593 BGB Rdnr. 59). Er wäre zudem nicht im streitigen, sondern gemäß § 1 Nr. 1, § 9 LwVG in einem nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu führenden Verfahren zu behandeln (OLG Dresden, NL-BzAR 2006, 42). Eine Verbindung eines Antragsverfahrens auf Vertragsanpassung mit dem vorliegenden Prozessverfahren wäre nicht zulässig (OLG Koblenz RdL 2003, 127, 128).

Anmerkung:

1. Die durch den Systemwechsel in der EG-Agrarförderung ausgelöste Rechtsunsicherheit

Die Agrarminister der Europäischen Gemeinschaft hatten am 26.6.2003 in Luxemburg einen Systemwechsel in der gemeinsamen Agrarförderungspolitik beschlossen, indem mittelfristig sämtliche bisher gewährten produktspezifischen Direktzahlungen eingestellt und garantierte Mindestpreise deutlich abgesenkt oder völlig abgeschafft sowie nunmehr durch von der landwirtschaftlichen Erzeugung entkoppelte Betriebsprämien zur Verbesserung des Einkommens des Betriebsinhabers ersetzt werden. Unmittelbar danach wiesen bereits erste Stimmen im Schrifttum auf bevorstehende schwerwiegende Probleme bei der Vertragsgestaltung und -anwendung hin. Allein von der Beschlussfassung des Agrarministerrates bis zum Erlass des Betriebsprämien-durchführungsgesetzes durch den Bundesgesetzgeber verging über ein Jahr, innerhalb dessen zwar die Grundzüge, nicht aber die Details der Umsetzung der Agrarreform in nationales Recht bekannt waren. Während von *Jeinsen*¹ dem vorsichtigen Vertragsjuristen empfahl, bis zum Ablauf des ersten Anwendungsjahres der Betriebsprämienregelung am 31.12.2005 keine Verkäufe, Verpachtungen oder einvernehmliche Vertragsaufhebungen vorzunehmen, wies *Schmitte*² darauf hin, dass trotz aller Möglichkeiten, individuelle Regelungen zwischen Verpächter und Pächter zu vereinbaren, erhebliche Restrisiken verbleiben.

Die Einführung eines neuen landwirtschaftlichen Subventionsrechtes, das auf Verordnungen des Gemeinschaftsgebers basierte und der Umsetzung durch nationales Recht bedurfte, barg zahlreiche Rechtsunsicherheiten in sich. Ungeachtet dessen entwickelte sich die Frage, ob die Zahlungsansprüche in Fällen, in denen sie im Jahre 2005 einem Betriebsinhaber als Pächter von landwirtschaftlichen Flächen oder eines Betriebes zugewiesen wurden, mit dem Auslaufen der Pachtverträge bei der Rückgabe der Pachtsache an den Verpächter übertragen werden müssen, über etwa drei Jahre zum Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen in

der Rechtsliteratur.³ *Dehne* führte zu Recht aus, dass jeder Agrarjurist zu diesem Problem Stellung zu beziehen hatte.⁴

2. Die Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.11.2006

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass die nach Art. 43 ff. VO (EG) 1782/2003 einem Betriebsinhaber als Pächter landwirtschaftlicher Flächen zugewiesenen Zahlungsansprüche nach dem Auslaufen des Pachtverhältnisses nicht gemäß § 596 Abs. 1 BGB auf den Verpächter übertragen werden müssen.⁵ Die gesetzliche Regelung des § 596 Abs. 1 BGB verpflichtet den Pächter, die Pachtsache nach Beendigung des Pachtverhältnisses in dem Zustand zurückzugeben, der einer bis zur Rückgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entspricht.

Nicht überraschend ist der BGH damit den fünf oberlandesgerichtlichen Entscheidungen, die bereits zuvor eine Übertragungspflicht des Pächters aus § 596 Abs. 1 BGB abgelehnt haben, gefolgt und hat die vom OLG Rostock ausdrücklich zugelassene Revision eines Verpächters zurückgewiesen. Er hat sich dabei im Wesentlichen die Argumente der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung⁶ und der Stellungnahme des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz⁷ zu Eigen gemacht, von denen nur einige kurz hervorgehoben werden sollen:

Im Gegensatz zur Milchmarktordnung (Anlieferungsreferenzmengen) und Zuckermarktordnung (Rübenlieferrechte) der Europäischen Gemeinschaft sollte durch die Zuweisung von Zahlungsansprüchen das gesamte landwirtschaftliche Einkommen eines Betriebsinhabers gestärkt werden, nicht aber die Produktion gelenkt oder gar kontingentiert werden. Vielmehr sollte der Landwirt seine Entscheidung, welches landwirtschaftliche Produkt er in welcher Menge erzeuge, anhand der jeweiligen Marktbedingungen treffen.

Der BGH räumt zwar einen Bezug der im Jahre 2005 erstmals zugewiesenen Zahlungsansprüche zu den Pachtflächen ein, da diese in die Berechnung der anzusetzende Hektarzahl bewirtschafteter Flächen einbezogen worden seien, wodurch der Pächter (und nicht der Verpächter) einen vermögenswerten Vorteil erlange. Nach der erstmaligen Zuteilung handele es sich jedoch bei den Zahlungsansprüchen um von einer konkreten Fläche unabhängige Beihilfen zur Steigerung des landwirtschaftlichen Einkommens. Diese könne der Pächter mit anderen ihm zur Verfügung stehenden Flächen aktivieren, veräußern oder selbst verpachten. Nach der erstmaligen Zuteilung bestehe keinerlei Bindung zwischen einem Zahlungsanspruch und der landwirtschaftlichen Fläche mehr, für dessen Bewirtschaftung dieser einmal dem Betriebsinhaber gewährt wurde.

³ OLG Rostock, AgrarR 2006, 173 = RdL 2006, 153; OLG Naumburg, AgrarR 2006, 252 = RdL 2006, 220; OLG Celle, RdL 2006, 221; OLG Oldenburg, AgrarR 2007, 13; OLG München, AgrarR 2007, 17 = NL-BzAR 2006, 334; AG Magdeburg, AgrarR 2005, 403; AG Passau, NL-BzAR 2006, 134; *Krüger/Schmitte*, AgrarR 2005, 84; *Gersteuer*, AgrarR 2005, 213; *Staudinger/von Jeinsen*, BGB, 2005, § 596 Rdnr. 35; *Jansen/Hannusch*, AgrarR 2005, 245; *Dehne*, Wertermittlungsforum 2005, 125; BMELV, AgrarR 2006, 89; *Gehse*, RNotZ 2007, 61, 68.

⁴ *Dehne*, Wertermittlungsforum 2005, 125, 126.

⁵ BGH, RNotZ 2007, 98 = RdL 2007, 94 = MDR 2007, 580 = WM 2007, 992.

⁶ OLG Rostock a. a. O.; OLG Naumburg a. a. O.; OLG Celle a. a. O.; OLG Oldenburg a. a. O.; OLG München a. a. O.

⁷ BMELV, AgrarR 2006, 89.

¹ AgrarR 2003, 293, 294.

² MittBayNot 2004, 95, 99.

Des Weiteren belegten auch die in Umsetzung von Art. 42 Abs. 4 VO (EG) 1782/2003 von der EG-Kommission erlassenen Verpächterschutzvorschriften, die eine Zuweisung von Zahlungsansprüchen aus der nationalen Reserve an Verpächter in besonderer Lage ermöglichten,⁸ dass diese grundsätzlich nach dem Ende der Pachtzeit beim Pächter verblieben.

Da sich ein Zahlungsanspruch aus einem flächenbezogenen und einem betriebsindividuellen Betrag zusammensetzt, würde eine aus § 596 Abs. 1 BGB resultierende Herausgabepflicht dem Verpächter eine Teilhabe der betriebsindividuellen Leistungen des Pächters, die nicht aus der Bewirtschaftung der gepachteten Fläche erwachsen sind, gewähren.

Als letzten und für die weitere Rechtsentwicklung interessanten Gesichtspunkt stellt der BGH heraus, dass der Systemwechsel der Agrarförderung einen nicht unerheblichen Nachteil für einen Verpächter nach Auslaufen des Altvertrages darstellen könne, wenn er oder ein neuer Pächter darauf angewiesen seien, sich gegen Entgelt Zahlungsansprüche am Markt zu verschaffen, um eine landwirtschaftliche Fläche gewinnbringend zu bewirtschaften. Für „prämienfreies Land“ dürfte in der Tat derzeit nur ein wesentlich geringerer Verkaufserlös bzw. Pachtzins zu erzielen sein. Da diese Nachteile allein jedoch keine grundsätzliche Zuweisung der Zahlungsansprüche bei Pachtende an den Verpächter rechtfertigen sowie keine grundrechtlichen Bedenken bestünden, verweist der BGH die benachteiligten Verpächter auf die Geltendmachung eines Anspruches auf Anpassung des Pachtvertrages gemäß § 593 Abs. 1 BGB wegen der durch den Systemwechsel der Agrarförderung nachhaltig veränderten Verhältnisse.

3. Ansprüche auf Vertragsanpassung wegen nachhaltig veränderter Verhältnisse

Nachdem nun durch die Grundsatzentscheidung des BGH feststeht, dass ein Anspruch auf Übertragung der Zahlungsansprüche aus § 596 Abs. 1 BGB nicht besteht, jedoch zugleich in „Altfällen“ zumindest ein Anspruch auf Vertragsanpassung möglich erscheint, dürfte sich ein Großteil der Folgerechtsprechung mit dem Verlangen von Verpächtern auf Vertragsanpassung wegen nachhaltig veränderter Verhältnisse beschäftigen. Der BGH hat sich mit den Voraussetzungen und dem Inhalt eines solchen Anspruches zunächst nicht auseinandergesetzt, da ein solcher im Rechtsstreit nicht geltend gemacht wurde und außerdem in einem nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu führenden Verfahren geltend gemacht werden müsste.

Jedoch hat bereits das OLG Oldenburg in seiner Entscheidung vom 21.9.2006 zu einem möglichen Anspruch des Verpächters auf eine Vertragsanpassung Stellung genommen: Es hatte im Ergebnis einen Anspruch auf Vertragsanpassung des Verpächters mit der Begründung abgelehnt, der streitgegenständliche Pachtvertrag sei erst am 23.10.2003 abgeschlossen worden, als die Einführung der flächenungebundenen Betriebsprämien für jeden auch nur ansatzweise im zumutbaren Rahmen interessierten Landwirt ohne weiteres erkennbar gewesen sei. Bei von ihm zu erwartender durchschnittlicher Aufmerksamkeit hätte der Verpächter ersehen können, dass im Hinblick auf die zuzuteilenden Zahlungsansprüche zukünftig pachtvertragliche Probleme entstehen könnten, so dass ihm eine angemessene Vorsorge möglich gewesen wäre.⁹

Auf die Rechtsbeschwerde des Verpächters gegen einen Beschluss des OLG München¹⁰ hat der BGH in seiner Entscheidung vom 27.4.2007 nunmehr klargestellt: Allein die mit dem Systemwechsel in der Agrarförderung für den Verpächter von Ackerland verbundenen Nachteile rechtfertigen für sich genommen keine Vertragsanpassung der Altverträge gemäß § 593 Abs. 1 BGB dahingehend, dass der Pächter verpflichtet sei, zugewiesene Zahlungsansprüche bei Beendigung des Pachtverhältnisses auf den Verpächter zu übertragen.¹¹ Der Verpächter trug im entschiedenen Sachverhalt vor, er hätte bei einem Grundstücksverkauf nach dem Ende des Pachtverhältnisses einen Mehrerlös von 6.500 € erzielen können, wenn er dem Käufer auch entsprechende Zahlungsansprüche hätte übertragen können. Der bloße Wertverlust des Pachtlandes durch das geänderte Agrarförderungsrecht vermag aber nach der Auffassung des BGH keine so nachhaltige Änderung der Verhältnisse darzustellen, als dass ein Anspruch auf Vertragsanpassung begründet sei. Die Nachteile seien vielmehr hinzunehmen und rechtfertigen es nicht, aufgrund von § 593 Abs. 1 BGB in allen Altfällen einen Anspruch auf Vertragsanpassung anzunehmen. Dass das Ackerland in einer von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Weise entwertet sei, war im vom BGH entschiedenen Sachverhalt nicht ersichtlich.

Mit dieser Folgeentscheidung dürfte Ansprüchen der Verpächter auf eine Vertragsanpassung von Altverträgen wegen eines bloßen Wertverlustes des verpachteten Landes aufgrund der Umstellung der europäischen Agrarförderung weitgehend eine Absage erteilt worden sein. Die vom BGH und dem OLG Oldenburg aufgezeigte Möglichkeit einer Vertragsanpassung dürfte demnach nur in Sonderkonstellationen eröffnet sein.

Zu weit gehen nach der vorbezeichneten BGH-Entscheidung somit *Jansen/Hannusch*, die regelmäßig die hypothetische Vereinbarung einer Rückübertragungspflicht annehmen, wenn die Vertragsparteien bei Abschluss des Pachtvertrages um die Änderung der Agrarförderung gewusst hätten.¹²

Es mögen aber Sachverhaltskonstellationen denkbar sein, in denen sich auch der Pächter redlicherweise mit der vertraglichen Vereinbarung einer Übertragungspflicht oder einer Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung an den Verpächter einverstanden hätte erklären müssen. So könnte es sich z. B. beim Abschluss eines kurz- oder mittelfristigen Pachtvertrages über eine landwirtschaftliche Fläche ohne Verlängerungsoption verhalten, die nach den Vorstellungen der Parteien anschließend wieder vom Verpächter oder dessen Nachfolger bewirtschaftet werden sollte. Entgegen der Auffassung des OLG Oldenburg mag dies im Einzelfall auch für Pachtverträge nach den Beschlüssen zur EG-Agrarreform gelten. Zwar begründen vorhersehbare Änderungen in der Regel keine Rechte auf Vertragsanpassung,¹³ jedoch wurde die Streitfrage, wem bei Pachtende auf verpachtete Flächen zugewiesene Zahlungsansprüche zustehen mögen, erst sukzessive in der Folgezeit in der Fachliteratur intensiv erörtert. Es kann wohl kaum einem durchschnittlichen Landwirt zugemutet werden, dass er die Beschlüsse der EG-Agrarminister unmittelbar und umgehend nach deren Bekanntwerden studiert. Er wird sich regelmäßig auf Informationen durch die Landwirtschaftskammer und die landwirtschaftliche Fachpresse

⁸ Ausführlich *Krämer*, AgrarR 2006, 77, 78, 82.

⁹ OLG Oldenburg, AgrarR 2007, 13; *Gehse*, RNotZ 2007, 61, 71.

¹⁰ AgrarR 2007, 17 = NL-BzAR 2006, 334.

¹¹ BGH RdL 2007, 213 = NL-BzAR 2007, 284.

¹² *Jansen/Hannusch*, AgrarR 2005, 245, 247.

¹³ BGH, NJW 1981, 1668 = MittBayNot 1981, 117 = DB 1981, 1617 = Rpfleger 1981, 286 = MDR 1981, 834; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 313 Rdnr. 23.

beschränken. Vor der Verkündung der einschlägigen EG-Verordnung VO 1782/2003 am 21.10.2003 im Amtsblatt der Europäischen Union waren noch nicht einmal die Details des Verordnungstextes bekannt.

Ebenso mag ein Anspruch auf Vertragsanpassung begründet sein, wenn sich ein landwirtschaftliches Grundstück ohne entsprechende Zahlungsansprüche in einer bestimmten Region auf mittlere Sicht überhaupt nicht oder nur zu einem Minimalpreis veräußern lässt sowie ein nennenswerter Pachtzins nicht erzielt werden kann, so dass dem Verpächter im Ergebnis fast wertloses Eigentum verbleibt. Da jedoch aufgrund der stetigen Verknappung landwirtschaftlicher Nutzfläche langfristig eine völlige Entwertung des landwirtschaftlichen Eigentums nicht zu befürchten ist, bedarf es in solchen Fällen sicherlich eines substantiierten Vortrages der besonderen Umstände durch den Verpächter, so dass ein allgemeiner Verweis auf Wertverluste und Schwierigkeiten bei der gewinnbringenden Verpachtung der Fläche kaum ausreichen kann.

Man wird abwarten müssen, in welchen Fällen und in welchem Umfang die Rechtsprechung einen Anspruch des Verpächters auf Vertragsanpassung gemäß § 593 Abs. 1 BGB gewährt. Die vergleichsweise geringen Kosten des FGG-Verfahrens und der Grundsatz gemäß § 45 Abs. 1 LwVG, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt, mögen vielleicht einen Anreiz für den Verpächter schaffen, vorsorglich einen Antrag beim Landwirtschaftsgericht einzureichen, um in strittigen Fällen auch die Vergleichsbereitschaft der Gegenseite zu fördern. Jedoch ist der Begründungsaufwand erheblich, die Erfolgsaussichten dürften zudem außer in speziell gelagerten Fällen eher gering sein. Schließlich ist auch in offensichtlichen Fällen denkbar, dem unterlegenen Beteiligten die außergerichtlichen Kosten des obsiegenden Teiles wegen groben Verschuldens gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 LwVG aufzuerlegen.¹⁴

4. Auswirkungen des Urteils auf die notarielle Vertragsgestaltung

Die nunmehr ergangene BGH-Entscheidung hat insoweit Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung, als dass in Kaufverträgen über verpachtete landwirtschaftliche Grundstücke im Regelfall festgestellt werden sollte, dass Zahlungsansprüche nicht mitverkauft werden, um eine Haftung des Verkäufers gegenüber dem Erwerber auszuschließen.¹⁵

Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Verkäufer mit dem Pächter eine individualvertraglich abweichende Regelung getroffen hat, nach der der Pächter zur Übertragung der Zahlungsansprüche bei Pachtende verpflichtet ist. In jedem Fall sollten die Identifikationsnummern der zu übertragenden Zahlungsansprüche im notariellen Kaufvertrag ausdrücklich benannt werden. Wurde das Pachtverhältnis vom Verkäufer bereits gekündigt, so sollte dem Käufer Vollmacht erteilt werden, die Übertragung der verkauften Zahlungsansprüche unmittelbar vom Pächter zu verlangen, so dass ein Durchgangserwerb beim Verkäufer vermieden wird. Die dem Käufer im Außenverhältnis unbeschränkt erteilte Vollmacht darf von diesem erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung ausgeübt werden.¹⁶

Der Wert der mitübertragenen Zahlungsansprüche mag im Kaufvertrag gesondert ausgewiesen werden, da aus diesem keine Grunderwerbsteuer festgesetzt wird. Schließlich emp-

fehlt sich ein Hinweis des Notars, dass die Vertragsparteien die Übertragung der nach Landesrecht zuständigen Stelle gemäß § 15 InVeKoS-VO mittels eines dort erhältlichen Formulars zu melden haben. Regelmäßig werden die Parteien dies selbst vornehmen, jedoch kann der Notar auch diese zusätzliche Betreuungstätigkeit übernehmen, was freilich eine Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO auslöst.

Notarassessor *Oliver Gehse*, Würzburg

2. BGB §§ 157, 313, 1093 (*Zahlungspflichten bei Ausübungshindernissen des Berechtigten eines Wohnungsrechts*)

1. **Ein in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt nicht generell zum Erlöschen des Wohnungsrechts, selbst wenn das Hindernis auf Dauer besteht.**
2. **Kann der Berechtigte sein auf Lebenszeit eingeräumtes Wohnungsrecht wegen eines medizinisch notwendigen Aufenthalts in einem Pflegeheim nicht ausüben, kommt die Begründung einer Zahlungspflicht des Verpflichteten im Wege der Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nur in Betracht, wenn der Heimaufenthalt auf Dauer erforderlich ist und die Vertragsschließenden nicht mit dem Eintritt dieses Umstands gerechnet haben; fehlen diese Voraussetzungen, kann die ergänzende Vertragsauslegung einen Geldanspruch des Berechtigten begründen.**

BGH, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 163/06

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 10.5.1980 übertrug der zwischenzeitlich verstorbene Vater des Beklagten diesem zwei Hausgrundstücke. Als Gegenleistung räumte der Beklagte seinen Eltern als Gesamtberechtigte lebenslängliche unentgeltliche Wohnungsrechte an den beiden jeweils in den oberen Geschossen der Häuser gelegenen Wohnungen ein, welche in die jeweiligen Grundbücher eingetragen wurden. Weiter wurde vereinbart, dass die Eltern die Schönheitsreparaturen selbst durchführen und die Stromkosten bezahlen sollten; die übrigen Nebenkosten einschließlich der Heizungskosten sollte der Beklagte tragen.

In der Folgezeit bewohnte der Vater des Beklagten die eine, die Mutter die andere Wohnung. Nach dem Tod des Vaters im Jahr 1996 vermietete der Beklagte mit Zustimmung seiner Mutter die bisher von dem Vater genutzte Wohnung und vereinnahmte seither die Mieten.

Ende des Jahres 2000 erlitt die Mutter des Beklagten einen Schlaganfall und musste nach einem Krankenhausaufenthalt in ein Pflegeheim aufgenommen werden. Mit ihrem Einverständnis renovierte der Beklagte die bis dahin von ihr genutzte Wohnung, auch baute er eine neue Heizungsanlage ein; sodann vermietete er die Wohnung. Die Mieten nimmt der Beklagte ein.

Der Kläger leistet der Mutter des Beklagten seit dem 1.2.2003 Hilfe zur Pflege in Höhe der ungedeckten Heimkosten. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 28.11.2003 leitete er „sämtliche Ansprüche auf Geldleistungen, die sich aus der Nichtanspruchnahme der vertraglichen Leistungen aus dem Übergabevertrag ergeben“, ab dem 1.2.2003 bis zur Höhe der gewährten Sozialhilfe auf sich über.

Die Betreuerin der Mutter des Beklagten teilte dem Kläger im Juni 2004 mit, der Beklagte habe ihr erklärt, dass seine Mutter keine Ansprüche auf die von ihm vereinnahmten Mieten habe. Darauf erhob der Kläger Klage, mit der er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 8.940,89 € nebst Zinsen für den Zeitraum vom 1.2.2003 bis zum 31.3.2004 verlangt hat. Das LG hat der Klage in Höhe von 7.868,90 € nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Klägers, mit der er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 1.071,99 € nebst Zinsen beantragt hat, ist ebenso ohne Erfolg geblieben wie die Berufung des Beklagten.

¹⁴ *Barnstedt/Steffen*, LwVG, 7. Aufl. 2005, § 45 Rdnr. 36.

¹⁵ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 2005, Teil 6 Rdnr. 66.

¹⁶ Formulierungsvorschlag bei *Gehse*, RNotZ 2007, 61, 68.

Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es ihn beschwert, und die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Mutter des Beklagten das Wohnungsrecht an den beiden Wohnungen nach wie vor zu. Es sei weder durch den Tod des Vaters noch durch ihren Aufenthalt in dem Pflegeheim erloschen. Allerdings habe die Mutter mit dem Beklagten konkludent eine abändernde schuldrechtliche Vereinbarung dahingehend getroffen, dass er die früher von dem Vater genutzte Wohnung auf eigene Rechnung vermieten dürfe. Der Abschluss einer gleichartigen Vereinbarung betreffend die von der Mutter vor ihrem Umzug in das Pflegeheim genutzte Wohnung könne nicht festgestellt werden. Zwar sei die Mutter bzw. später ihre Betreuerin mit der Renovierung der Wohnung einverstanden gewesen und habe auch der Vermietung durch den Beklagten nicht widersprochen. Aber darin liege kein Einverständnis mit der Vereinnahmung der Mieten durch den Beklagten. Die erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung des Beklagten, alle Beteiligten seien sich seinerzeit einig gewesen, dass ihm die Mieteinnahmen zustehen sollten, sei nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen. Das Wohnungsrecht sei deshalb eingeräumt worden, weil der Vater des Beklagten habe sicherstellen wollen, dass ihm und seiner Ehefrau die bisher genutzten Wohnungen bis an ihr Lebensende erhalten blieben; die Eltern des Beklagten hätten damit ihren Wohnungsbedarf auf Dauer abdecken wollen. Die Einräumung des Wohnungsrechts sei deshalb als Teil ihrer Altersversorgung anzusehen. Diese sei hinsichtlich der Mutter des Beklagten nicht mehr gewährleistet, weil ihr Wohnungsbedarf nunmehr ungedeckt sei; denn sie könne einerseits das Wohnungsrecht nicht mehr ausüben, andererseits die für ihren Wohn- und Pflegebedarf anfallenden Kosten nicht in vollem Umfang tragen. Dass die Altersversorgung der Eltern des Beklagten nicht mehr gewährleistet sein könne, hätten die Vertragsschließenden nicht bedacht und diesen Fall der Versorgungslücke nicht geregelt. Damit sei die Geschäftsgrundlage des Übergabevertrags gestört. Hätten die Vertragsparteien den jetzt eingetretenen Fall bedacht, hätten sie redlicherweise eine Vereinbarung dahin getroffen, dass der Mutter die aus der Vermietung ihrer früheren Wohnung gezogenen wirtschaftlichen Vorteile zustünden. Deshalb sei der Übergabevertrag nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage dahin anzupassen, dass der Beklagte seiner Mutter die Einkünfte aus der Vermietung der Wohnung bis zur Deckung ihrer Versorgung zukommen lassen müsse. Die Höhe des Anspruchs bemesse sich nach den von dem Beklagten durch die Vermietung erzielten finanziellen Vorteilen. Der Kläger habe diesen Anspruch, der durch die Höhe der geleisteten Sozialhilfe begrenzt sei, wirksam auf sich übergeleitet.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

II.

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen nach § 90 BSHG übergegangenen vertraglichen Anspruch der Mutter auf Herausgabe der von dem Beklagten vereinnahmten Mieten und auf Erstattung der von dem Beklagten tatsächlich ersparten Aufwendungen in der von den Vorinstanzen zuerkannten Höhe.

1. Zu Recht – und von der Revision nicht angegriffen – ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger sämtliche der Mutter des Beklagten wegen der Nichtausübung

des ihr in dem Übergabevertrag vom 10.5.1980 eingeräumten Wohnungsrechts zustehenden Ansprüche gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG auf sich übergeleitet hat. Aus dem bestandskräftigen Bescheid vom 28.11.2003 ergibt sich, dass nicht das Wohnungsrecht selbst, sondern die sich aus dem Übergabevertrag möglicherweise als Ausgleich für die Nichtinanspruchnahme des Wohnungsrechts ergebenden Zahlungsansprüche übergeleitet worden sind.

2. Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass das der Mutter eingeräumte Wohnungsrecht weder durch den Tod des Vaters des Beklagten im Jahr 1996 noch durch ihren krankheitsbedingten Umzug in ein Pflegeheim erloschen ist.

a) Nach § 2 a des Übergabevertrags hatte der Beklagte als Gegenleistung für die Übertragung der Grundstücke seinem Vater und seiner Mutter „als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB“ ein lebenslängliches Wohnungsrecht eingeräumt. Auf die dementsprechende Bewilligung des Beklagten wurden die Wohnungsrechte in die Grundbücher eingetragen. Das ist rechtlich möglich und hat u. a. zur Folge, dass mit dem Tod des Erstversterbenden nicht alle Wohnungsrechte erlöschen, sondern nur das Wohnungsrecht dieses Berechtigten erlischt und das Wohnungsrecht des anderen Berechtigten bis zu seinem Tod bestehen bleibt (BGHZ 46, 253, 259 f. = DNotZ 1967, 183).

b) Das Wohnungsrecht ist eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für sein Erlöschen gelten deshalb dieselben Grundsätze wie für das Erlöschen einer solchen Dienstbarkeit. Danach erlischt das Recht, wenn seine Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd unmöglich wird (BGH, NJW 1985, 1025 = DNotZ 1985, 549). Das ist u. a. der Fall, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet (BGHZ 41, 209, 214 = DNotZ 1964, 493). An diesen Voraussetzungen fehlt es, wenn das Wohnungsrecht aufgrund der Aufnahme des Berechtigten in ein Pflegeheim nicht ausgeübt werden kann. Denn ihm bleibt nach § 1090 Abs. 1 Satz 2 BGB die Möglichkeit, mit Gestattung des Grundstückseigentümers die Ausübung seines Rechts anderen zu überlassen und dadurch z. B. für sich einen Mietanspruch gegen den Besitzer der dem Recht unterliegenden Räume zu begründen (vgl. BGHZ 59, 51, 56 ff. = DNotZ 1973, 28). Ein in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt somit nicht generell zum Erlöschen des Wohnungsrechts (OLG Zweibrücken, OLG 1987, 27; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 467, 468; OLG Köln, NJW-RR 1995, 1358; OLG Celle, MDR 1998, 1344; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2001, 542, 543 = DNotI-Report 2001, 166), selbst wenn das Hindernis auf Dauer besteht.

3. Ebenfalls rechtlich zutreffend hat das Berufungsgericht einen Zahlungsanspruch der Mutter des Beklagten nach landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 96 EGBGB i. V. m. Lipp. AGBGB) verneint. In dem Übergabevertrag vom 10.5.1980 wurde kein Altenteilsrecht i. S. d. Art. 96 EGBGB zugunsten der Eltern des Beklagten vereinbart. Denn eine Grundstücksübertragung wird noch nicht dadurch zum Altenteilsvertrag, dass dem Übergeber ein Wohnungsrecht eingeräumt wird; hinzutreten muss, dass ein Beteiligter dem anderen seine wirtschaftliche Lebensgrundlage überträgt, um dafür in die persönliche Gebundenheit eines abhängigen Versorgungsverhältnisses einzutreten, während der Übernehmer eine wirtschaftlich selbständige Stellung erlangt (siehe nur BGH, WM 2003, 1483, 1485 = NotBZ 2003, 117). Diese Voraussetzungen liegen hier nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor.

4. Fehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch den Zahlungsanspruch der Mutter gegen den Beklagten auf die gerichtliche Anpassung des Übergabevertrags vom 10.5.1980 nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gestützt. Die in dem Berufungsurteil getroffenen Feststellungen rechtfertigen das nicht.

a) Offen bleiben kann, ob die Rechtsprechung des Senats, nach welcher ein Zahlungsausgleich für den auf der Zerrütung des persönlichen Verhältnisses zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem beruhenden Ausfall von in Übergabeverträgen vereinbarten Versorgungsleistungen aus dem Rechtsgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt (BGH, WM 1981, 657, 658; NJW-RR 1995, 77, 78 = DNotZ 1996, 636; WM 2002, 772, 773 = DNotZ 2002, 714), auch auf den Fall anzuwenden ist, dass die Ausübung eines Wohnungsrechts dem Berechtigten wegen eines medizinisch notwendigen und dauerhaften Aufenthalts in einem Pflegeheim nicht möglich ist. Bedenken dagegen können sich, worauf die Revision zutreffend hinweist, aus der Überlegung ergeben, dass bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts jeder Vertragsteil damit rechnen muss, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben kann; tritt dieser Fall ein, fehlt es an der für eine gerichtliche Vertragsanpassung notwendigen Voraussetzung der unvorhergesehenen Änderung der Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden sind (vgl. OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 1041, 1042; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1360, 1361; OLG Brandenburg, DtZ 1997, 364, 365; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2001, 542 = DNotI-Report 2001, 166; *Staudinger/Mayer*, BGB, 2002, § 1093 Rdnr. 55; *E. Schneider*, MDR 1999, 87; *Littig/Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, Rdnr. 114; a. A. [Anwendbarkeit der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage] OLG Köln, ZMR 1995, 256, 257; OLG Schleswig, OLG-Report 1997, 357, 358; OLG Celle, NJW-RR 1999, 10, 11; AnwKommBGB/Otto, § 1093 Rdnr. 37; *Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, § 1093 Rdnr. 32).

b) Hier kommt die gerichtliche Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil das Berufungsgericht eine entscheidende Voraussetzung dafür, nämlich das dauerhafte Unvermögen der Mutter des Beklagten zur Ausübung ihres Wohnungsrechts, nicht festgestellt hat. Es ist auch weder von den Parteien vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass ihre Rückkehr in ihre frühere Wohnung – gegebenenfalls unter Aufnahme von Pflegepersonen (§ 1093 Abs. 2 BGB) – ausgeschlossen ist. Solange das nicht feststeht, kann keine gerichtliche Vertragsanpassung erfolgen; denn bei einem nur vorübergehenden subjektiven Ausübungshindernis fehlt es an dem Merkmal der schwerwiegenden Veränderung der Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind (vgl. § 313 Abs. 1 BGB).

c) Die Frage, ob die Mutter des Beklagten dauerhaft ihr Wohnungsrecht nicht ausüben kann, bedarf jedoch keiner Klärung. Denn das Berufungsgericht hat auch übersehen, dass der Beklagte und seine Mutter bereits eine Anpassung des Vertrags vorgenommen haben, indem sie die Vermietungsvereinbarung hinsichtlich der dem Wohnungsrecht der Mutter unterliegenden Räume getroffen haben. Für die rechtlichen Beziehungen zwischen ihnen ist im Hinblick darauf, wem die Mieten zustehen, nunmehr der Inhalt dieser Vereinbarung und nicht mehr der des Übergabevertrags vom 10.5.1980 maßgeblich. Das schließt die gerichtliche Anpassung des Übergabevertrags nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus. Er kann aus demselben Grund auch nicht er-

gänzend ausgelegt werden, um einen Geldanspruch der Mutter gegen den Beklagten zu begründen (vgl. zur ergänzenden Vertragsauslegung bei dem durch einen Heimaufenthalt bedingten Wegfall von Versorgungsverpflichtungen, die auf dem übergebenen Grundstück zu erfüllen sind, BGH, WM 2002, 598, 599 = DNotZ 2002, 702; WM 2003, 1827, 1828 = NJW 2003, 1126; NJW-RR 2003, 577, 578 = MittBayNot 2004, 180 m. Anm. *J. Mayer*).

5. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO). Die Auslegung der zwischen dem Beklagten und seiner Mutter getroffenen Vermietungsvereinbarung ergibt nämlich, dass die Mutter einen Anspruch auf Auskehr der von dem Beklagten vereinnahmten Mieten hat.

a) Das dingliche Wohnungsrecht ist eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB). Deshalb darf Dritten, wenn sie nicht zu den in § 1093 Abs. 2 BGB genannten Personen gehören, die Allein- oder Mitbenutzung der Wohnung nur bei Gestattung durch den Grundstückseigentümer überlassen werden (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für eine solche Gestattung bedarf es einer Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten (BGH, NJW 1963, 2319 = DNotZ 1964, 613). Weitere Anforderungen an die Wirksamkeit der Gestattung wie etwa eine Vereinbarung darüber, wem die aus der Wohnungsüberlassung erzielten Mieteinnahmen zustehen, stellt das Gesetz nicht auf.

b) Die zwischen dem Beklagten und seiner Mutter getroffene Vermietungsvereinbarung enthält nicht nur die Gestattung zur Vermietung der Wohnung an Dritte, sondern geht darüber hinaus. Die Vermietung sollte nicht – wie bei der bloßen Überlassungsgestattung – durch die Mutter als Berechtigte des Wohnungsrechts erfolgen, so dass ihr als Vermieterin – mangels anderer Absprachen mit dem Grundstückseigentümer – die Mieten zustehen (vgl. BGHZ 59, 51, 56 ff. = DNotZ 1973, 28). Vielmehr durfte der Beklagte die Wohnung im eigenen Namen vermieten. Falls die darauf erfolgte Vermietung eine Auftragsgeschäftsbesorgung (§ 662 BGB) des Beklagten war, ist er – worauf der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zutreffend hingewiesen hat – nach § 667 BGB verpflichtet, an seine Mutter die vereinnahmten Mieten herauszugeben.

c) Dieselbe Verpflichtung trifft den Beklagten, wenn man kein Auftragsverhältnis zwischen ihm und seiner Mutter im Hinblick auf die Vermietung der Wohnung annimmt, sondern z. B. von einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis ausgeht. Dann ist die Vermietungsvereinbarung unvollständig, denn es fehlt die Einigung darüber, wem die Mieteinnahmen zustehen. Dass die Beteiligten diesen Punkt bewusst ungeregelt gelassen haben, ist weder festgestellt noch ersichtlich. Denn nach ihrem Vortrag in den Tatsacheninstanzen hat die Betreuerin der Mutter für diese die Mieten beansprucht, während der Beklagte der Meinung ist, sie stünden ihm zu. Obwohl dieser Punkt damit, auch nach den Vorstellungen der Vertragsparteien, regelungsbedürftig war, ist er ungeregelt geblieben; das macht die Ermittlung des vollständigen Inhalts der Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung notwendig, also die Ermittlung dessen, was die Beteiligten (bei angemessener Abwägung ihrer Interessen und als redliche Vertragspartner) zur Schließung der Lücke selbst unternommen hätten (BGH, NJW-RR 2005, 205, 206 m. w. N.).

d) Da das Berufungsgericht die Vermietungsvereinbarung nicht ausgelegt hat und weitere tatsächliche Feststellungen wegen der von der Revision nicht angegriffenen Nichtzulass-

sung des zweitinstanzlichen Vortrags des Beklagten zu dem behaupteten übereinstimmenden Willen der Beteiligten, die Mieten sollten ihm zustehen, nicht in Betracht kommen, ist der Senat zur eigenen Auslegung befugt. Sie führt dazu, dass die Mutter des Beklagten von ihm die vereinnahmten Mieten herausverlangen kann. Nur dieses Auslegungsergebnis berücksichtigt ausreichend Sinn und Zweck des der Mutter eingeräumten Wohnungsrechts und die Interessenlage der Parteien. Denn wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend festgestellt hat, ist das Wohnungsrecht ein Teil der Altersversorgung der Mutter; sie soll auf Lebenszeit unentgeltlich wohnen können mit der Folge, dass sie ihre Einkünfte – bis auf die Begleichung von Schönheitsreparaturen und Stromkosten – anders als zum Wohnen verwenden kann. Der Beklagte muss nach der in dem Übergabevertrag getroffenen Regelung die übrigen Nebenkosten tragen, die durch die Ausübung des Wohnungsrechts seiner Mutter entstehen; eine Zahlung seiner Mutter an ihn für die Benutzung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume ist nicht vorgesehen. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte und seine Mutter vereinbart hätten, dass ihm die Mieten zustehen sollen. Denn das führte zu einer wirtschaftlichen Besserstellung des Beklagten gegenüber den Regelungen in dem Übergabevertrag auf Kosten seiner Mutter, die durch nichts gerechtfertigt ist. Im Übrigen ist nichts dafür ersichtlich, dass die Mutter des Beklagten mit der Vermietung ihrer früheren Wohnung das Eintreten des Sozialhilfeträgers für die ungedeckten Kosten ihres Heimaufenthalts herbeiführen wollte. Das wäre aber die bei Abschluss der Vermietungsvereinbarung vorausgesehene wirtschaftliche Folge, wenn dem Beklagten die Mieteinnahmen zustünden. Auch deshalb verbietet sich eine ergänzende Vertragsauslegung mit diesem Ergebnis.

6. Aus denselben Gründen ergibt die ergänzende Auslegung der Vermietungsvereinbarung weiter, dass der Beklagte seiner Mutter auch die tatsächlich ersparten Aufwendungen, also die von ihm nach den Regelungen in dem Übergabevertrag zu tragenden Nebenkosten, erstatten muss (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 577, 578 = MittBayNot 2004, 180 m. Anm. J. Mayer), soweit diese von dem Mieter getragen werden. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Auktor*, MittBayNot 2007, 14 (in diesem Heft).

3. BGB §§ 242, 890, 894; WEG §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 2, 14 Nr. 1, 22 Abs. 1 (*Sondereigentumsfähigkeit eines gemeinschaftlichen Heizungsraums*)

1. **Ob ein Kellerraum, in dem die zentrale Heizungsanlage des Objekts untergebracht ist, allein der Energieversorgung oder auch noch anderen Zwecken dient, bestimmt sich in erster Linie nach den Nutzungsangaben in dem der Teilungserklärung anliegenden Aufteilungsplan. Sofern diese nicht als verbindlich anzusehen sein sollten (dazu OLG Schleswig, ZMR 2004, 68), ist maßgebend, ob der Raum nach seiner Art, Lage und Beschaffenheit, insbesondere auch seiner Größe, objektiv geeignet ist, neben der Unterbringung der Heizungsanlage noch andere, zumindest annähernd gleichwertige Nutzungszwecke zu erfüllen (Anschluss an BGHZ 73, 302, 311).**

2. **Ein Heizungsraum verliert nicht allein dadurch seinen spezifischen Charakter, dass er auch als Abstell- oder Lagerraum genutzt wird. Eine solche Nutzung ist lediglich von sekundärer Natur.**
3. **§ 5 Abs. 2 WEG enthält für die Bildung von Sondereigentum eine absolute Grenze, die nicht durch Billigkeitserwägungen relativiert werden darf. Für Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes infolge einer langjährigen Nutzung der streitbefangenen Kellerräume besteht daher kein Raum.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 6.3.2006, 2 W 13/06

Die Beteiligten sind Wohnungseigentümer einer Anlage, bestehend aus einem Doppelhausobjekt. Die Beteiligten zu 1 sind mit einem Miteigentumsanteil von $\frac{1}{2}$ am Gesamtobjekt Sondereigentümer der Wohnung 4 b; die Beteiligten zu 2 sind bei einem Miteigentumsanteil von ebenfalls $\frac{1}{2}$ Sondereigentümer der Wohnung 4 a. Im Kellergeschoss dieses Sondereigentums ist eine Gasheizungsanlage installiert, die beide Wohneinheiten versorgt. Sie hat eine Fläche von 0,7 m² und befindet sich in einem ca. 9 m² großen Durchgangsräum, der vom Erdgeschoss der Beteiligten zu 2 über eine Kellertreppe und einen Kellerflur erreichbar ist.

Bei dem Wohnungseigentumsobjekt handelte es sich ursprünglich um ein Einfamilienhaus in Form eines Bungalows. Der Beteiligte zu 2 b entschloss sich im Jahre 1993 mit seinen Söhnen in ungeteilter Erbengemeinschaft, das Einfamilienhaus zu einem Doppelhaus umzugestalten und eine Haushälfte nach Bildung von Wohnungseigentum zu verkaufen. Mit dem Käufer verständigte sich die Erbengemeinschaft dahingehend, dass beide Haushälften aus dem Wohnungseigentum der Erbengemeinschaft heraus beheizt werden sollten.

Die Erbengemeinschaft errichtete alsdann die notarielle Teilungserklärung. § 2 Ziff. 2 TE weist die Heizungsanlage als gemeinschaftliches Eigentum aus. Der Aufteilungsplan der Abgeschlossenheitsbescheinigung, auf den § 1 TE Bezug nimmt, deklariert den Heizungsraum ebenso wie die Flurräume 1 und 2 im Kellergeschoss als Sondereigentum der Beteiligten zu 2.

Die Beteiligten zu 1 sind Rechtsnachfolger des Käufers. Sie haben vor dem AG u. a. beantragt, die Beteiligten zu 2 zu verpflichten, die bauliche Herstellung eines ungehinderten Zugangs zur Heizungsanlage auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft zu dulden. Das AG hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine solche bauliche Maßnahme einen einstimmigen Beschluss erfordere, es insoweit an einer Zustimmung der Beteiligten zu 2 fehle, darüber hinaus eine analoge Anwendung des § 917 Abs. 1 BGB (Notwegrecht) ausscheide. Gegen diese Entscheidung haben die Beteiligten zu 1 sofortige Beschwerde eingelegt. Sie haben nunmehr beantragt, die Beteiligten zu 2 zu verpflichten, einer Grundbuchberichtigung dahingehend zuzustimmen, dass der im Keller belegene Heizungsraum Gemeinschaftseigentum sei, ferner zuzustimmen, dass zwischen den Kellern der Parteien ein Wanddurchbruch vorgenommen und eine verschließbare Stahltür eingebaut werde, darüber hinaus einer Grundbuchberichtigung durch Änderung der Teilungserklärung dergestalt zuzustimmen, dass sie berechtigt seien, den gemeinsamen Heizungsraum durch diese Stahltür zu erreichen. Hilfsweise haben die Beteiligten zu 1 die Zustimmung zur Errichtung einer Kelleraußentreppe zum gemeinsamen Heizungsraum sowie zu einer entsprechenden Änderung der Teilungserklärung begehrt.

Die Beteiligten zu 2 haben im Beschwerdeverfahren geltend gemacht: Der Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 habe an einer eigenen Heizungsanlage kein Interesse gehabt. Aus Kostengründen habe man sich darauf verständigt, dass die Beheizung beider Haushälften aus dem (noch zu errichtenden) Wohnungseigentum der Erbengemeinschaft heraus erfolgen und dem Käufer ein Zugangsrecht zu der Heizung nicht eingeräumt werde. Im Gegenzug dazu sowie für Eigenleistungen des Käufers habe ihm die Erbengemeinschaft 50.000 DM vom Kaufpreis nachgelassen. Die Beteiligten zu 1 müssten sich die zwischen ihrem Rechtsvorgänger und der Erbengemeinschaft getroffenen Abreden nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen. Sie – die Beteiligten zu 2 – nutzten den überwiegenden Teil des Heizungsraums als Keller bzw. Lagerraum.

Das LG hat der sofortigen Beschwerde der Beteiligten zu 1 stattgegeben und die Beteiligten zu 2 verpflichtet,

- einer Änderung der Teilungserklärung dahingehend zuzustimmen, dass der Heizungsraum sowie Flur 1 der Planskizze des Kellergeschosses von der bisherigen Trennwand zu Flur 2 an auf direktem Wege fortlaufend bis zur Eingangstür des Heizungsraums Gemeinschaftseigentum seien,
- die Eintragungen der Rechtsänderungen im Wohnungsgrundbuch zu bewilligen,
- die gegebenenfalls erforderliche Abgeschlossenheit des sonstigen Kellerbereichs herbeizuführen und dem Grundbuchamt durch eine entsprechende Abgeschlossenheitsbescheinigung nachzuweisen, darüber hinaus
- den Mauerverschluss zwischen den Kellerfluren der Wohnungseigentumsobjekte durch eine verschließbare Stahltür zu ersetzen oder an dem Einbau mitzuwirken.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 2 mit der sofortigen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG, §§ 27 Abs. 1, 29, 22 Abs. 1 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

(...)

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beteiligten zu 1 von den Beteiligten zu 2 die Einwilligung zu einer Änderung der Teilungserklärung und zur Eintragung der Rechtsänderung in den Wohnungsgrundbüchern dahingehend verlangen können, dass sowohl der Heizungsraum im Keller als auch der dorthin erforderliche Zugang Gemeinschaftseigentum sind (a). Darüber hinaus können sie – soweit erforderlich – die Herbeiführung der Abgeschlossenheit des sonstigen Kellerbereichs (b) sowie die Ersetzung des Mauerverschlusses zwischen den Kellerfluren der Wohnungseigentumsobjekte durch eine verschließbare Stahltür verlangen (c).

a) Der Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung ergibt sich aus dem Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses i. V. m. § 242 BGB; der Grundbuchberichtigungsanspruch beruht auf § 894 BGB. Sowohl die Teilungserklärung als auch das Grundbuch sind insoweit unrichtig, als darin der Heizungsraum sowie der Kellerbereich, der den Zugang dorthin ermöglicht, als Sondereigentum der Beteiligten zu 2 deklariert sind. Das verstößt gegen § 5 Abs. 2 WEG. Danach können Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein; sie sind also zwingend Gemeinschaftseigentum. Das gilt nach der Entscheidung des BGH vom 5.7.1991 (NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224) auch für Räume, deren Zweck darin besteht, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen. Dazu gehören einerseits diejenigen Räume, in denen sich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Beschickungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgung befinden, andererseits aber auch die Flure und Flächen, die den notwendigen Zugang dorthin bilden.

aa) Dies zugrunde gelegt, ist der Heizungsraum dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen; er dient zuvörderst der Unterbringung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden zentralen Heizungsanlage. § 2 TE weist die Heizungsanlage ausdrücklich dem Gemeinschaftseigentum zu; im Übrigen dient diese allein der Versorgung der Wohnungseigentümer, so dass es auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine

Heizungsanlage sondereigentumsfähig ist (dazu BGH, NJW 1975, 688; BGHZ 1973, 303 = NJW 1979, 2391; BayObLG, NJW-RR 2000, 1032 = Rpfleger 2000, 326; *Staudinger/Rapp*, BGB, 2005, § 5 WEG Rdnr. 34 ff.), nicht ankommt. Zwar muss ein Raum, der eine Gemeinschaftseinrichtung beherbergt, seinerseits nicht zwingend Gemeinschaftseigentum sein, denn anderenfalls ergäbe § 5 Abs. 2 letzter Hs. WEG keinen Sinn. Bleibt nämlich eine dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienende Anlage selbst dann Gemeinschaftseigentum, „wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume“ befindet, so folgt daraus, dass die Zuordnung solcher Räume zum Sondereigentum jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Nach der Entscheidung des BGH vom 2.2.1979 kann Sondereigentum an dem eine gemeinschaftliche Anlage beinhaltenden Raum „vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient“ (BGHZ 73, 302, 311 = NJW 1979, 2391, 2393; vgl. auch BayObLG, Rpfleger 2004, 214 = DNotZ 2004, 386, 387). Ob ein Kellerraum, in dem die zentrale Heizungsanlage des Objekts untergebracht ist, allein der Energieversorgung oder auch noch anderen Zwecken dient, bestimmt sich in erster Linie nach den Nutzungsangaben in dem der Teilungserklärung anliegenden Aufteilungsplan. Sofern diese nicht als verbindlich anzusehen sein sollten (dazu OLG Schleswig ZMR 2004, 68), ist maßgebend, ob der Raum nach seiner Art, Lage und Beschaffenheit, insbesondere auch seiner Größe, objektiv geeignet ist, neben der Unterbringung der Heizungsanlage noch andere, zumindest annähernd gleichwertige Nutzungszwecke zu erfüllen. Untergeordnete oder lediglich periphere Nutzungsmöglichkeiten müssen indes außer Betracht bleiben; sie vermögen den Charakter des Raums als Heizungsraum nicht in Frage zu stellen. Eine subjektive, allein am Nutzungswillen des betroffenen Sondereigentümers orientierte Sichtweise erscheint hingegen nicht sachgerecht. Sie würde diesem gestatten, die in der Teilungserklärung erfolgte fälschliche Zuordnung des Raums zum Sondereigentum durch eine wie auch immer geartete sekundäre Nutzung zu manifestieren. Womöglich könnte er den Mangel der Teilungserklärung bereits dadurch heilen, dass er in den Ecken und Nischen des Heizungsraums – eben dort, wo gerade noch Platz ist – Gegenstände wie Kisten, Kartons oder Fahrräder abstellt. Das erscheint nicht angängig.

Der Aufteilungsplan der Abgeschlossenheitsbescheinigung, auf welchen § 1 TE Bezug nimmt, enthält vorliegend als Nutzungsangabe für den hier in Rede stehenden Raum ausschließlich die Bezeichnung „Heizung“. Aber auch eine objektive Eignung des Raums zu einer weiteren – der Unterbringung der Heizungsanlage annähernd gleichwertigen Nutzung – ist nicht ersichtlich. Zwar haben die Beteiligten zu 2 vorgebracht, dass sie den überwiegenden Teil dieses Raums als Keller bzw. Lagerraum nutzen. Dem ist das LG mit Recht nicht nachgegangen. Im Ergebnis kann es dahin gestellt bleiben, ob das Vorbringen der Beteiligten zu 2 zutrifft. Denn der Raum würde durch eine derartige Nutzung nicht seinen spezifischen Charakter als Heizungsraum verlieren. Nach wie vor gibt ihm die Heizungsanlage das wesentliche Gepräge; eine Nutzung als Abstell- oder Lagerraum wäre demgegenüber von sekundärer Natur. Eine andere Beurteilung könnte sich ergeben, wenn der Raum, in dem sich die Heizungsanlage befindet, unbeschadet dieser Funktion auch zur Nutzung als Wohn- oder Gewerberaum (z. B. als Arbeitszimmer oder Büroraum) bestimmt oder jedenfalls geeignet wäre. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Nach dem Aufteilungsplan nimmt der Bereich, in dem sich die Heizungsanlage befindet, nahezu ein Viertel des Raumes ein; das lässt eine Nutzung in der vorgenannten Weise nicht als naheliegend erscheinen.

bb) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass auch der Kellerraum „Flur 1“ sowie die in der Planskizze zum angefochtenen Beschluss schraffiert dargestellte Fläche im Bereich des „Flurs 2“ bis zur Eingangstür des Heizungsraums Gemeinschaftseigentum sind. Denn Räumlichkeiten und Flächen, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Heizungsraum bilden, können nicht Gegenstand des Sondereigentums sein (BGH, NJW 1991, 2909; BayObLGZ 1986, 26 = MDR 1986, 590; BayObLG, Rpfleger 2004, 214 = DNotZ 2004, 386; ferner OLGZ Hamm 1986, 415 = NJW-RR 1986, 1275). Dient ein solcher Raum nämlich dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer i. S. d. § 13 Abs. 2 WEG, so muss von vornherein ausgeschlossen sein, dass der Zugang dorthin durch eigenmächtiges Verhalten eines Wohnungseigentümers unterbunden wird (BayObLG, NJW-RR 1996, 12). Anderes gilt indes, wenn der betreffende Raum im Hinblick auf seinen Nutzungszweck nicht der ständigen Herrschaftsmacht aller Wohnungseigentümer unterliegt, ein jederzeitiges Betreten somit nicht gewährleistet sein muss (BayObLGZ 1991, 165 = NJW-RR 1992, 81, 83). Das ist z. B. bei einem im Gemeinschaftseigentum befindlichen nicht ausgebauten Dachspeicherraum der Fall. Muss ein solcher allein zur Durchführung von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten am Dach betreten werden, so kann der Zugang auch durch das Sondereigentum eines Wohnungseigentümers erfolgen, zumal diesen eine entsprechende Duldungspflicht trifft (vgl. § 14 Nr. 4 WEG). So liegt es hier jedoch nicht.

Die Beteiligten zu 2 können nicht mit der Argumentation durchdringen, dass die Flurräume im Keller nicht als Zugang zum Heizungsraum „bestimmt“ seien, über einen „bestimmungsgemäßen Zugang“ insoweit nur sie verfügten. Schreibt die Teilungserklärung einen Raum, der den Zugang zu einer Gemeinschaftseinrichtung ermöglicht, dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers zu, so liegt es in der Natur der Sache, dass allein dieser einen „der Bestimmung gemäßen“ Zugang hat. Das bedeutet aber nicht, dass eine solche Bestimmung mit dem materiellen Recht im Einklang stehen muss. Dieses verlangt nämlich – wie sich aus § 5 Abs. 2 WEG ergibt –, dass ein Zugang zu der zentralen Heizungsanlage des Wohnungseigentumsobjekts allen Wohnungseigentümern gewährleistet ist. Die Vereinbarungen, die der Beteiligte zu 2 b seinerzeit als Mitglied der Erbengemeinschaft mit dem Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 getroffen hat, vermögen hieran nichts zu ändern, zumal sie über das Rechtsverhältnis der Vertragsschließenden hinaus keinerlei Wirkung entfalten.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 ist es ohne Belang, dass das Grundbuchamt hier – anders als in dem vom BayObLG am 6.2.1986 entschiedenen Fall (BayObLGZ 1986, 26 = MDR 1986, 590) – die Teilung und die Auflassung widerspruchslos eingetragen hat. Den Beteiligten zu 2 steht selbst mit Blick auf die langjährige Nutzung der streitbefangenen Kellerräume kein Vertrauensschutz zu. Denn § 5 Abs. 2 WEG enthält für die Bildung von Sondereigentum eine absolute Grenze, die nicht durch Billigkeitserwägungen relativiert werden darf (vgl. BayObLG, Rpfleger 1980, 477).

cc) Das LG hat darüber hinaus rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die fehlerhafte Ausweisung von Gemeinschaftseigentum als Sondereigentum die Wirksamkeit der Teilungserklärung im Übrigen nicht berührt (ebenso MünchKommBGB/Commichau, 4. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 14 f.; Röhl, DNotZ 1987, 228, 229). Dass diese weiterhin Bestand hat, folgt nach Ansicht des Senats bereits aus § 139 BGB. Danach ist ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft nur dann insgesamt nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen

Teil vorgenommen sein würde. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die seinerzeitige Erbengemeinschaft, welcher der Beteiligte zu 2 b angehört hat, von der Abgabe der Teilungserklärung gänzlich Abstand genommen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass sie an dem Heizungsraum nebst den erforderlichen Zugangsflächen kein Sondereigentum hat schaffen können.

Nach der Entscheidung der BGH vom 3.11.1989 (BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447) entsteht infolge der unwirksamen Begründung von Sondereigentum an einem Gebäudeteil kraft Gesetzes ein isolierter Miteigentumsanteil. Ein solcher wächst aber nicht – wovon auch das LG zutreffend ausgeht – den Miteigentümern entsprechend § 738 Abs. 1 BGB automatisch zu, weil diese nicht gesamthänderisch miteinander verbunden sind. Vielmehr sind die Miteigentümer aus dem Gemeinschaftsverhältnis verpflichtet, die Teilungserklärung dergestalt anzupassen, dass der isolierte Miteigentumsanteil verhältnismäßig auf die übrigen Miteigentumsanteile verteilt wird. Das geschieht entweder durch Vereinigung gemäß § 890 Abs. 1 BGB oder durch Bestandszuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB (sog. dingliche Verstrickung, siehe BGHZ 109, 179, 185 = NJW 1990, 447, 448; Röhl, DNotZ 1987, 228, 229). Dabei hat der Miteigentümer, der durch die Aufteilung des isolierten Anteils einen Vermögenszuwachs erfährt, einen Wertausgleich zu leisten (BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447). Ausgleichspflichtig wären hier die Beteiligten zu 1. Allerdings haben die Beteiligten zu 2 einen entsprechenden Ausgleichsanspruch bislang noch nicht geltend gemacht; zudem hat das LG einen Hinweis auf diesen Gesichtspunkt offenbar nicht erteilt. Gleichwohl ist der Senat nicht gehalten, die Sache deswegen an das LG zurückzuverweisen. Es bleibt den Beteiligten zu 2 nämlich unbenommen, einen derartigen Ausgleichsanspruch in einem gesonderten Verfahren zu verfolgen. Ohnehin wird ein solcher Anspruch erst fällig, wenn die Aufteilung des isolierten Miteigentumsanteils grundbuchrechtlich vollzogen ist (BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447).

dd) Ohne Rechtsfehler hat das LG die zur Schaffung des notwendigen Zugangs zu der Heizungsanlage und zur Aufteilung des isolierten Miteigentumsanteils erforderliche Einigung der Beteiligten durch Gerichtsentscheidung ersetzt. Dabei ist es davon ausgegangen, dass eine einvernehmliche Regelung infolge der verhärteten Fronten nicht erzielbar ist. Diese Wertung ist nicht zu beanstanden. Hinsichtlich des Zugangs zu der Heizungsanlage hat das LG sodann drei Möglichkeiten aufgezeigt, nämlich:

entweder den Eingangsbereich der Beteiligten zu 2 über die Kellertreppe und den anschließenden Flur 2

oder über eine neu zu schaffende Außentreppe als Kellerniedergang direkt zum Heizungsraum

oder durch einen Wanddurchbruch vom Kellerflur des Sondereigentums der Beteiligten zu 2 über den im Sondereigentumsbereich der Beteiligten zu 1 belegenen Kellerflur direkt bis zur Tür des Heizkellers.

Das LG hat die letztgenannte Variante als vorzugswürdig erachtet, weil von ihr der verhältnismäßig geringste Eingriff in die Privatsphäre der Beteiligten zu 2 sowie in die Gebäudesubstanz ausgehe. Dabei hat es die Interessen der Beteiligten zu 2 an der Nutzung anderer Kellerräume, insbesondere auch der Sauna, angemessen berücksichtigt. Auch hat der Tatrichter Überlegungen angestellt, wie die Beteiligten zu 2 den Vorrang zum Kellertreppenaufgang abdichten können. Der Senat hält die Erwägungen des LG für rechtsfehlerfrei, so dass er daran gebunden ist; insbesondere ist er nicht befugt, seine eigene Wertung an deren Stelle zu setzen.

Nur am Rande weist der Senat darauf hin, dass das Abgeschlossenheitserfordernis des § 3 Abs. 2 WEG einer solchen Lösung nicht entgegen steht; es betrifft nur die Abgeschlossenheit der mit dem Sondereigentum zu verbindenden Raumeinheiten, nicht aber die im Gemeinschaftseigentum befindlichen Flächen (vgl. nur MünchKommBGB/*Commichau*, § 5 WEG Rdnr. 14 f.; *Röll*, DNotZ 1986, 706, 708).

b) Im Übrigen sind die Beteiligten zu 2 – wie das LG zutreffend erkannt hat – gegebenenfalls verpflichtet, die Abgeschlossenheit des sonstigen Kellerbereichs herbeizuführen und dem Grundbuchamt durch eine entsprechende Abgeschlossenheitsbescheinigung nachzuweisen. Auch ein solcher Anspruch folgt aus dem Gemeinschaftsverhältnis i. V. m. § 242 BGB. Denn es obliegt den Beteiligten zu 2, sämtliche Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass den Beteiligten zu 1 ein Zugang zu der Heizungsanlage gewährt wird.

c) Ohne Rechtsfehler hat das LG schließlich ausgeführt, dass die Beteiligten zu 1 von den Beteiligten zu 2 die Zustimmung zur Vornahme einer baulichen Veränderung in der Weise verlangen können, dass die Kellerwand zwischen den Fluren der Sondereigentumsbereiche 1 und 2 durchbrochen und an diese Stelle eine verschließbare Stahltür gesetzt wird. Zwar erfordert eine bauliche Veränderung nach §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG die Zustimmung aller dadurch betroffenen Wohnungseigentümer; jedoch können die Beteiligten zu 1 eine solche Zustimmung von den Beteiligten zu 2 verlangen. Der Anspruch ergibt sich auch insoweit aus dem Gemeinschaftsverhältnis i. V. m. § 242 BGB. Ein Wanddurchbruch ist im Hinblick auf einen ungestörten Gebrauch des Wohnungseigentums sowie des Gemeinschaftseigentums durch die Beteiligten zu 2 erforderlich; er ermöglicht ihnen den notwendigen Zugang zu der gemeinschaftlichen Heizungsanlage. Es kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Anmerkung:

Der vorstehende Beschluss beschäftigt sich vor allem mit der Problematik, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen an einem Heizungsraum Sondereigentum begründet werden kann.

1. Heizungsraum im Sondereigentum? Meinungsstand

Diese Frage wird oft vorschnell verneint, mit der Begründung, dass sich im Heizraum die notwendig im Gemeinschaftseigentum befindliche Heizung befindet und deshalb auch der Heizungsraum und der Zugang hierzu im Gemeinschaftseigentum stehen müsse.¹ Dabei wird aber teils übersehen, dass die ganz überwiegende Rechtsprechung – und so auch der vorliegende Beschluss (mit dem zutreffenden Hinweis auf § 5 Abs. 2 WEG letzter Hs.)² – die Frage differenziert betrachtet:

„(...) Wenn der Raum, in dem sich die Heizung befindet, *nicht auch noch anderen Zwecken dient* (Hervorhebung durch den

Verfasser), steht er auch zwingend im Gemeinschaftseigentum (...).“³

Das BayObLG bezeichnet in seinem Beschluss vom 24.2.2000⁴ auch die Frage als umstritten, ob bzw. unter welchen Umständen die Heizungsanlage selbst im Sondereigentum stehen kann.

2. Voraussetzungen für die Einräumung von Sondereigentum an einem Heizungsraum

Folgt man der Rechtsprechung, kann ein Heizraum also durchaus im Sondereigentum stehen, wenn der Raum auch noch anderen Zwecken dient.⁵ Zu klären bleibt freilich, welche Anforderungen an die Voraussetzung, dass der Raum auch noch anderen Zwecken dient, zu stellen sind. Die bisherige Rechtsprechung hat hierzu wenig Klarheit geschaffen. Das BayObLG führt in seinem Beschluss vom 25.3.1992 lediglich aus:

„Eine Ausnahme – Sondereigentum an dem Raum, gemeinschaftliches Eigentum an der darin befindlichen Heizung – ist durch die Regelung des § 5 Abs. 2 WEG nicht ausgeschlossen und kann vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient, wenn er also nicht nur als Heizungsraum oder Heizungskeller benutzt wird (...). Dabei ist es aber nicht so, dass jeder denkbare Sondervorteil dieses Raums bereits die Begründung von Sondereigentum ermöglichen würde. Bei dem Raum, in dem sich die gemeinschaftliche Heizung befindet, ist nach den Eintragungunterlagen davon auszugehen, dass er nur Heizzwecken dient. In der Teilungserklärung ist er als ‚Heizungsraum‘ bezeichnet, im Aufteilungsplan ist dort ‚Heizung‘ angegeben. Nach den im Grundbucheintragungsverfahren allein verwertbaren urkundlichen Unterlagen muss dieser Raum daher gemeinschaftliches Eigentum sein. Ob der Heizungsraum überhaupt anderweitig genutzt werden dürfte (was im Wesentlichen von der Gesamtwärmeleistung der Heizungsanlage abhängt ...), kann auf sich beruhen.“

Der vorliegende Beschluss des OLG Schleswig versucht hierzu nun nähere Konkretisierungen. Das OLG Schleswig hält zunächst die Nutzungsangabe in der Teilungserklärung für entscheidend. Fehlt die Festlegung einer zusätzlichen anderweitigen Zweckbestimmung oder ist diese nicht verbindlich (siehe dazu noch unten), stellt das OLG auf die objektive Eignung zu einer anderweitigen, annähernd gleichwertigen Nutzung ab. Für nicht ausreichend hält das OLG dabei eine Mitnutzung als Abstell- oder Lagerraum; erforderlich sei die Eignung als Wohn- oder Gewerberaum, z. B. als Arbeitszimmer; eine solche Eignung wäre i. d. R. nicht gegeben, wenn die Heizung zumindest ein Viertel des Raums einnähme.

³ BayObLG, MittBayNot 2004, 192, unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1979, 2391, 2393. Ebenso bereits BayObLG, MittBayNot 1992, 331; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1998, 361. Vgl. auch *Bärmann/Pick/Merle*, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl. 2003, § 5 Rdnr. 33.

⁴ MittBayNot 2000, 558. Auch im vorliegenden Beschluss des OLG Schleswig wird die Frage als offen bezeichnet: „... so dass es auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Heizungsanlage sonder-eigentumsfähig ist ... nicht ankommt.“

⁵ Nicht recht nachvollziehbar ist deshalb der tendenzielle Schluss der DNotI-Reporte, wie in Fn. 1 zitiert, sowie des Skripts zur Fortbildung des Bayerischen Notarvereins vom 1.4.2006 „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht“, S. 109 ff., wonach der Heizraum generell nicht zu Sondereigentum erklärt werden könne.

¹ Vgl. zur Problematik DNotI-Report 1997, 17 m. w. N.; DNotI-Report 1999, 121; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A. III., Rdnr. 29 e, geht auf die Frage nicht näher ein, allerdings offensichtlich davon aus, dass Heizraum und Zugang im Gemeinschaftseigentum stehen müssen.

² Vgl. Ziff. II. 2. a) aa) des Beschlusses.

Eine nähere Begründung dafür, warum eine Mitnutzung als Abstell- oder Lagerraum nicht ausreichend sein soll, bleibt das OLG freilich schuldig; Entsprechendes gilt für die Annahme, dass ein Heizungsumfang von ein Viertel des Raums die objektive Eignung für eine andere, annähernd gleichwertige Nutzung in Frage stellen soll. Es lassen sich für diese Thesen kaum überzeugende Gründe finden und sie erscheinen übertrieben restriktiv. Zugegebenermaßen ist es allerdings auch nicht einfach, allgemeine Grundsätze aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen ein Raum, in welchem sich eine Gemeinschaftsanlage befindet, nach § 5 Abs. 2 WEG sonder-eigentumsfähig ist.⁶ Gegen ein restriktives Verständnis spricht aus meiner Sicht, dass keine schützenswerten Interessen für ein solches ersichtlich sind.

Für die Gestaltungspraxis interessant ist der Hinweis des OLG, dass primär die Nutzungsangabe in der Teilungserklärung entscheidend sein soll. Damit eine solche Nutzungsangabe verbindlich ist, verlangt das OLG allerdings zur Abgrenzung von einem bloßen Nutzungsvorschlag, dass sich die Nutzungsangabe nicht nur als Bezeichnung im Aufteilungsplan befindet, sondern ausdrücklich in der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung enthalten ist.⁷ Nimmt die Heizung daher weniger als ein Viertel des Heizungsraums ein (maßgeblich dürfte wohl das Verhältnis der Grundflächen sein), und enthält die Teilungserklärung die – nach den tatsächlichen Umständen auch plausible – Nutzungsbestimmung „Heizungs- und Büroraum“, ist die Ausweisung als Sondereigentum jedenfalls nach den Kriterien des OLG ohne weiteres zulässig. Weniger klar erscheint die Rechtslage, wenn die Heizanlage bis zur Hälfte des betreffenden Raums ausmacht und/oder als Nutzungsbestimmung „Abstell-“ bzw. „Lager-raum“ verwendet wird. Zwar sieht das OLG das Überschreiten der Einviertelgrenze und die „Nebennutzung“ als Abstell- bzw. Lagerraum primär nur dann als „sondereigentumshindernd“ an, wenn eine ausdrückliche anderweitige Nutzungsbestimmung fehlt. Aber auch wenn eine solche vorhanden ist, muss doch trotzdem eine objektive Eignung zu einer anderweitig annähernd gleichwertigen Nutzung vorhanden sein. Möglicherweise ist das OLG hier allerdings so zu verstehen, dass bei einer ausdrücklichen Zweckbestimmung die Anforderungen an die objektive Eignung im Sinne des Beschlusses des OLG geringer sind, als wenn eine entsprechende Nutzungsbestimmung fehlt. Die Grenzen zur Sondereigentumsbestimmung dürften freilich in jedem Fall erreicht bzw. überschritten sein, wenn die Heizung mehr als 50 % des Heizungsraums einnimmt oder eine anderweitige Nutzung nach den tatsächlichen Gegebenheiten aus sonstigen Gründen nicht möglich erscheint.

3. Folgen unzulässiger Sondereigentums-einräumung

Der Beschluss des OLG beschäftigt sich weiter mit den Folgen einer unzulässigen Sondereigentumsbestimmung des Heizungsraums. Das OLG geht im vorliegenden Fall zwar nicht von einer Gesamtnichtigkeit der Aufteilung aus, hält aber die gesamte Sondereigentumsbegründung der Einheit, in der sich der Heizraum befindet, für unwirksam.⁸ Weiter hält

es die Eigentümer der Eigentümergemeinschaft für verpflichtet, bauliche Änderungen und eine Anpassung der Teilungserklärung in der Weise vorzunehmen, dass mit dem hierdurch entstandenen „isolierten“ Miteigentumsanteil künftig – gemessen an der ursprünglich gewollten Aufteilung – soweit wie möglich Sondereigentum verbunden wird.⁹ Die damit verbundenen Überlegungen zeigen zugleich die Möglichkeiten auf, wie die Aufteilung in Wohnungseigentum wirksam vorgenommen werden kann, wenn der Heizraum nicht zu Sondereigentum erklärt werden kann.

4. Folgerungen für die Vertragsgestaltung

Welche weiteren praktischen Folgerungen ergeben sich nun aus der genannten Rechtsprechung? Ein Heizraum kann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Sondereigentum erklärt werden. Soweit möglich und für die konkrete Aufteilung tauglich, sollte – zur Vermeidung einer eventuellen Teilunwirksamkeit der Aufteilung – der Heizraum und die Zugangsräume im Gemeinschaftseigentum behalten und lediglich – sofern gewünscht – ein Sondernutzungsrecht für einen (oder mehrere) Sondereigentümer daran begründet werden.¹⁰ Soll eine Aufteilung zweier (oder mehrerer) selbständiger Gebäudeteile erfolgen (z. B. – wie im entschiedenen Sachverhalt – Doppelhaushälften) und erfolgt die Beheizung dieser Gebäudeteile nur über eine Heizanlage, die sich in einem Gebäudeteil befindet, ist die vorgenannte Sondernutzungsrechtslösung jedenfalls dann wenig tauglich, wenn zwar – abgesehen vom Heizungsraum – jeder Gebäudeteil in sich abgeschlossen ist, aber innerhalb des Gebäudeteils, in dem sich der Heizraum befindet, keine abgeschlossene Wohnraumsituation besteht, falls der Heizraum und der Zugang hierzu im Gemeinschaftseigentum belassen wird (z. B. bei einem „offenen“ Eingangs-, Flur- und Treppenhausbereich). Hier wäre dann eine mögliche Lösung die Begründung von Sondereigentum am Heizraum und den Zugangsräumen (verbunden mit einem Zugangsrecht der Heizanlage für den/die anderen Sondereigentümer, das in der Gemeinschaftsordnung ausdrücklich festgelegt werden kann), wenn die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, z. B. mit folgender Formulierung:

Der im Aufteilungsplan mit Büro- und Heizraum bezeichnete Raum gehört zur Sondereigentumseinheit Nr. 1. Die darin befindliche Heizungsanlage verbleibt im Gemeinschaftseigentum gemäß § 5 Abs. 2 WEG.

Der jeweilige Eigentümer der Wohnung Nr. 1 ist verpflichtet zu dulden, dass in dem vorgenannten Raum die Heizungsanlage untergebracht und dort auf Dauer betrieben wird.

Der jeweilige Eigentümer der Sondereigentumseinheit Nr. 2 hat ein uneingeschränktes Zugangsrecht zur Heizungsanlage, soweit dies im Zusammenhang mit der Nutzung der Heizungsanlage für das Sondereigentum Nr. 2 erforderlich ist.

Unbeschadet vorstehender Regelungen ist der jeweilige Eigentümer der Sondereigentumseinheit Nr. 1 jedoch berechtigt, den betreffenden Raum – soweit baubehördlich zulässig – als Büroraum, Arbeitszimmer oder zu Wohnzwecken für sich allein zu nutzen, soweit dies nicht die berechtigten Belange des jeweiligen Eigentümers der Sondereigentumseinheit Nr. 2 im Hinblick auf die Heizungsanlage beeinträchtigt.

⁶ Vgl. hierzu auch *Röll*, DNotZ 1986, 706; *ders.*, Rpfleger 1992, 94.

⁷ Vgl. den entsprechenden Hinweis im OLG-Beschluss auf OLG Schleswig, ZMR 2004, 68.

⁸ Vgl. Ziff. II. 2. a) cc) des Beschlusses. Soweit die Wohnräume im Erdgeschoss/Obergeschoss gegenüber den Zugangsräumen zum Heizraum abgeschlossen wären, dürfte allerdings an diesen Wohnräumen wirksam Sondereigentum entstanden sein. Zur Thematik siehe auch *Dreyer*, DNotZ 2007, 594, 604 f.

⁹ Vgl. Ziff. II. 2. a) dd), b) und c) des Beschlusses.

¹⁰ So auch der „Vorschlag“ des BayObLG, MittBayNot 2004, 192.

Sind die Voraussetzungen für die Begründung von Sondereigentum am Heizraum nicht erfüllt (fehlt insbesondere die objektive Eignung für eine anderweitige annähernd gleichwertige Nutzung), muss der Heizraum im Gemeinschaftseigentum verbleiben. Um den betreffenden Gebäudeteil (z. B. die Doppelhaushälfte) in möglichst weitem Umfang sonder-eigentumsfähig zu machen, muss dann – soweit den baulichen Umständen nach realisierbar – ein möglichst direkter Zugang vom anderen Sondereigentum zu dem Heizraum geschaffen werden, z. B. durch einen Wanddurchbruch von dem anderen Gebäudeteil in den Heizraum, versehen mit einer verschließbaren Tür, bzw. einer zusätzlichen Kelleraußentreppe.¹¹ Letzteres hätte natürlich auch für die tatsächliche Nutzung den Vorteil, dass dem benachbarten Sondereigentümer nicht der andauernde Zugang zum Heizraum durch das Sondereigentum des Gebäudeteils, in dem der Heizraum liegt, ermöglicht werden muss, und ist deshalb – abgesehen vom Einbau einer zusätzlichen eigenen Heizung im bislang heizungslosen Gebäudeteil – vorzugswürdig, wenn der bauliche Aufwand und die damit verbundenen Kosten überschaubar bleiben.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

¹¹ Vgl. Ziff. II. 2. a) dd), b) und c) des Beschlusses.

4. BGB § 883 (Vormerkbarkeit des Rückforderungsanspruchs wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse)

Ein Rückforderungsrecht des Schenkers, das nach den schuldrechtlichen Vereinbarungen des Vertrages bei einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beschenkten entstehen soll, kann durch eine Vormerkung gesichert werden.

OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 058/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München und eingesandt von Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Die Beteiligten zu 1 überließ an die Beteiligten zu 2 bis 4 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz zu je einem Drittel. In Abschnitt IV der notariellen Urkunde behielt sich die Beteiligte zu 1 einen Nießbrauch an dem Vertragsgegenstand vor. In Abschnitt VI vereinbarten die Parteien Folgendes:

- 1) Der Übergeber ist berechtigt, von dem schuldrechtlichen Teil des Vertrages zurückzutreten und die Rückauflassung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn
 - a) der Erwerber den Vertragsgegenstand ohne schriftliche Zustimmung des Übergebers veräußert oder belastet,
 - b) der Erwerber vor dem Übergeber verstirbt,
 - c) eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Erwerbers eintritt oder die Zwangsvollstreckung in den Vermögensgegenstand betrieben wird, ohne dass der Erwerber diese Maßnahme innerhalb von drei Monaten abwendet, oder
 - d) der Erwerber oder dessen Ehegatte Scheidungsantrag stellt und der Ehegatte zu Lasten des Vertragsgegenstandes Ansprüche aus Zugewinnngemeinschaft geltend macht.
 (...)
- 4) Zur Sicherung des aufschiebend bedingten Rükckerwerbsanspruchs bestellen die Erwerber zu Gunsten der Übergeberin und aufschiebend bedingt auf deren Vorableben zu Gunsten von ... (im Rang danach) eine Rückauflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB an dem Vertragsgegenstand und bewilligen und beantragen die Eintragung im Grundbuch.

Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars erließ das AG – Grundbuchamt – eine Zwischenverfügung. Dieser zufolge sollte der vereinbarte Inhalt der Rückauflassungsvormerkung teilweise nicht dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Der Passus, dass dann, wenn zu Lebzeiten der Veräußererin eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Erwerber eintrete, diese verpflichtet seien, den erworbenen Grundbesitz auf die Veräußerin zurück zu übertragen, entspreche nicht dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die Beschwerde der Beteiligten gegen diesen Beschluss wies das LG als unbegründet zurück. Mit der weiteren Beschwerde verfolgten die Beteiligten das Ziel der Eintragung der Rückauflassungsvormerkung weiter.

Die weitere Beschwerde war gemäß § 78 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie hatte in der Sache Erfolg:

Aus den Gründen:

1. Das LG hat ausgeführt:

a) Die beantragte Eintragung verstößt insoweit gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, als mit einer Vormerkung nach § 883 BGB ein bedingter Rücküberweisungsanspruch des Berechtigten für den Fall gesichert werden soll, dass zu Lebzeiten des Berechtigten eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Erwerbers eintritt. Dieser Grundsatz erfordere, dass der zu sichernde Anspruch nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist. Es sei zwar ausreichend, dass das Ereignis, mit dessen Ende der bedingte Rücküberweisungsanspruch wirksam werden soll, aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist. Diese könnten auch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in den Eintragungsbewilligungen angedeutet seien. Die Bestimmbarkeit werde nicht bereits dadurch in Frage gestellt, dass der Eintritt der Bedingung möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann.

b) Der Begriff der „wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Erwerbers“ habe jedoch keinen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt. Er kennzeichne nur eine Veränderung des Vermögensumfangs. Zweifelhaft sei aber, ob jede nicht nur unwesentliche Verschlechterung des Vermögens unabhängig vom Vermögensumfang nach der Verschlechterung zum Bedingungseintritt führen soll. Es bleibe auch offen, ob und inwieweit die Einkommensverhältnisse hierbei zu berücksichtigen seien. Schließlich sei der Fall der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse auch nicht wegen Vorliegens einer gesicherten Rechtsprechung bestimmbar.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Die Eintragungsbewilligung kann der Senat selbst ohne Bindung an die Auslegung durch das LG auslegen (Bay-ObLGZ 1984, 158). Es ergibt sich schon aus dem Begriff der „wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“, dass die Veränderung in Richtung einer Verminderung des Vermögens in Relation zum Gesamtvermögen stehen und insofern eine erkennbare Bedeutung haben muss. Eine wesentliche Verschlechterung liegt daher nur dann vor, wenn die Größenordnung des Vermögens sich sichtbar ändert. Dabei spielt es keine Rolle, ob nach der Veränderung noch ein ansehnliches Vermögen vorhanden ist oder nicht. Die Parteien des Vertrages wollten auf eine Veränderung in der Vermögenssituation abstellen und nicht auf die Fähigkeit, das Vermögen zur Deckung von Verbindlichkeiten oder Ähnlichem heranzuziehen.

b) Die Einkommensverhältnisse des Erwerbers sind schon dem Wortlaut der Erklärung nach nicht zu berücksichtigen.

Hat beim Erwerber eine erhebliche Verschiebung der Vermögensverhältnisse stattgefunden, die zu einer drastischen Minderung derselben führte, so soll nach dem Parteiwillen der Bedingungseintritt erfolgen, unabhängig davon, ob die Einkommensverhältnisse die Hoffnung tragen, dass sich der Vermögenszustand kurzfristig wieder bessert.

c) Zwar genießen bedingte und künftige Ansprüche nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloße mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage vorhanden ist (BGH, NJW 2002, 2461, 2462 m. w. N. = DNotI-Report 2002, 117). Ansonsten würde das Grundbuch mit einer unübersehbaren Zahl gesicherter Ansprüche überlastet, die möglicherweise nie zur Entstehung gelangten. Dies hätte eine faktische Sperre des Grundbuchs auf ungewisse Zeit zur Folge und beeinträchtigte zudem die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks. Die aufgezeigten Eintragungsvoraussetzungen werden von bedingten Ansprüchen jedoch regelmäßig erfüllt. Im Gegensatz zu künftigen Rechten entstehen bedingte Ansprüche nämlich bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung und nicht erst mit dem Eintritt der vorgesehenen Bedingung (BGH, NJW 2002, 2461, 2462).

d) Beim gesetzlichen Rückforderungsrecht des groben Undanks in § 530 BGB ist die Rechtsprechung mittlerweile der Ansicht des BayObLG (DNotZ 2001, 803, bestätigt durch BGHZ 151, 116 = NJW 2002, 2461, gegen OLG Hamm, Rpfleger 2000, 449 = MittRhNotK 2000, 336) gefolgt, dass dieses Recht vormerkbar ist. Das OLG Düsseldorf (FGPrax 2002, 203 = DNotI-Report 2002, 133) erstreckte diese Ansicht auf die Verarmung des Schenkers.

e) Der Senat ist weiter der Auffassung, dass der Begriff der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse in der Rechtsprechung zu den Vorschriften der §§ 321 (vgl. *Palandt/Grüneberg*, BGB, 66. Aufl., § 321 Rdnr. 5), 490, 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB – wenn auch nicht in gleichem Umfang wie der des groben Undanks in § 530 BGB – geklärt ist (vgl. *MünchKommBGB/Berger*, 4. Aufl., § 490 Rdnr. 4). Dass § 490 BGB als Auslöser für das Recht des Darlehensgebers, die Auszahlung des Darlehens zu verweigern, neben der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse noch eine weitere Voraussetzung hat, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. In Rechtsprechung und Literatur ist nämlich jedenfalls unumstritten, was unter einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse i. S. d. § 490 BGB zu verstehen ist. Es besteht daher keine Veranlassung, die hier vereinbarte Voraussetzung eines Rückübertragungsanspruches anders zu behandeln als die des „groben Undanks“. In beiden Fällen wird in der Regel davon auszugehen sein, dass nicht ohne weiteres nach außen hin erkennbar ist, ob die vertraglich festgelegte Voraussetzung vorliegt. Sofern Streit darüber besteht, wird sich auch eine gerichtliche Auseinandersetzung wohl nicht ohne weiteres vermeiden lassen. Darauf kommt es jedoch in diesem Zusammenhang nicht an. Der Sinn einer Rückübertragung sichernden Auflassungsvormerkung besteht nur darin, dem Berechtigten die grundbuchrechtliche Position zu verschaffen, ohne die sein Rückübertragungsanspruch wirtschaftlich sinnlos wäre. Auf die Vermeidung künftiger Rechtsstreitigkeiten soll die Vormerkung nicht zwingend hinwirken.

f) Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Begriff der „Vermögensverschlechterung“ eigentlich der Auslegung deswegen nicht bedarf, weil er jede Minderung der Aktiva und jede Mehrung der Passiva erfasst. Der Begriff

„wesentlich“ hingegen wird im BGB und zahlreichen anderen Gesetzen vielfach gebraucht und erfuhre ausreichend Klärung durch die Rechtsprechung.

g) Es ist schließlich auch nicht zu besorgen, dass durch die Gestattung derartiger Vormerkungen die Gefahr einer faktischen Grundbuchsperre geschaffen wird. Die Alternative zur Eintragung einer derartigen Vormerkung ist erfahrungsgemäß lediglich das Verbleiben des Grundvermögens in der Hand des Übergebers bis zum Eintritt des Erbfalles. Eine längerfristige Bindung wird durch die Vormerkung auch nicht geschaffen.

h) Es kann auch nicht übersehen werden, dass die gewählte Formulierung durchaus praxisüblich ist (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 917, Muster § 3 c).

Anmerkung:

Das OLG München hat im vorstehenden Beschluss die Vormerkungsfähigkeit eines Rückforderungsanspruches bejaht, dessen Ausübung u. a. eine „wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Eigentümers“ voraussetzen sollte. Die Entscheidung ergänzt die Kasuistik zum Thema „grundbuchrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz bei der Vormerkung bedingter Ansprüche“ im Gefolge der BGH-Entscheidung vom 13.6.2002.¹ Dabei verfolgt das OLG München – erfreulich für den Kautelarjuristen – die Linie des BayObLG weiter und trägt dazu bei, die sachenrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen auf ihre eigentliche Funktion zurückzuführen.

I. Der wirtschaftliche Hintergrund

Die Vormerkung nach § 883 BGB dient der Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche, die auf eine dingliche Rechtsänderung gerichtet sind. Weitergehend wird der Anwendungsbereich der Vormerkung im Gesetz nicht eingeschränkt. Insbesondere hat der Gesetzgeber auf die in einigen ausländischen Rechtsordnungen vorgesehene Befristung der Vormerkungswirkungen verzichtet. Damit hilft die Vormerkung nicht nur interimweise etwa bei der sicheren Abwicklung von Kaufverträgen, sie kann auch langfristige Ansprüche sichern und so die Verwertungsrechte des Eigentümers auf lange Sicht einschränken. Der Gesetzgeber hat hier eine klare Entscheidung zugunsten des Gläubigers und zu Lasten des Eigentümers getroffen. Ganz in diesem Sinne hat das OLG München zutreffend festgestellt:² Wenn eine langfristige Grundbuchsicherung der Rechte des Übergebers nicht möglich wäre, würde er sein Grundstück womöglich ganz behalten, womit auch dem Übernehmer nicht gedient wäre. Die Vormerkung schadet also dem Grundstücksverkehr nicht, sie dient ihm.

II. Zur Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche

Weiterhin musste der Gesetzgeber die Frage beantworten, ob die Interessen des Eigentümers an der ungehinderten Verfügung über sein Grundstück auch dann hinter den Sicherungsinteressen des Gläubigers zurückstehen sollen, wenn die Rechte des Gläubigers noch nicht bestehen (künftiger Anspruch) oder nur unter noch ungewissen Voraussetzungen

¹ DNotZ 2002, 775; auf Vorlage des BayObLG, DNotZ 2001, 803, gegen die vorherige Entscheidung des OLG Hamm, MittBayNot 2000, 429.

² Unter II. 2. g) der Entscheidungsgründe.

zum Tragen kommen (bedingter Anspruch). Der Gesetzgeber hat auch dies in § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB bejaht. Hierin sieht die Rechtsprechung eine gewisse Gefahr der Ausuferung, was in der Folge Anlass zu Korrekturen gegeben hat. Danach wird die Eintragungsfähigkeit ergänzend an die Voraussetzung geknüpft, für den Anspruch müsse bereits „der Rechtsboden bereitet“ sein.³ Geklärt ist insoweit, dass Ansprüche dann nicht vorgemerkt werden können, wenn ihre Entstehung quasi im Belieben des Eigentümers (Schuldners) steht.⁴ Andererseits steht der Vormerkungsfähigkeit nicht entgegen, dass der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung durch das Verhalten des Eigentümers zumindest beeinflusst werden kann.⁵

III. Der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz

Über diese materiellen Kriterien hinaus wendet die Rechtsprechung jedoch auch ein formales Kriterium an, das allgemein als „grundbuchrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz“ bezeichnet wird. Dieser verlangt, dass Gegenstand, Inhalt, Umfang, Berechtigter sowie auch Bedingungen für das Entstehen oder Erlöschen eines einzutragenden Rechtes aus der Eintragung bzw. der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersichtlich sein müssen.⁶ In seiner Entscheidung vom 13.6.2002 hat der BGH diesen Bestimmtheitsgrundsatz auch als Prüfungsmaßstab für einen durch Vormerkung zu sichernden schuldrechtlichen Anspruch herangezogen. Dies ist unbedenklich, soweit das Bestimmtheitserfordernis auf den Inhalt und den Gegenstand des Anspruches beschränkt wird. Eine klare Angabe der gesicherten Rechtsänderung (z. B. Eigentumsübertragung an eine bestimmte Person) und des gegenständlichen Grundstücks muss selbstverständlich verlangt werden.

Der BGH geht jedoch darüber hinaus und bezieht das Bestimmtheitserfordernis auch auf die Modalitäten des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs, insbesondere auf die Formulierung der Bedingungen. Unter Bestimmtheit versteht der BGH dabei die Möglichkeit, zu einem Tag X in der Zukunft – Kenntnis aller relevanten Tatsachen vorausgesetzt – eine Aussage darüber treffen zu können, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Eine „Berechenbarkeit“, ob und wann die Bedingung eintreten könnte, ist damit nicht gemeint; daher ist auch ein im Belieben des Übergebers stehendes Rückforderungsrecht ohne weiteres vormerkbar. Aus rechtsdogmatischer Sicht muss sich diese Rechtsprechung den Vorwurf einer mangelnden Differenzierung zwischen der Vormerkung und dem gesicherten Anspruch gefallen lassen.⁷

Jedenfalls führt der Ansatz des BGH zu vermeidbaren Anwendungsschwierigkeiten, ohne dem Rechtsverkehr tatsächlich weiterzuhelfen. Das Grundbuchamt muss schließlich zu keiner Zeit prüfen, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch fällig ist oder nicht. Ebenso wenig berührt diese Frage den materiellen Grundstücksverkehr und damit etwaige künftige Interessenten am Grundstück: Wenn eine Vormerkung für ein bedingtes Recht eingetragen ist, dann nützt dem

etwaigen Kaufanwärter oder dem potentiellen Grundpfandrechtsgläubiger die Information wenig, dass die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Ihm würde einzig die Information nützen, ob die Bedingung in Zukunft noch eintreten kann. Eine solche Information vermittelt allerdings auch eine im Sinne des BGH „objektiv“ formulierte Bedingung nicht. Dennoch soll laut BGH das Grundbuchamt die schuldrechtlichen Vereinbarungen daraufhin prüfen,⁸ ob der Bedingungseintritt „anhand objektiver Umstände bestimmbar“ ist, die „nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet“ sind.⁹

IV. Bestimmbarkeit und unbestimmter Rechtsbegriff

Wie schon von *Schippers* befürchtet,¹⁰ wurden diese Ausführungen des BGH in der Folge dahingehend (miss)verstanden, dass unbestimmte Rechtsbegriffe bei der Formulierung der Rücktrittsbedingungen künftig keinen Platz mehr hätten. Zwar hatte der BGH klargestellt, dass auch ein möglicherweise erst durch richterliche Entscheidung festzustellender Bedingungseintritt hinreichend bestimmt sein kann. Er hat dies jedoch durch weitere Ausführungen zum Sonderfall „grober Undank“ wieder relativiert. Hier schafft das OLG München mit einem kurzen Satz Klarheit: „Auf die Vermeidung künftiger Rechtsstreitigkeiten soll die Vormerkung nicht zwingend hinwirken.“

Die auslegungsfeste vertragliche Regelung sämtlicher Details bietet zwar den Vorteil, dass es die Beteiligten selbst sind, die die Entscheidungen treffen, allerdings um den Preis, dass die vertragliche Lösung möglicherweise nicht interessengerecht ist, weil die künftige Entwicklung der Verhältnisse nicht absehbar ist. Alternativ bietet sich die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an, die später unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Ereignisse auch durch eine richterliche Entscheidung konkretisiert werden können. Soll man auf die eigene prophetische Gabe vertrauen oder besser auf die Weisheit des Gerichts? Das OLG München überlässt die Entscheidung dieser schwierigen Frage zu Recht den Beteiligten.

V. Anforderungen an die Eintragungsbewilligung

An den BGH-Kriterien der Bestimmbarkeit anhand objektiver Umstände sowie der Nachprüfbarkeit dürfte danach kaum je ein Vertragswerk scheitern. Fraglich ist lediglich, wie detailliert die Vorstellungen der Beteiligten in der Eintragungsbewilligung wiedergegeben werden müssen. Ein Blick auf die zwischenzeitliche Rechtsprechung der Instanzgerichte führt hier nur punktuell zu einer Klärung:

Das BayObLG¹¹ hat in dem seinerzeit vorgelegten Verfahren noch entschieden, dass auch eine Rückforderungsklausel für den Fall der Eheschließung ohne Vereinbarung eines dem wirtschaftlichen Ziel nach beschriebenen Ehevertrages hinreichend bestimmt ist. Das Pfälzische OLG Zweibrücken¹² hat die Eintragungsfähigkeit einer Rückauffassungsvormer-

³ MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl., § 883 Rdnr. 24 ff.

⁴ Vgl. hierzu *Amann*, MittBayNot 2007, 13.

⁵ Insbesondere sog. Potestativbedingungen, vgl. MünchKommBGB/Wacke, § 883 Rdnr. 22.

⁶ *Palandt/Bassenge*, BGB, 66. Aufl., Überbl. vor § 873 Rdnr. 14.

⁷ Kritisch dazu bereits die Anmerkung von *Schippers*, DNotZ 2002, 779, 782 sowie *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 48, 163, 180.

⁸ Zum beschränkten Prüfungsumfang im Grundbuchverfahren bzgl. des gesicherten Anspruchs vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1514 f.

⁹ DNotZ 2002, 775, 778.

¹⁰ DNotZ 2002, 783.

¹¹ DNotZ 2002, 784.

¹² MittBayNot 2005, 146.

kung bejaht für ein Rückforderungsrecht wegen Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflicht, hingegen verneint für den Fall des Verstoßes gegen die Verpflichtung, ein Grundstück in „ordnungsgemäßem Zustand“ zu erhalten. Das OLG Düsseldorf¹³ hat, anknüpfend an die BGH-Entscheidung, auch den Begriff der „Verarmung des Schenkers“ i. S. v. § 528 BGB für hinreichend bestimmt erklärt. Das LG Düsseldorf¹⁴ wiederum hat den Begriff „Sympathisant“ (einer unter Beobachtung des Verfassungsschutzes stehenden Vereinigung oder einer im Sektenbericht aufgeführten Sekte) für zu unbestimmt erachtet.

Der unbestimmte Rechtsbegriff, an dem die Vorinstanz Anstoß genommen hatte, war die Rücktrittsvoraussetzung einer „wesentlichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen“ des Übernehmers.¹⁵ Die Formel wird zwar im Gesetz verschiedentlich verwendet (insbesondere §§ 490, 321, 648 a BGB). Die Vorinstanz ging jedoch davon aus, dass ein unbestimmter Begriff einen Klärungsgrad zumindest vergleichbar den Begriffen in den §§ 528, 530 BGB erfahren haben muss, um das Prädikat „grundbuchtauglich“ zu erhalten. Das OLG München stellt nunmehr fest, dass der Begriff „Vermögensverschlechterung“ ohnehin eindeutig bestimmt ist, während der Begriff „wesentlich“ im Gesetz so häufig verwendet wird, dass sein Inhalt von dem künftig befassen Gericht ohne weiteres bestimmt werden könnte.

VI. Ausblick

Das OLG München bewegt sich zwar weiterhin im Rahmen der Rechtsprechung des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz, erweitert jedoch den Spielraum in mehrerlei Hinsicht:

Maßgeblich bei der Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffes sind die aus dem Vertragswerk erkennbaren Interessen der Beteiligten. Dass der Begriff – wie von der Vorinstanz festgestellt – auch anders ausgelegt werden könnte, spielt keine Rolle.

In Rechtsprechung und Literatur abgeklärte unbestimmte Rechtsbegriffe können ohne weiteres verwendet werden, auch wenn sie im Gesetz in anderem Zusammenhang auftauchen. Zur Auslegung solcher Rechtsbegriffe brauchen die Beteiligten dann keine Angaben zu machen; es genügt der Rückgriff auf die bestehende Auffassung.

Dass über die Anspruchsvoraussetzungen künftig Streit entstehen könnte, ist kein Grund, die Eintragung einer Vormerkung zu verweigern.

Nach diesen Grundsätzen hätte der Begriff „Sympathisant“ ohne nähere Angabe wohl auch vor dem OLG München keine Chance gehabt, denn dieser ist rechtlich nirgends definiert und taucht auch in den einschlägigen Gesetzen nicht auf.¹⁶

Es bleibt also bei dem unbefriedigenden Zustand, dass schuldrechtlich bedingte Ansprüche wirksam vereinbart werden können, denen die Rechtsprechung den Vormerkungsschutz versagt. Der gestaltende Berater bleibt daher gefordert, die

Beteiligten auch in deren eigenem Interesse anzuhalten, ihre Ziele möglichst klar zu fassen und zu formulieren (vgl. § 17 BeurkG), auch über das Mindestmaß der schuldrechtlichen Anforderungen hinaus.

Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

5. GBO §§ 29 Abs. 1, 20 (Nachweis Bedingungseintritt im Grundbuchverfahren)

Eine für den Fall erteilte Vollmacht, dass der Vollmachtgeber durch eine körperliche und/oder geistige Erkrankung in seiner Entscheidungsfähigkeit zeitweise oder dauernd eingeschränkt ist, ist als aufschiebend bedingt erteilte Vollmacht auszulegen. Wird die Auflassung durch einen Vertreter des Vollmachtgebers erklärt, so ist der Eintritt der Bedingung zur Grundbuchänderung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Eine hausärztliche Bescheinigung der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers reicht hierfür nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 10. 4.2007, 2 Wx 20/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NotBZ 2007, 333.

Anmerkung:

Nicht selten frage ich mich nach dem Lesen von notarrelevanten Gerichtsentscheidungen: Hätte ich das Problem erkannt? Hätte ich den Fehler vielleicht auch gemacht? Der Beschluss des OLG Köln ist dagegen eine angenehme Lektüre. Die meisten Notare werden aufatmen und sich sagen: Alles richtig gemacht! Anders formuliert: Das Urteil bestätigt eine Beratungspraxis, die sich bei den Notaren in den letzten Jahren durchgesetzt hat und die nur noch vereinzelt in Frage gestellt wird.

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Das Geschehen, das der Entscheidung zugrunde liegt, könnte einem Lehrbuch entnommen sein. Ein Notar beglaubigte im Jahr 2002 eine Vorsorgevollmacht. Der Vollmachtgeber erteilte die Vollmacht ausdrücklich nur „für den Fall, dass ich infolge einer körperlichen und/oder geistigen Erkrankung in meiner Entscheidungsfähigkeit zeitweise oder dauernd eingeschränkt bin“. Im Jahre 2006 wurde aufgrund der Vollmacht ein Übertragungsvertrag beurkundet. Die Rechtspflegerin lehnte den Grundbuchvollzug ab. Die vorgelegte Vollmacht enthalte eine Bedingung (= fehlende Geschäftsfähigkeit); der Eintritt der Bedingung sei dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Der mit dem Vollzug beauftragte Notar legte daraufhin ein privatschriftliches Attest eines Allgemeinmediziners vor. Darin wurde die fehlende Geschäftsfähigkeit der Vollmachtgeberin bestätigt. Die Rechtspflegerin lehnte den Vollzug weiter ab. Dagegen legte der Notar ohne Erfolg Beschwerde beim LG ein. Aufgrund einer weiteren Beschwerde wurde das OLG Köln mit der Angelegenheit befasst. Es bestätigte die Auffassungen der Vorinstanzen: Der Bedingungseintritt sei nicht in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen.

¹³ Rpfleger 2002, 563 = DNotI-Report 2002, 133.

¹⁴ Rpfleger 2006, 648.

¹⁵ Wirtschaftlich dient diese Klausel einer Verlagerung des Rücktrittsrechtes in das Vorfeld einer etwaigen Insolvenz; zur Gebotenheit einer solchen Vorverlagerung vgl. *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1, 7; sowie jüngst *Reul*, DNotZ 2007, 649.

¹⁶ Lediglich die Verfassungsschutzberichte nennen gelegentlich zahlenmäßige Schätzungen über die Größe einer nicht näher bezeichneten Sympathisantszene.

2. Die wichtigsten Aspekte des OLG-Beschlusses

Aus notarieller Sicht liegt die Untauglichkeit einer derart bedingten Vollmacht für Grundbuchzwecke auf der Hand. Mit welchen Einwänden hatte sich der Notar überhaupt gegen die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin gewehrt?

a) Geschäftsunfähigkeit und ärztliches Gutachten

Außer Frage steht zunächst: Die Bescheinigung eines Arztes erfüllt die Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht. Der Senat hält es auch für unzulässig, die ausdrückliche Bedingung „Geschäftsunfähigkeit“ in eine nur schuldrechtliche „Gebrauchsanweisung“ für die Vollmacht umzudeuten. Es handele sich um eine echte Bedingung.

Für die Entscheidung im konkreten Fall bedeutungslos, für die notarielle Praxis jedoch von Interesse ist eine weitere Feststellung des Senats: Ein Arzt für Allgemeinmedizin kann die Geschäftsunfähigkeit nicht feststellen; dazu muss ein neurologisches oder psychiatrisches Sachverständigengutachten eingeholt werden. Für Notare bedeutet dies: Wo die Geschäftsfähigkeit zweifelhaft ist (z. B. immer wieder bei Testamentserrichtungen und Vorsorgevollmachten) und der Notar die Einholung eines Gutachten empfiehlt, sollte er immer das Gutachten eines Neurologen oder Psychiaters anraten.

b) Keine Ausnahme vom Erfordernis der öffentlichen Urkunde

Viel Raum wird der Frage gewidmet, ob es hier ausnahmsweise unzumutbar bzw. unmöglich war, die Geschäftsunfähigkeit in der gebotenen Form zu beweisen. Das hatte der beschwerdeführende Notar geltend gemacht. In der Tat werden Ausnahmen vom Formerfordernis der öffentlichen Urkunde zugelassen. In wenigen Fällen können nicht urkundlich belegte Tatsachen auch im Grundbuchverfahren frei gewürdigt werden. Die Rechtsprechung gestattet dies ausnahmsweise und unter Einbeziehung allgemeiner Erfahrungstatsachen, wenn die Beibringung entsprechender Urkunden unmöglich ist und sich der Antragsteller in Beweisnot befindet. Regelmäßig geht es dabei um negative Hilfstatsachen. So muss der befreite Vorerbe gegenüber dem Grundbuchamt nicht in öffentlicher Urkunde nachweisen, dass seine Verfügung entgeltlich ist. Das OLG wendet sich jedoch gegen diese Parallele: Nicht „objektive“ Gründe haben im konkreten Fall die Beweisnot verursacht, sondern die Gestaltung der Vollmacht. Der Vollmachtgeber hat die Bedingung „willkürlich gesetzt“. Er ist selbst dafür verantwortlich, dass die Vollmacht nicht grundbuchtauglich ist. Ein Fall der „Beweisnot“ liege daher nicht vor.

c) Auseinanderfallen von materieller Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts und Grundbuchvollzug

Der beschwerdeführende Notar hatte geltend gemacht, dass es „nicht sein dürfe“, dass ein materiellrechtlich wirksames Geschäft wegen einer Ordnungsvorschrift nicht vollzogen werden könne. Das OLG meint, diese Argumentation gehe schon im Ansatz fehl: Das Grundbuchverfahren stellt nun einmal strengere und andere Anforderungen als das materielle Recht. Das ist hinzunehmen und systemimmanent.

d) Ein ärztliches Attest kann Zweifel an der Geschäftsfähigkeit ausräumen – Ist ein Umkehrschluss bei Bedingungen zulässig?

Der beschwerdeführende Notar glaubte noch einen anderen Widerspruch zu erkennen: Hat das Grundbuchamt begründete Zweifel an der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten, kann es dem Beteiligten aufgeben, die Zweifel auszuräumen. Das

kann durch Vorlage eines ärztlichen Gutachtens geschehen. Dieser Fall und derjenige der „bedingten“ Vollmacht dürften nicht unterschiedlich behandelt werden.

Der Senat sieht das anders: Von der Geschäftsfähigkeit darf regelmäßig ausgegangen werden; sie bedarf keines besonderen Nachweises. Wenn ausnahmsweise Zweifel bestehen, darf das Grundbuchamt nicht „sehendes Auge“ eine unrichtige Eintragung herbeiführen. Durch ein ärztliches Gutachten kann der Zweifel sodann ausgeräumt werden – damit wird die Ausgangslage wiederhergestellt: Von der Geschäftsfähigkeit ist auszugehen. Bei der bedingten Vollmacht ist die Ausgangssituation völlig unterschiedlich: Die Geschäftsunfähigkeit wird hier unmittelbar zur Bedingung erhoben; dann handelt es sich um eine Eintragungsvoraussetzung, die des Nachweises des § 29 GBO bedarf.

3. Die „bedingte“ Vollmacht – „Auslaufmodell“ in der notariellen Praxis

Das Urteil des OLG Köln bestätigt in erfreulicher Weise, was seit Jahren üblicher notarieller Beratungspraxis entspricht. Bedingte Vorsorgevollmachten bezeichnet das OLG Köln zu Recht als „für den Grundstücksverkehr ungeeignet“ und „den allgemeinen Rechtsverkehr unzweckmäßig“. Es führt aus: „Das gilt umso mehr, als es andere Möglichkeiten zur Erteilung einer Altersvorsorgevollmacht gibt, welche den Interessen des Rechtsverkehrs und insbesondere des Grundstücksverkehrs Rechnung tragen.“ Das Gericht verweist ausdrücklich auf die Möglichkeit, die Vollmacht im Außenverhältnis unbedingt zu erteilen und den Bevollmächtigten lediglich im Innenverhältnis zum Vollmachtgeber schuldrechtlich zu verpflichten, von der Vollmacht nur unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch zu machen. Dadurch könne den Interessen des Vollmachtgebers und des Rechtsverkehrs „unschwer“ Rechnung getragen werden.

4. Vereinzelter „Widerstand“ gegen im Außenverhältnis unbedingte Vollmachten in der notariellen Fachliteratur

Dass in der nicht-notariellen, insbesondere der populärwissenschaftlichen Literatur immer wieder bedingte Vollmachten vorgeschlagen werden, verwundert nicht. Im notariellen Bereich ist die bedingte Vollmacht dagegen ein „Auslaufmodell“. In Beratungen gilt: Nur wirklichen Vertrauenspersonen sollte man eine Vollmacht erteilen (Auswahlebene); Beschränkungen auf der Ausübungsebene sind dagegen oft problematisch.

Umso überraschender sind allerdings die vor kurzem erschienenen recht undifferenzierten Ausführungen von *Bücker/Viefhues* (ZNotP 2007, 126). Beide Autoren sind langjährige Notarprüfer. In dem Aufsatz beschäftigen sie sich mit Fehlern bei der notariellen Amtsführung und wenden sich dabei unter anderem gegen im Außenverhältnis sofort wirksame Vorsorgevollmachten. Als „Sicherheitsalternative“ schlagen die Autoren tatsächlich vor, die Wirksamkeit der Vollmacht von der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über den Nachweis fehlender Geschäftsfähigkeit abhängig zu machen. Ärgerlich ist, dass sich die beiden Autoren mit den Problemen bedingter Vollmachten überhaupt nicht auseinandersetzen. Handelt es sich um ein Verschweigen oder nur ein Nichterkennen? Wichtig ist: Einem Notarprüfer, der sich auf *Bücker/Viefhues* beruft, kann jeder Notar nunmehr auch unter Verweis auf das OLG Köln offensiv entgegenreten.

Notar Dr. Thomas Renner, Erfurt

6. ErbbauVO §§ 5 Abs. 2, 9 (*Eigentümergebilligung zur Eintragung einer erweiterten Erbbauzinsreallast*)

Ist in einem Erbbauvertragsvertrag ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauVO enthalten, so ist eine gesonderte Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Eintragung einer weiteren Erbbauzinsreallast jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn nach dem Erbbauvertragsvertrag im Falle einer Änderung des Erbbauzinses die Verpflichtung zur Bestellung einer weiteren Erbbauzinsreallast besteht. (Leitsatz des Einsenders)

LG Regensburg, Beschluss vom 18.4.2007, 5 T 61/07; eingesandt von Notar Dr. Roman Merznicht, Regensburg

In einem Erbbauvertragsvertrag ist vereinbart:

„Der Erbbauberechtigte bedarf zur Belastung des Erbbauvertrags mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers. Es kann auch eine Änderung des Inhalts einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, oder einer Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbauvertrags enthält, nicht ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.“

Ferner wurde eine Wertsicherungsklausel für den Erbbauzins vereinbart und im Folgenden festgehalten:

„Für den Fall der Erhöhung des Erbbauzinses durch eine Neu- oder Aufhebung in vorbezeichneter Weise verpflichtet sich der Erbbauberechtigte, für den jeweiligen Grundstückseigentümer eine Reallast in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem in dieser Urkunde fest vereinbarten und dem neu festgesetzten Erbbauzins am Erbbauvertragsvertrag zu bestellen. Zur Sicherung des Anspruchs des jeweiligen Grundstückseigentümers auf Eintragung der Reallast für ihn wird heute schon eine Vormerkung am Erbbauvertragsrecht im Gleichrang mit dem Erbbauzins bestellt.“

Aufgrund einer Erhöhung des für die Bemessung des Erbbauzinses maßgeblichen Preisindex erhöhte sich der Erbbauzins; für den Erhöhungsbetrag sollte entsprechend den Bestimmungen des Erbbauvertrags unter Ausnutzung der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung eine weitere Erbbauzinsreallast eingetragen werden.

Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt zusätzlich zu der vorgelegten Eintragungsbewilligung des Erbbauberechtigten die Zustimmung des Grundstückseigentümers, da der Erbbauvertragsvertrag einen Zustimmungsvorbehalt nach § 5 Abs. 2 ErbbauVO enthalte.

Der eingelegte Beschwerde wurde nicht abgeholfen und diese dem LG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet, da die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Eintragung der Reallast bereits im Erbbauvertragsvertrag erklärt worden ist. (...)

2. b) Das Grundbuchamt hat jedoch zu Unrecht ein Eintragungshindernis angenommen. Dem Grundbuchamt ist zuzustimmen, dass im vorliegenden Fall der Grundstückseigentümer von der Berechtigung in § 5 Abs. 2 ErbbauVO Gebrauch gemacht hat und insoweit in dem maßgeblichen Erbbauvertragsvertrag festgehalten ist, dass auch die Änderung einer Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbauvertrags enthält, nicht ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen kann. Im hier zu entscheidenden Fall geht es um die Sicherung des erhöhten Erbbauzinses durch eine weitere Reallast, so dass zunächst grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Zustimmung des Grundstückseigentümers erfüllt sind.

Es ist jedoch weiter zu berücksichtigen, dass in dem Erbbauvertragsvertrag der Grundstückseigentümer den Erbbauberechtigten verpflichtet hat, für den Fall der Erhöhung des Erbbauzinses eine Reallast in Höhe des Unterschiedsbetrages zu be-

stellen und dass diesbezüglich auch eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist. Es ist somit festzustellen, dass die Beteiligten zu 1 bereits im Erbbauvertragsvertrag einverstanden war, dass für den Fall der Änderung des Erbbauzinses ein Anspruch auf zusätzliche Erbbauzins besteht und zu dessen Sicherung die Eintragung einer zusätzlichen Reallast in das Erbbaugrundbuch zu bewilligen ist. Hieraus ergibt sich somit zwanglos, dass der Grundstückseigentümer auch für die Zukunft mit der Eintragung einer zusätzlichen Reallast in das Erbbaugrundbuch zu seinen Gunsten einverstanden ist, weshalb die hierfür erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers bereits in dem Erbbauvertragsvertrag erteilt ist (LG Bochum, Rpfleger 1990, 453). Da der Erbbauvertragsvertrag auch zum Inhalt des Erbbauvertrags geworden ist, liegt die in ihm enthaltene Zustimmung des Eigentümers zur Eintragung einer weiteren Reallast dem Grundbuchamt auch in grundbuchrechtlicher Form (§ 29 GO) vor. Die nochmalige Vorlage einer Zustimmungserklärung ist daher nicht erforderlich und stellt daher kein Eintragungshindernis dar.

Es kann daher in dem hier zu entscheidenden Grundbuchverfahren offen bleiben, inwieweit generell auf die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Bestellung einer Reallast für einen erhöhten Erbbauzins verzichtet werden kann. In Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Meinung in Rechtsprechung (LG Münster, Rpfleger 1994, 207 und LG Bochum, Rpfleger 1990, 453) sowie der Literatur (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1780; MünchKommBGB/von Oefele, 4. Aufl., § 5 ErbbauVO Rdnr. 10) geht die Kammer jedoch davon aus, dass eine solche Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht erforderlich ist. Durch das Zustimmungserfordernis des Grundstückseigentümers soll dieser ersichtlich lediglich vor Belastungen des Grundstücks geschützt werden, die den Grundstückseigentümer dann treffen können, wenn es zum Heimfall des Grundstücks kommt. Bei einem durch eine Reallast gesicherten Erbbauzins sind jedoch keine Benachteiligungen des Grundstückseigentümers beim Heimfall des Grundstücks ersichtlich und somit keine Beeinträchtigung von schützenswerten Rechten des Grundstückseigentümers möglich. Es kann daher in entsprechender Anwendung der §§ 876, 877 BGB für diesen Fall auf eine Zustimmung des Grundstückseigentümers verzichtet werden. (...)

7. BGB §§ 1909 Abs. 1, 1638 Abs. 3, 2215, 2216, 2218 (*Keine Ergänzungspflegschaft bei Doppelstellung als Testamentsvollstrecker und gesetzlicher Vertreter*)

Die Wahrnehmung der Aufgaben als alleiniger gesetzlicher Vertreter des minderjährigen erbenden Kindes und Testamentsvollstrecker in einer Person begründet für sich allein keinen Interessengegensatz, der ohne konkreten Anlass die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft erfordert. (Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 21.12.2006, 5 UF 190/06

Der Betroffene L wurde durch notarielles Testament als Alleinerbe seines Großvaters H eingesetzt, zugleich seine Mutter, die weiter Beteiligte zu 1, von der Verwaltung des ererbten Vermögens ausgeschlossen (§ 6 des notariellen Testaments) und Testamentsvollstreckung zum Vollzug zahlreicher Vermächtnisse und Auflagen angeordnet. Zum Testamentsvollstrecker wurde der weiter Beteiligte zu 2, der Vater von L, bestimmt.

Zum Nachlass gehören Kommanditanteile an zwei GmbH und Co. KGs sowie Immobilienvermögen. Der weiter Beteiligte zu 2 ist an beiden genannten Firmen als Gesellschafter beteiligt und Geschäftsführer der jeweiligen Komplementär GmbH.

Die Kindeseltern sind geschieden. Ein Erbschein ist bislang nicht erteilt worden.

Auf den Antrag der weiter Beteiligten zu 1 hat der Rechtspfleger des Familiengerichts Ergänzungspflegschaft angeordnet für die Aufgabenkreise „Wahrnehmung der Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker“ und „Wahrnehmung der Rechte aus dem Gesellschaftsbeteiligungen des Minderjährigen“, da die Eltern wegen Interessenkonflikts von der Vertretung ausgeschlossen seien.

Aus den Gründen:

II.

Das hiergegen erhobene, als Erinnerung bezeichnete Rechtsmittel des weiter Beteiligten zu 2 ist als befristete Beschwerde nach §§ 621 e Abs. 1, 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG statthaft und verfahrensrechtlich unbedenklich.

Die Beschwerde führt zur Aufhebung der angeordneten Ergänzungspflegschaft. Nach § 1909 Abs. 1 BGB erhält derjenige, der unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger.

Zwar ist die Mutter von L durch die letztwillige Verfügung von der Verwaltung des vererbten Vermögens ausgeschlossen. Infolgedessen verwaltet der weiter Beteiligte zu 2 das Vermögen allein und vertritt L auch insoweit allein, § 1638 Abs. 3 BGB.

Weder die Einsetzung als Testamentsvollstrecker noch seine Stellung als Mitgesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaften, an denen L nunmehr beteiligt ist, begründet für sich allein einen Interessengegensatz, der die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft erforderlich macht.

Es wird zwar in der Rechtsprechung teilweise vertreten, dass die Doppelstellung als Testamentsvollstrecker und gesetzlicher Vertreter des Erben einen Interessengegensatz insoweit begründen soll, als dem gesetzlichen Vertreter gegenüber dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich echte Überwachungsaufgaben nach den §§ 2215, 2216, 2218 BGB zukommen (OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122; OLG Nürnberg, FamRZ 2002, 272 = DNotI-Report 2001, 198). An der Wahrnehmung dieser Überwachungsaufgaben sei der gesetzliche Vertreter gehindert, so dass ein konkretes Bedürfnis für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft bestehe.

Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Der Gesetzgeber sieht die Eltern als natürliche Verwalter der Vermögensinteressen ihrer minderjährigen Kinder an, deren Interessen in der Regel nicht im Gegensatz zueinander stehen (BGH, FamRZ 1975, 686). Die Bestellung eines Ergänzungspflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnimmt oder ob es etwa im Interesse des Kindes notwendig sein könnte, gegen ihn vorzugehen (sog. Beobachtungspflegschaft), findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr muss ein Interessenwiderstreit im konkreten Fall auftreten und die Befürchtung rechtfertigen, der Vertreter könnte aus Eigennutz die von ihm pflichtgemäß wahrzunehmenden Interessen und sonstigen Belange des Kindes vernachlässigen (BGH, FamRZ 1975, 686 zur gemeinsamen Gesellschafterstellung eines Minderjährigen und seiner Eltern).

Die Wahrnehmung der Aufgaben als alleiniger gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker in einer Person erfordert

ebenso wenig wie die Stellung als Mitgesellschafter und Geschäftsführer in den betroffenen Gesellschaften ohne konkreten Anlass die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft. Für die Wahrnehmung von Kontrollrechten gegenüber dem Testamentsvollstrecker für einen minderjährigen Erben besteht dann kein Bedürfnis, wenn der zur Ausübung dieser Kontrollrechte befugte gesetzliche Vertreter selbst als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Denn im Ergebnis würde die Übertragung dieser Rechte auf einen Ergänzungspfleger auf eine Kontrolle des gesetzlichen Vertreters selbst hinauslaufen.

Als alleiniger gesetzlicher Vertreter von L unterliegt der Beklagte zu 2 im vorliegenden Falle vielmehr unabhängig hiervon im gesetzlich bestimmten Rahmen der Aufsicht des Familiengerichts (§§ 1640, 1643 f. BGB). Der Umstand, dass der weiter Beteiligte zu 2 auch als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist, lässt die Verpflichtung zur Erstellung eines Vermögensverzeichnisses unberührt (*Palandt/ Diederichsen*, BGB, 66. Aufl., § 1640 Rdnr. 2).

Eine konkrete Konfliktlage oder ein Interessengegensatz im Einzelfall und eine sich daraus ergebende Gefährdung der Vermögensinteressen von L sind weder gegenüber dem Familiengericht noch im Beschwerdeverfahren aufgezeigt worden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der weiter Beteiligte zu 2 bei der Ausübung seiner Ämter und der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte zugleich im Interesse seines Sohnes handelt.

Der Beschluss über die Anordnung der Ergänzungspflegschaft ist deshalb aufzuheben.

8. BGB §§ 181, 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 (*Keine Ergänzungspflegschaft bei Veräußerung Nachlassgrundbesitz*)

Will die aus dem sorgeberechtigten Elternteil und dem gemeinsamen Kind bestehende Erbengemeinschaft nach dem Tod des anderen Elternteils ein zum Nachlass gehörendes Grundstück veräußern, so bedarf es nicht der Bestellung eines Ergänzungspflegers für das minderjährige Kind. Der Kaufvertrag muss lediglich familiengerichtlich genehmigt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23.2.2007, 1 UF 371/06

Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Rechtspflegerin des Familiengerichts Ergänzungspflegschaft für das 1999 geborene Kind angeordnet. Der Wirkungskreis umfasst „die Wahrnehmung und Vertretung des Kindes bei der Erbaueinandersetzung in der Nachlassangelegenheit nach dem verstorbenen Kindesvater A, insbesondere bei der Veräußerung vorhandenen Grundbesitzes.“ Die Bestellung des Ergänzungspflegers hat das Familiengericht dem zuständigen Vormundschaftsgericht vorbehalten. Dieses hat auf rechtliche Bedenken hingewiesen. Das Familiengericht hat den Wirkungskreis darauf hin wie folgt neu gefasst: „Der Wirkungskreis umfasst die Wahrnehmung und Vertretung des Kindes bei der Erbaueinandersetzung in der Nachlassangelegenheit nach dem verstorbenen Kindesvater A, insbesondere bei der im Rahmen der Erbaueinandersetzung erfolgenden Veräußerung vorhandenen Nachlassgrundbesitzes.“ Beide Beschlüsse wurden der Kindesmutter nur formlos bekannt gemacht. Die Kindesmutter hat gegen den Beschluss beim Familiengericht „Beschwerde“ eingelegt. Das Vormundschaftsgericht hat die Bestellung und Verpflichtung eines Ergänzungspflegers abgelehnt. Das Familiengericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

(...)

2. Die Beschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

a) Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob das Familiengericht überhaupt zur Entscheidung berufen war (zum Meinungsstreit: *Staudinger/Beinwald*, BGB, 2006, § 1909 Rdnr. 38 m. w. N.; MünchKommBGB/Schwab, 4. Aufl., § 1909 Rdnr. 62), denn diese Frage ist einer Überprüfung durch das Beschwerdegericht entzogen (vgl. § 621 e Abs. 4 Satz 1 ZPO).

b) Die Beschwerde hat jedoch deshalb Erfolg, weil die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft i. S. v. § 1909 BGB derzeit nicht vorliegen. Die der Beschwerdeführerin als Kindesmutter nach dem Tod des Vaters alleine zustehende elterliche Sorge (vgl. § 1680 Abs. 1 i. V. m. §§ 1626, 1629 BGB) ist lediglich in den gesetzlich beschriebenen Ausnahmefällen eingeschränkt. An einer gesetzlichen Beschränkung der elterlichen Sorge in diesem Sinne fehlt es vorliegend. Insbesondere besteht kein gesetzlicher Vertretungsausschluss nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB. Hiernach besteht wegen der abstrakten Gefahr eines Interessenkonflikts in den Fällen ein gesetzlicher Vertretungsausschluss, in denen der gesetzliche Vertreter (hier die Beschwerdeführerin) auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts tätig wird. Hingegen werden solche Rechtsgeschäfte nicht von dem Ausschlussstatbestand erfasst, in denen der Vertreter und der Vertretene zugleich im eigenen Namen und im Namen des Vertretenen einem Dritten gegenüber Erklärungen abgeben (vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 66. Aufl., § 1795 Rdnr. 4). So liegt es hier. Denn die Beschwerdeführerin beabsichtigt den Verkauf eines in den Nachlass fallenden Grundstücks. Insoweit sind von ihr lediglich Parallelerklärungen abzugeben, die einen gesetzlichen Vertretungsausschluss nicht herbeiführen. Eine Erbauseinandersetzung, auch eine gegenständliche beschränkte Teilauseinandersetzung, die nach einer Ergänzungspflegschaft verlangen würde (vgl. *Palandt/Diederichsen*, § 2042 Rdnr. 7, 18), ist mit dem Verkauf des Grundstücks nicht verbunden. Vielmehr bleibt die aus ihr und dem gemeinschaftlichen Sohn bestehende Erbengemeinschaft an dem Veräußerungserlös bestehen (vgl. § 2041 BGB). Erst mit der Teilung des Erlöses wäre die gegenständlich beschränkte Teilauseinandersetzung vollzogen. Eine Teilung soll jedoch gerade nicht erfolgen, sondern nach dem Willen der Beschwerdeführerin soll der Erlös der aus ihr und ihrem Sohn zusammengesetzten Erbengemeinschaft zufließen. Soweit das Familiengericht gleichwohl die Ergänzungspflegschaft für die Vertretung des Kindes bei der Erbauseinandersetzung angeordnet hat, kann diese Entscheidung keinen Bestand haben. Denn eine Erbauseinandersetzung ist von der Beschwerdeführerin derzeit nicht gewollt. Sie hat mit ihrem Antrag vom 24.8.2006 sowie der Stellungnahme vom 20.1.2007, in welcher sie sich auf Ausführungen des Vormundschaftsgerichts bezieht, deutlich zum Ausdruck gebracht, dass zum jetzigen Zeitpunkt lediglich der Verkauf des zum Nachlass gehörenden Grundstücks und keine Teilung des Erlöses beabsichtigt ist. Wie überdies dem vorliegenden Nachlassverzeichnis zu entnehmen ist, umfasst der Nachlass weiteres Vermögen, insbesondere ein zweites Grundstück sowie Giro- und Sparkonten, ein Wertpapierdepot und eine Lebensversicherung. Im Übrigen sind die Miterben nicht gehalten, sich auseinanderzusetzen. Sie können vielmehr die Erben-

gemeinschaft auch dauerhaft aufrechterhalten. Für eine (vorbeugende) Ergänzungspflegschaft fehlt es vor diesem Hintergrund an einer gesetzlichen Grundlage. Vorsorglich weist der Senat im Übrigen darauf hin, dass die sorgeberechtigte Beschwerdeführerin für die Veräußerung eines Grundstücks einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1821 Ziff. 1 BGB bedarf.

9. BGB §§ 1757 Abs. 3, 1767 Abs. 1, 2, 1769 (*Voraussetzungen der Volljährigenadoption*)

1. **Ist bei Annahme eines Volljährigen ein Eltern-Kind-Verhältnis noch nicht entstanden, sind an die diesbezügliche Prüfung erhöhte Anforderungen zu stellen, wobei es maßgeblich auf die beiderseitige Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand, insbesondere auch im privaten Bereich ankommt.**
2. **Eine Volljährigenadoption kommt bei Vorhandensein leiblicher Kinder nicht nur ausnahmsweise – etwa bei einem Fehlverhalten der leiblichen Kinder – in Betracht. Eine Adoption ist vielmehr schon bei gleicher Gewichtung der jeweiligen Interessen auszusprechen. (Leitsatz des Einsenders)**

AG Rüdeseim, Beschluss vom 19.7.2007, 4 XVI 1/07; eingeklagt von Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

Der 1946 geborene Anzunehmende A wohnt in Y und ist seit 1988 mit B verheiratet. Die Eltern des Anzunehmenden sind verstorben, zuletzt die Mutter im Jahr 2006. Die 1929 geborene Annehmende C wohnt in Z und hat eine Tochter und einen Enkelsohn. Der Ehegatte der Annehmenden ist 2001 verstorben.

Anzunehmender und Annehmende haben am 4.1.2007 beim Notar den Ausspruch der Adoption beantragt. Diesem Antrag hat die Ehefrau des Anzunehmenden zugestimmt.

Aus den Gründen:

Das AG Rüdeseim ist örtlich zuständig, da die Annehmende ihren Wohnsitz in Z hat. Die formalen Voraussetzungen des Adoptionsantrages sind gegeben, die Alterserfordernisse sind erfüllt. Die Ehefrau des Anzunehmenden hat der Annahme zugestimmt (§§ 1767 Abs. 2, 1749 Abs. 2 BGB). Der Annehmende erlangt die rechtliche Stellung eines Kindes der Annehmenden (§§ 1767 Abs. 2, 1754 Abs. 2 BGB).

Die Annahme ist sittlich gerechtfertigt (§ 1767 Abs. 1 BGB), da die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu erwarten ist. Die Annahme eines Volljährigen setzt nicht voraus, dass ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden jetzt. Freilich sind dann erhöhte Anforderungen zu stellen; die Motivlage ist eingehend zu prüfen (vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 66. Aufl., § 1767 Rdnr. 6). Das Gericht ist nach ausführlicher Anhörung der Beteiligten zur Überzeugung gelangt, dass die Gemeinsamkeiten und Bindungen der Beteiligten so stark sind, dass schon derzeit fast von einem Eltern-Kind-Verhältnis gesprochen werden kann. Allein die Tatsache, dass die Mutter des Anzunehmenden erst im Jahr 2006 verstorben ist, steht dieser Annahme noch entgegen. Die Bindungen zwischen den Beteiligten bestehen seit langer Zeit und gehen deutlich über ein nur freundschaftliches Verhältnis hinaus. Der gute Kontakt der Familien A und C hat sich seit den 1970er Jahren entwickelt und wird intensiv gepflegt.

Neben vielen gemeinsamen Unternehmungen, die für sich gesehen noch nicht zwingend ein Eltern-Kind-Verhältnis belegen, ist die beiderseitige Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand zu konstatieren. Der Beistand des Anzunehmenden, der als Anwalt tätig ist, umfasst nicht nur die Unterstützung der Annehmenden in allen geschäftlichen Angelegenheiten, sondern auch im privaten Bereich. Der Anzunehmende geht bei der Annehmenden ein und aus und kennt sich in ihrem Umfeld sehr gut aus. Auch persönliche Angelegenheiten wie Arztbesuche und Ähnliches werden gemeinsam besprochen. Ein wichtiger Aspekt der dauerhaften Bindung ist ferner die Zusage des Anzunehmenden, sich um die Pflege der Annehmenden zu kümmern, um eine Heimunterbringung so lange als möglich hinauszuschieben. Der Anzunehmende ist aufgefallen, wie fürsorglich sich der Anzunehmende um seine Mutter kümmerte und wie die Ehefrau des Anzunehmenden Entsprechendes für ihre Mutter leistet. Es ist somit die Annahme gut begründet, dass das in Hinblick auf die zukünftige Betreuung entgegengebrachte Vertrauen der Annehmenden in den Anzunehmenden auch gerechtfertigt erscheint und das Versprechen bei Eintritt des Bedarfs in die Tat umgesetzt wird. Zwischen den Beteiligten besteht auch ein für eine Adoption ausreichender Altersunterschied von 17 Jahren.

Die Interessen der Tochter der Annehmenden (§ 1769 BGB) stehen der Adoption nicht entgegen. Die Tochter hat sich im Rahmen ihres Anhörungsrechtes gegen die Adoption gewandt und insbesondere auf ihre Vermögensinteressen hingewiesen. Die Vermögensinteressen der Tochter sind zwar grundsätzlich als berechnete Interessen anzuerkennen, jedoch überwiegen sie nicht den Interessen der Annehmenden und des Anzunehmenden. Das Gericht teilt nicht die Ansicht, nach der die Volljährigenadoption bei gegenläufigen Interessen leiblicher Kinder nur ganz ausnahmsweise – etwa bei einem Fehlverhalten der leiblichen Kinder – oder sogar überhaupt nicht in Betracht kommt. Vielmehr ist eine Adoption schon bei gleicher Gewichtung der Interessen auszusprechen (*Staudinger/Frank*, BGB, 2001, § 1769 Rdnr. 6; *Bamberger/Roth/Enders*, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 3/2007, § 1769 Rdnr. 4; vgl. auch *Grziwotz*, FamRZ 2005, 2038, 2039). Ein solcher Fall liegt hier nach Ansicht des Gerichts vor.

Aufgrund der Schilderungen der Annehmenden ist davon auszugehen, dass ihr Verhältnis zu ihrer Tochter seit längerer Zeit erheblich getrübt ist und dass sie den Anzunehmenden in der Rolle eines leiblichen Sohnes sieht, der sich um ihre geschäftlichen und privaten Belange kümmert. In der Anhörung vom 31.5.2007 hat die Annehmende das angespannte Verhältnis zu ihrer Tochter und die als Kränkung empfundenen Vorfälle anschaulich geschildert. Die Tochter hat im Rahmen der (schriftlichen) Anhörung zum Adoptionsantrag bestehende Spannungen eingeräumt, diese jedoch als im Rahmen des Üblichen liegend charakterisiert. Insoweit wird man jedoch die Perspektive und die Erwartungen der Annehmenden als ausschlaggebend betrachten müssen. Auf die im Anhörungsprotokoll aufgeführten und bereits zuvor vorgetragenen konkreten Vorfälle hat die Tochter der Annehmenden zudem nichts erwidert.

Die – angesichts des erheblichen Vermögens der Annehmenden nachvollziehbaren – erbrechtlichen Interessen der leiblichen Tochter stehen der Adoption nicht entgegen. Mit der Adoption wird der Erbanspruch der Tochter halbiert. Im Fall einer Enterbung gälte Entsprechendes für den Pflichtteilsanspruch. Gleichwohl hält das Gericht die leibliche Tochter der Anzunehmenden hierdurch nicht für übermäßig benachteiligt. Die erbrechtliche Schlechterstellung ist mit der Adoption not-

wendig verbunden; sie kann nicht per se der Adoption entgegenstehen (*Staudinger/Frank*, § 1769 Rdnr. 8). Deshalb müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die vermögensrechtliche Beeinträchtigung als nicht hinnehmbar erscheinen lassen. Das ist vorliegend nicht der Fall. Zur Überzeugung des Gerichts ist die Adoption hier nicht als „Strafe“ oder „Maßregel“ gewollt. Dagegen sprechen schon die zu Lebzeiten erfolgten Übertragungen von Vermögen an die Tochter und den Enkel. Die Annehmende hat auch glaubhaft bekundet, nach wie vor an einer Verbesserung des Verhältnisses zur Tochter interessiert zu sein, so dass die Annahme einer gezielten und lediglich auf einer vorübergehenden Stimmungslage beruhenden Maßregelung eher fern liegt.

Für die Interessenabwägung spielt die Frage der Fortführung des Familienunternehmens keine maßgebliche Rolle. Das Fahrradgeschäft erwirtschaftet seit langem Verluste. Die leibliche Tochter hat nach eigenem Bekunden kein großes Interesse mehr an der Fortführung des Unternehmens. Deshalb kann dahinstehen, ob die Aufgabe des Geschäfts allein erfolgte, um Hindernisse für das Adoptionsverfahren aus dem Weg zu räumen. Dass unter Umständen auch der 22-jährige Sohn der Tochter ein erhebliches Interesse an der Fortführung hat, kann die Interessenabwägung nicht maßgeblich beeinflussen, zumal bei einem 22-Jährigen ein Vertrauen auf Fortsetzung des großelterlichen und seit Jahren Verluste erwirtschaftenden Unternehmens noch keine hinreichende Grundlage findet. Im Übrigen hat die Annehmende auch ihren Enkelsohn bereits finanziell nicht unerheblich bedacht.

Angesichts der dargelegten Umstände sieht das Gericht keinen Missbrauch der Adoption zu Lasten der leiblichen Tochter, jedenfalls aber kein Überwiegen von deren Interessen gegenüber den berechtigten Interessen der Antragsteller.

Hinsichtlich des Namens gilt Folgendes: Beantragt ist, dass der Anzunehmende den Namen „A-C“ erhält. Die Ehefrau des Anzunehmenden hat der Namensänderung zugestimmt. In dieser Form ist die Namensänderung durch Adoption nicht möglich. Mit dem Ausspruch der Adoption erhält der Anzunehmende als Geburtsnamen den Namen der Annehmenden (vgl. *Palandt/Diederichsen*, § 1767 Rdnr. 10), hier demnach „C“. Ist der bisherige Geburtsname des Anzunehmenden (A) freilich – so wie vorliegend – Ehefrau geworden, hat die Adoption grundsätzlich keine Auswirkungen auf den gemeinsamen Ehenamen. Gemäß § 1757 Abs. 3 BGB kann freilich der neue Geburtsname des Anzunehmenden zum gemeinsamen Ehenamen werden, wenn der Ehegatte zustimmt. Dieser Fall ist jedoch vorliegend offenkundig nicht gewollt, zumal sich die Wirkung auch auf den Ehegatten erstrecken würde (vgl. *MünchKommBGB/Maurer*, 4. Aufl., § 1757 Rdnr. 6). Gewollt ist vielmehr, dass der bisherige Ehefrau beibehalten bleibt, der Anzunehmende jedoch zusätzlich seinen neuen Geburtsnamen als Begleitnamen anfügt. Dieses Ergebnis ist nicht im Wege der Adoption, sondern durch Erklärung gegenüber dem Standesamt gemäß § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB zu erreichen (*Staudinger/Frank*, § 1757 Rdnr. 32–34; *MünchKommBGB/Maurer*, § 1757 Rdnr. 6). Auch der Fall des § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB ist hier nicht gegeben.

Mit Zustellung des Beschlusses an die Annehmende ist die Annahme als Kind wirksam und unanfechtbar.

10. BGB §§ 138, 723 Abs. 3 (*Wirksamkeit von Hinauskündigungs-klauseln*)

Vererbt der Inhaber sein einzelkaufmännisches Unternehmen in der Weise an seine beiden Kinder, dass er ihnen dessen Einbringung in eine von ihnen zu gründende Kommanditgesellschaft und den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages auferlegt, der dem einen Kind auch im Falle einer an keine Gründe geknüpften Eigenkündigung das Recht zur Übernahme des Geschäftsbetriebs einräumt, so ist das damit verbundene freie Hinauskündigungsrecht sachlich gerechtfertigt, weil es auf der Testierfreiheit des Erblassers beruht, der durch diese Gestaltung dem anderen Kind eine bereits mit dem Kündigungsrecht belastete Beteiligung vermacht hat.

BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 300/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Erblasser führte bis zu seinem Tode im Jahre 1964 mehrere Pfandleihhäuser als Einzelkaufmann. In seinem Testament setzte er seine Witwe als Vorerbin sowie seinen Sohn, den Beklagten, und seine Tochter, die im Jahre 2000 verstorben ist und von den Klägern, ihren Kindern, beerbt wurde, zu gleichen Teilen als Nacherben ein. Der weiteren testamentarischen Verfügung des Erblassers folgend schlossen die Vorerbin und die Nacherben im Dezember 1964 einen – bis zum Eintritt der Nacherbfolge nicht ordentlich kündbaren – Gesellschaftsvertrag über die Gründung der G KG (nachfolgend: KG); Komplementäre der Gesellschaft waren die Witwe des Erblassers und der Beklagte, während die Mutter der Kläger als Tochter des Erblassers die Stellung einer Kommanditistin übernahm.

Nachdem die Witwe des Erblassers am 7.7.1990 verstorben und damit die Nacherbfolge eingetreten war, fassten der Beklagte und die Mutter der Kläger, die ihre Gesellschafterstellung als Komplementär bzw. Kommanditistin der KG beibehielten, am 17.5.1992 den Gesellschaftsvertrag neu. In Übereinstimmung mit der für den Eintritt der Nacherbfolge getroffenen testamentarischen Anordnung des Erblassers schließt § 5 des Gesellschaftsvertrages die Kündigung der KG für die Dauer von zehn Jahren – gerechnet ab dem Tode der Vorerbin – aus. Anschließend kann die Gesellschaft mit einer Frist von einem Jahr auf den Schluss eines Kalenderjahres gekündigt werden. Im Falle einer Kündigung soll der Beklagte, und zwar auch dann, wenn er selbst gekündigt hat, den Betrieb und die Firma fortführen dürfen. Der Beklagte kündigte gegenüber den nach dem Ableben ihrer Mutter in deren Gesellschafterstellung eingerückten Klägern durch Schreiben vom 14./15.12.2000 das Gesellschaftsverhältnis mit Wirkung zum 31.12.2001.

Außerdem erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 19./20.3.2001 – gestützt auf eine weitere Regelung in § 5 des Gesellschaftsvertrages, wonach ein Gesellschafter, in dessen Person „ein wichtiger Kündigungsgrund eintritt, auszuschneiden“ hat – die ausdrücklich auf den 31.12.2001 bezogene fristlose Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses. Anlass war eine Auseinandersetzung zwischen den Parteien über die Rechte an aus dem Vermögen des Erblassers stammenden, in der Vergangenheit von der KG zuweilen als Sicherheit verwendeten Aktien der G AG.

Die Kläger haben die Feststellung begehrt, dass ihre Gesellschafterstellung durch die Kündigungserklärungen des Beklagten vom 15.12.2000 und 20.3.2001 nicht zum 31.12.2001 beendet wurde und unverändert fortbesteht. Hilfsweise haben sie die Feststellung beantragt, dass § 5 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages, wonach bei einer Auseinandersetzungsbilanz ein immaterieller Geschäftswert nicht anzusetzen ist, nichtig ist. Das LG hat festgestellt, dass die Gesellschafterstellung der Kläger durch die Kündigungserklärung des Beklagten vom 15.12.2000 nicht beendet worden ist und im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Rechtsmittel beider Parteien hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Gesellschafterstellung der Kläger durch die Kündigungen des Beklagten vom 15.12.2000 und 20.3.2001 nicht beendet worden ist. Mit der von dem erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten hat hinsichtlich der Hauptanträge Erfolg und führt bezüglich des Hilfsantrags zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das OLG hat gemeint, die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 15.12.2000 habe nicht zu einer Beendigung der Gesellschafterstellung der Kläger geführt. Da die Kündigung nach dem Gesellschaftsvertrag zu einer Übernahme der Gesellschaft durch den Beklagten führe, verstoße sie gegen das „Hinauskündigungsverbot“. Die fristlose Kündigung scheitere – ohne dass der von dem Beklagten angeführte wichtige Grund auf seine Tragfähigkeit überprüft werden müsse – schon daran, dass die mit ihr beabsichtigte Ausschließung der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag allein durch Gestaltungsurteil herbeigeführt werden könne.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Revision des Beklagten führt, weil die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), zur Abweisung der mit der Klage verfolgten Hauptanträge.

1. Die Feststellungsklage ist bereits im ersten Hauptantrag unbegründet, weil die von dem Beklagten am 15.12.2000 erklärte ordentliche Kündigung des Gesellschaftsvertrages wirksam ist und die Gesellschafterstellung der Kläger fristgemäß zum 31.12.2001 beendet hat. Das nicht an besondere Voraussetzungen gebundene Kündigungsrecht des Beklagten ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sachlich gerechtfertigt.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann eine gesellschaftsvertragliche Regelung im Allgemeinen nicht anerkannt werden, die einem einzelnen Gesellschafter das Recht einräumt, Mitgesellschafter ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes aus einer Personengesellschaft oder einer GmbH auszuschließen (BGH, ZIP 2004, 903 m. w. N. = DNotZ 2004, 865). Dieser Grundsatz, der den von der Ausschließung bedrohten Gesellschafter bei der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte und -pflichten davor schützen soll, unangemessene Rücksicht auf die Vorstellungen des durch die Vertragsgestaltung begünstigten Gesellschafters nehmen zu müssen, gilt freilich nicht ausnahmslos. Vielmehr kann eine freie Hinauskündigungs-klausel wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt sein. Dies hat der Senat in seiner neueren Rechtsprechung etwa angenommen, wenn das Ausschließungsrecht bei Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Freiberuflerpraxis dazu dient, den Altgesellschaftern binnen angemessener Frist die Prüfung zu ermöglichen, ob zu dem neuen Gesellschafter das notwendige Vertrauen aufgebaut werden kann (BGH, ZIP 2004, 903 m. w. N. = DNotZ 2004, 865). Als sachlich gerechtfertigt hat der Senat ferner eine Klausel erachtet, derzufolge nach Beendigung eines zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bestehenden Kooperationsvertrages auch die Gesellschafterstellung gekündigt werden darf (BGH, ZIP 2005, 706 = DNotZ 2005, 792). Entsprechendes gilt für Regelungen, welche die Kündigung eines Gesellschafters für den Fall der Beendigung seines Amtes als Geschäftsführer (BGHZ 164, 98 = ZIP 2005, 1917 = Mitt-BayNot 2006, 344 „Managermodell“) oder für den Fall seines Ausscheidens als Angestellter (BGHZ 164, 107 = ZIP 2005, 1920 = DNotZ 2006, 140 „Mitarbeitermodell“) gestatten.

b) Das gesellschaftsvertraglich eingeräumte, für den Beklagten auch bei eigener Kündigung mit einem Übernahmerecht verbundene und damit auf eine Ausschließung seiner Mitgesellschafter hinauslaufende Kündigungsrecht des Beklagten ist ebenfalls sachlich gerechtfertigt.

aa) Es beruht auf der in § 5 des Testamentes enthaltenen letztwilligen Verfügung des Erblassers, der seinen Erben den Abschluss eines den Beklagten insoweit begünstigenden Gesellschaftsvertrages ausdrücklich vorgegeben hat. Die testamentarische Verfügung des Erblassers, im Rahmen der Auseinandersetzung seines einzelkaufmännischen Betriebes

einen bestimmten Gesellschaftsvertrag zu schließen, stellt eine mit einer Auflage (§ 1940 BGB) verbundene Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) dar (*Strothmann*, Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, 1983, S. 37 f. m. w. N.). Mit dieser testamentarischen Regelung verfolgte der Erblasser den seinen Erben ausdrücklich als Verpflichtung auferlegten Wunsch, das Unternehmen im Interesse seiner Familie und seiner Nachkommen zu erhalten (§ 3 des Testaments). Allerdings wollte der Erblasser, wie den von ihm für die Vor- und Nacherbschaft getroffenen differenzierten Gestaltungen zu entnehmen ist, seinen beiden Kindern, die bereits zu seinen Lebzeiten unterschiedliche berufliche Wege eingeschlagen hatten, nicht zwingend und für alle Zukunft eine paritätische Beteiligung an seinem Geschäftsbetrieb zuwenden. Vielmehr hatte der Erblasser seinen durch das freie Hinauskündigungsrecht bevorzugten Sohn – abhängig von dessen künftiger Entschlieung – als „Unternehmensnachfolger“ ausersehen und seiner Tochter lediglich eine – an die Ausübung des Kündigungsrechts geknüpfte und darum nicht notwendig dauerhafte – kapitalmäßige Beteiligung zugedacht.

bb) Zur Verwirklichung seines Zieles, die Entscheidung über die künftige Unternehmensstruktur in die Hände seines Sohnes zu legen, hätte der Erblasser – was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat – anstelle der tatsächlich verwirklichten Nachfolgeregelung die rechtlich unbedenkliche Anordnung treffen können, dass die nach seinem Tode gegründete Gesellschaft unmittelbar nach dem Versterben seiner Witwe oder zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt in der Weise aufgelöst wird, dass der Beklagte das Unternehmen fortführt und die Mutter der Kläger bzw. deren Familie auszahlt. Weitergehend wäre der Erblasser sogar rechtlich in der Lage gewesen, seine Tochter und folglich die Kläger gänzlich von der Erbfolge oder zumindest mit Hilfe einer Teilungsanordnung bzw. eines Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) von der Nachfolge in das Unternehmen auszuschließen (vgl. *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., vor § 22 Rdnr. 69). Im Interesse seiner Tochter und deren Abkömmlinge hat der Erblasser von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht, seiner Tochter aber im Vergleich zu dem Beklagten infolge des diesem vorbehaltenen Kündigungsrechts eine schwächere Gesellschafterstellung zugewiesen. Als in das rechtliche Belieben des Erblassers gestellte bloße Schmälerung der Erbeinsetzung findet dieses freie Kündigungsrecht in der Testierfreiheit seine sachliche Rechtfertigung.

cc) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung geht es hier nicht darum, ob, was der Senat verneint hat, der Erwerb einer gesellschaftlichen Beteiligung im Erbgang für sich genommen eine freie Hinauskündigung des neu eintretenden Gesellschafters zu rechtfertigen vermag (BGHZ 81, 263, 269 f.). Die Kläger haben sich nämlich nicht als Erben einer gesellschaftlichen Beteiligung einer auf den bisherigen Gesellschaftsvertrag gestützten Kündigung durch die Mitgesellschafter des Erblassers zu erwehren. Vielmehr beruht das Kündigungsrecht auf der testamentarischen Anordnung des Erblassers, der seinen Erben für die Nachfolge in sein Einzelunternehmen den Abschluss eines zugunsten des Beklagten mit einem ungebundenen Kündigungsrecht versehenen Gesellschaftsvertrages auferlegt hat. Wegen der Bindung an den Erblasserwillen hat es die Klägerfamilie hinzunehmen, dass ihr durch die erbrechtlich gebotene gesellschaftsvertragliche Umsetzung der testamentarischen Anordnung eine bereits mit einem freien Kündigungsrecht belastete Gesellschafterstellung zugewandt worden ist.

dd) Der Beklagte ist nach dem eindeutigen Willen des Erblassers berechtigt, nach Ablauf bestimmter Fristen durch Aus-

übung seines Kündigungsrechts unter Abfindung der Mitgesellschafter das Unternehmen zu übernehmen. Die dem Beklagten diese Befugnis zeitlich unbegrenzt versagende Rechtsauffassung des Berufungsgerichts führt, wenn der Beklagte sich von der Gesellschaft nicht trennen will, zur Unauflösbarkeit der Gesellschaft. Schutzwürdigen Belangen der Klägerseite wurde jedenfalls durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung während der Dauer der Vorerbschaft und des anschließenden Zeitraums von zehn Jahren – insgesamt eine Periode von mehr als 35 Jahren – hinreichend Rechnung getragen.

2. Der Antrag auf Feststellung, dass die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 20.3.2001 das Gesellschaftsverhältnis nicht mit Wirkung zum 31.12.2001 beendet hat, ist unzulässig.

Da die ordentliche Kündigung vom 15.12.2000 wirksam ist, sind die Kläger mit Wirkung vom 31.12.2001 aus der KG ausgeschieden. Für die Feststellung der Unwirksamkeit der mit einer Auslauffrist bis zum 31.12.2001 verbundenen außerordentlichen Kündigung besteht folglich kein Feststellungsinteresse.

III. Die Sache ist gemäß § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zur Entscheidung über den von den Klägern gestellten Hilfsantrag zurückzuverweisen, der darauf gerichtet ist, die Nichtigkeit bzw. Unverbindlichkeit der in § 5 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages enthaltenen Abfindungsbeschränkung feststellen zu lassen. Das Berufungsgericht erhält so – ggf. auf der Grundlage ergänzenden Sachvortrags – die Gelegenheit zunächst zu prüfen, ob der Feststellungsantrag im Hinblick auf den Vorrang der Leistungsklage überhaupt zulässig ist. Im Übrigen wird es dann den auf das grobe Missverhältnis zwischen dem wahren Wert der Beteiligung und dem Klauselwert gestützten materiellen Einwänden der Kläger gegen die Verbindlichkeit der Regelung nachzugehen haben. Ferner bleibt dem Beklagten vorbehalten, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gegen den Abfindungsanspruch geltend gemachten erbrechtlichen Einwendungen zu vertiefen.

11. BGB §§ 2033, 2038, 2040 (*Stimmrechtsausschluss eines Miterben in der Erbengemeinschaft*)

Ein Miterbe ist vom Stimmrecht in der Erbengemeinschaft ausgeschlossen, wenn die Ordnungsmäßigkeit seines Verhaltens zu bewerten ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 23.5.2007, IV ZR 19/06

1. Die Klägerin, die neben vier Schwestern zusammen mit ihrer Mutter, der Beklagten zu 1, einer noch nicht endgültig auseinandergesetzten Erbengemeinschaft nach dem 1999 verstorbenen Vater angehört, verlangt u. a. Zahlung eines Betrages von 104.400 DM = 53.378,87 € an die Erbengemeinschaft. Die Beklagte hat am 25.8.1999 einen Betrag von 46.400 DM und am 9.5.2000 einen Betrag von 58.000 DM vom Nachlasskonto zugunsten eines Rechtsanwalts überwiesen, der von ihr persönlich zur Beratung in Erbschaftsangelegenheiten beauftragt worden war. Streitig ist, ob die Miterbeninnen ihr Einverständnis zu diesen Verfügungen erteilt haben.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Erbengemeinschaft habe auf Anregung einer Miterbin beschlossen, dass die Aufwendungen für das Beratungshonorar des Rechtsanwalts zu

Lasten des Nachlasskontos gehen sollten, weil letztendlich alle Miterben von dessen Tätigkeit profitiert hätten. Für die Richtigkeit dieses Vortrags hat sich die Beklagte auf eine Miterbin als Zeugin bezogen. Nachdem die Beklagte zu 2, eine weitere Miterbin, durch das insoweit rechtskräftig gewordene Teilurteil des LG aus dem Rechtsstreit ausgeschieden war, hat sich die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung auch auf sie als weitere Zeugin bezogen. Die Klägerin hat den Vortrag der Beklagten bestritten; die behauptete Anregung zu einer Kostenübernahme und einen entsprechenden Beschluss habe es nie gegeben. Die Beklagte hat erwidert, die Miterbinnen hätten in den Monaten April, Mai, Juni und Juli 1999 zahlreiche Beschlüsse gefasst, aber nicht immer protokolliert; Weiteres könne sie dazu nicht vortragen. Die Vorinstanzen haben die von der Beklagten benannten Zeuginnen nicht vernommen mit der Begründung, der Vortrag der Beklagten sei insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts der Einverständniserklärung nicht hinreichend substantiiert und der Beweis antritt daher auf Ausforschung gerichtet.

Die Beschwerde macht mit Recht geltend, dass die Nichtvernehmung der Zeuginnen im Verfahrensrecht keine Stütze findet und daher das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG; vgl. BVerfG, NJW 2004, 3551). Ein Sachvortrag ist erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht zu begründen; die Angabe näherer Einzelheiten ist grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Wie konkret die Tatsachenbehauptungen sein müssen, ist unter Berücksichtigung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) anhand der Umstände des Einzelfalles, insbesondere im Hinblick auf die Einlassung des Gegners, zu beurteilen (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 1999, 1859 unter II. 2. a; BGH, NJW-RR 2004, 1362 unter III. 2. c aa; BGH, WM 2005, 1847 unter II. 2. b). Hier ist unstrittig, dass die Beklagte über das Nachlasskonto zur Erfüllung einer nicht die Erbengemeinschaft, sondern die Beklagte persönlich betreffenden Schuld nicht verfügen durfte; die Verfügung konnte nur durch Zustimmung der Miterbinnen gerechtfertigt werden (§ 185 BGB). Die für diesen rechtlichen Gesichtspunkt erforderlichen Tatsachen hat die Beklagte hinreichend vorgetragen; von einem rechtsmissbräuchlichen Vorbringen „ins Blaue hinein“ kann hier nicht die Rede sein. Der Vortrag der Beklagten ist durch die Einlassung der Klägerin nicht unschlussig geworden. Der Umstand, dass die Klägerin mangels genauer Zeit- und Ortsangaben zu einer detaillierten Erwidern nicht in der Lage ist, ist kein Grund, den Vortrag als unsubstantiiert zurückzuweisen (vgl. BGH, NJW 1999, 1859 unter II. 2. b).

Auch die Klägerin hat Beweis für ihre Behauptung angetreten, eine Absprache darüber, das Honorar des Rechtsanwalts vom Nachlasskonto zu Lasten der Erbengemeinschaft zu bezahlen, sei nie getroffen worden. Mithin wird das Berufungsgericht die Beweisaufnahme durchführen müssen. Erst im Rahmen der Beweiswürdigung könnte eine Rolle spielen, ob die von der Beklagten behauptete Zustimmung weiter konkretisiert werden kann.

2. Mit notariellem Vertrag vom 24.1.2000 haben die Miterbinnen eine Teilauseinandersetzung über das Immobilienvermögen vorgenommen. Die Klägerin hat kein Grundstück erhalten und nimmt die Beklagte, der das wertvollste Grundstück übertragen worden ist, in Höhe von 290.044,95 € in Anspruch. Dem haben die Vorinstanzen im Hinblick auf folgende, unter Nr. 2 des notariellen Vertrages getroffene Vereinbarung stattgegeben:

„Den nachfolgenden Auflassungserklärungen liegen unsere einstimmig gefassten Erbengemeinschaftsversammlungsbeschlüsse zugrunde, die den Erschienenen [allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft], ohne Verpflichtung dazu, die Möglichkeit einräumen, den nachfolgenden Grundbesitz zu erwerben, wovon die Erschienenen zu 1, 2, 3, 4 und 6 hiermit gegen Wertausgleich untereinander und gegenüber der Erschienenen zu 5 [der Klägerin] nach Eigentumsumschreibung Gebrauch machen.“

a) Unstrittig hatte die Erbengemeinschaft am 26.11.1999 einvernehmlich beschlossen, das Haus, das der Beklagten im notariellen Vertrag vom 24.11.2000 übertragen worden ist, der Mutter ohne Anrechnung zu überlassen; die anfallende Schenkungsteuer sollte die Erbengemeinschaft übernehmen. Die Beklagte hat vorgetragen, dieser Beschluss habe auch am 24.1.2000 noch gegolten. Der Grund dafür, dass sie als Erschienenene zu 1 in Nr. 2 des notariellen Vertrages gleichwohl im Zusammenhang mit dem Wertausgleich erwähnt worden sei, habe darin bestanden, dass auch ihr Ausgleichsansprüche zugestanden hätten, weil das ihr übertragene Grundstück wegen der vereinbarten Unentgeltlichkeit aus dem im Übrigen durchzuführenden Wertausgleich auszuklammern gewesen sei. Dafür hat sich die Beklagte auf zwei Miterbinnen als Zeuginnen bezogen. Diese Darstellung hat die Klägerin unter Beweisanztritt bestritten. Das Berufungsgericht meint, aus dem Wortlaut der Nr. 2 des notariellen Vertrages vom 24.1.2000 gehe eindeutig hervor, dass auch die Beklagte ausgleichspflichtig habe sein sollen; der Beschluss vom 26.11.1999 sei mithin geändert worden. Soweit die Beklagte anderes behauptet, fehle es an der erforderlichen notariellen Beurkundung. Zeugen sind dazu nicht vernommen worden.

Die Beschwerde macht mit Recht geltend, dass die Nichtberücksichtigung des Vortrags und der Beweisanztritte der Beklagten keine Grundlage im materiellen Recht findet und daher auch insoweit eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt. Die Formvorschriften des sachlichen Rechts schränken bei den Rechtsgeschäften, für die sie gelten, den Kreis der für die Auslegung relevanten Tatsachen nicht ein; der danach ermittelte Parteiwille muss sich allerdings, um rechtlich Bestand zu haben, daran messen lassen, ob er auch in der vorgeschriebenen Form zum Ausdruck gekommen ist (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 1996, 2792 unter III. 1. = DNotZ 1998, 944; BGH, NJW 1995, 959 unter I.; BGH, NJW 1995, 1886 unter I. 2. b). Neben dem Wortlaut und der Vorgeschichte ist insbesondere die beiderseitige Interessenlage der Beteiligten von Bedeutung (BGH, NJW 2002, 747; BGH, NJW 2007, 2262). Das Berufungsgericht wird daher die angetretenen Beweise zu erheben haben. Die Beweislast für außerhalb der Urkunde liegende Umstände trifft diejenige Partei, die sich darauf beruft (BGH, NJW 1999, 1702 unter II. 1. b; BGH, NJW 2001, 144 unter II. 2. a).

b) Die Beschwerde rügt, selbst wenn die Beklagte im Hinblick auf die ihr übertragenen Grundstücke ausgleichspflichtig wäre, schulde sie den der Klägerin zustehenden Ausgleichsbetrag nicht allein, sondern anteilig neben den beiden weiteren, ebenfalls ausgleichspflichtigen Miterbinnen.

Der Umstand, dass die Beklagte nicht allein ausgleichspflichtig ist, hat aber nicht notwendig zur Folge, dass sie der Klägerin gegenüber nur anteilig haftet. Es könnte auch eine gesamtschuldnerische Haftung der ausgleichspflichtigen Miterbinnen vereinbart worden sein etwa nach dem Vorbild von § 2058 BGB. Für eine dahin gehende Auslegung könnte von Bedeutung sein, ob der Ausgleichsbetrag letzten Endes aus dem Nachlass oder aus dem Privatvermögen der ausgleichspflichtigen Miterbinnen aufgebracht werden sollte. Ferner könnte

von Bedeutung sein, ob der Klägerin, die bei der Aufteilung des Immobilienvermögens leer ausging, eine Verfolgung ihrer Ausgleichsansprüche gegenüber mehreren Miterbinnen jeweils zu bestimmten Anteilen nach der dem Vertrag vom 24.1.2000 zugrundeliegenden Interessenlage zugemutet werden konnte. Das wird vom Berufungsgericht nach Zurückweisung aufzuklären sein.

3. Der Beklagten sind durch einstimmigen Beschluss der Miterbinnen verschiedene Vollmachten zur Vertretung der Erbengemeinschaft (insbesondere Bankvollmachten sowie eine Vollmacht betreffend eine zum Nachlass gehörende Darlehensforderung) erteilt worden. Die Klägerin und zwei weitere Miterbinnen haben diese Vollmachten durch Anwaltsschreiben vom 6.6.2000 widerrufen und gefordert, dass die Erbengemeinschaft nur noch von allen Miterbinnen gemeinschaftlich vertreten werde. Die Beklagte ist in den Vorinstanzen zur Vorlage der Vollmachtsurkunden verurteilt worden, damit der Widerruf darauf vermerkt werden könne. Das Berufungsgericht meint, der Widerruf sei wirksam, weil die Beklagte als Betroffene an der Ausübung ihres Stimmrechts gehindert gewesen sei und daher die Mehrheit der Miterbinnen für den Widerruf gestimmt habe; ein wichtiger Grund für die Kündigung ergebe sich aus der gerichtsbekanntem, tiefgreifenden Zerstörung des Vertrauensverhältnisses unter den Miterbinnen. (...)

b) In der Sache macht die Beschwerde geltend, für den Widerruf der Vollmachten habe ebenso wie für die Kündigung der ihnen zugrundeliegenden Verwaltungsvereinbarung zu gelten, dass der betroffene Miterbe nur dann nicht mit abstimmen dürfe, wenn die zur Abstimmung stehenden Beschlüsse mit einem Fehlverhalten des Bevollmächtigten begründet würden; denn niemand könne Richter in eigener Sache sein (vgl. §§ 34 BGB, 47 Abs. 4 GmbHG, 136 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 6 GenG). Gehe es dagegen nur um die innere Organisation der Miterbengemeinschaft, könne sich auch der Betroffene mangels Interessenwiderstreits an der Abstimmung beteiligen (vgl. BGH, NJW 1991, 172 unter II. = DNotZ 1991, 611; *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 175 m. w. N.). Der hier erklärte Widerruf vom 6.6.2000 stehe in keinerlei Zusammenhang mit dem Vorwurf eines Fehlverhaltens der Beklagten. Es fehle auch ein wichtiger Grund für die Kündigung der Verwaltungsbefugnisse, auf den in anderen Entscheidungen zum Stimmrechtsausschluss abgehoben werde (vgl. BGHZ 34, 367, 370 f.; 152, 46, 59 f. = NJW 2002, 3704). Dafür genüge eine tiefgreifende Zerstörung des Vertrauensverhältnisses nicht. Denn die Verwaltung der Erbengemeinschaft setze anders als gesellschaftsrechtliche oder dienstvertragliche Beziehungen kein persönliches Vertrauensverhältnis der Teilhaber in der Zusammenarbeit voraus; ein wichtiger Grund sei vielmehr erst gegeben, wenn die Verwaltung nicht mehr ordnungsgemäß ausgeübt werde (BGH, NJW 1983, 449 unter IV.; BGH, NJW-RR 1995, 334 unter 2.).

Auf die von der Beschwerde geforderte grundsätzliche Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Miterbe vom Stimmrecht ausgeschlossen sei, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Anders als die Beschwerde meint, stützt sich das Anwaltsschreiben vom 6.6.2000 durchaus auf Vorwürfe einer nicht ordnungsmäßigen Verwaltung: Hinsichtlich der Vollmacht bezüglich der Darlehensforderung des Nachlasses wird der Beklagten vorgehalten, sie sei nur zur Geltendmachung und Abwicklung, aber nicht dazu berechtigt gewesen, das Darlehen dem Schuldner gegenüber zu verlängern. Aus diesem Grund wird sie in dem Schreiben zur Auskunft und Rechnungslegung darüber aufgefordert, inwieweit sie von dieser und den anderen Vollmachten Gebrauch ge-

macht habe. Ferner wird der Beklagten vorgeworfen, sie habe die Miterbinnen arglistig über den Wert einer von ihr treuhänderisch für alle Miterbinnen gehaltenen Gesellschaftsbeteiligung getäuscht. Mit diesen, zur Begründung des Widerrufs und der Kündigung angeführten Gesichtspunkten stand die Ordnungsmäßigkeit der von der Beklagten ausgeübten Verwaltung in Frage. Sie hätte, wenn ihr insoweit ein Stimmrecht zugebilligt würde, in eigener Sache richten können. Die Annahme eines Stimmrechtsausschlusses erweist sich mithin im Ergebnis nicht als rechtsfehlerhaft.

Hinzu kommt, dass das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der – hier nicht angegriffenen – Verurteilung der Beklagten zur Auskunft und Rechnungslegung feststellt, es stehe der Vorwurf im Raum, dass die Beklagte vom Nachlasskonto private Ausgaben finanziert habe. Dazu hatte die Klägerin in der Berufungsinstanz näher vorgetragen. Außerdem hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Beklagte gegenüber der Forderung der Erbengemeinschaft auf Rückzahlung der aus dem Nachlass entnommenen Honorare für den von der Beklagten persönlich beauftragten Rechtsanwalt zu Unrecht auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen berufen habe, die ihr gegen einzelne Miterbinnen, aber nicht gegen die Erbengemeinschaft zustehen. Das wird von der Beschwerde nicht angegriffen, belegt aber ebenfalls die Bedenken gegen die Ordnungsmäßigkeit der von der Beklagten ausgeübten Verwaltung. Danach war die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Vorlage der Vollmachtsurkunden richtet, zurückzuweisen, weil ein Zulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) nicht gegeben ist.

12. BGB §§ 516, 2287 (*Einräumung eines schuldrechtlichen Wohnrechts keine Schenkung*)

Es liegt keine die Vertragserben beeinträchtigende Schenkung i. S. d. § 2287 BGB vor, wenn mit der Erblasserin der Ausschluss bestimmter Kündigungsrechte vereinbart wird und sich dadurch der Verkehrswert des Nachlassgrundstücks verringert. Für eine die Vertragserben beeinträchtigende Schenkung bedarf es einer Schenkung i. S. v. § 516 BGB. Die Einräumung eines unentgeltlichen Wohnrechts stellt selbst bei langer Dauer keine Schenkung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 11.7.2007, IV ZR 218/06

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision wird zurückgewiesen, weil sie nicht aufzeigt, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die Rüge aus Art. 103 Abs. 1 GG greift nicht durch. Im Ergebnis hat das Berufungsgericht mit Recht auch aus der Verringerung des Verkehrswerts des Nachlassgrundstücks infolge des mit der Erblasserin vereinbarten Ausschlusses bestimmter Kündigungsrechte nicht auf eine unter § 2287 BGB fallende Schenkung geschlossen. Dazu hätte es – ebenso wie für § 2325 BGB – einer Schenkung i. S. v. § 516 BGB bedurft (BGHZ 82, 274, 281; BGH, NJW-RR 1986, 1135 unter II. 2.). Auch soweit unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten, die vor Einführung dieser Rechtsfigur als Schenkung i. S. v. § 516 BGB anzusehen waren, ungeachtet des subjektiv verfolgten Zwecks im Hinblick auf ihre objektive Unentgeltlichkeit

unter § 2287 BGB fallen (BGHZ 116, 167, 174 f. = DNotZ 1992, 513), ändert dies nichts an dem Erfordernis, dass wie nach § 516 BGB eine Minderung der Substanz des Vermögens des Erblassers einerseits und eine entsprechende Vermögensmehrung auf Seiten des Empfängers andererseits erforderlich sind. In die freie Befugnis zu lebzeitigen Verfügungen, die § 2286 BGB auch dem erbvertraglich oder durch wechselbezügliches Testament gebundenen Erblasser garantiert, greift § 2287 BGB nur bei einem Missbrauch und nur dann ein, wenn es um eine Schenkung geht (vgl. BGHZ 108, 73, 77 = NJW 1989, 2389). Im vorliegenden Fall fehlt es indessen an einer das Vermögen der Erblasserin in ihrer Substanz mindernden Zuwendung und einer entsprechenden Vermögensmehrung auf Seiten des Beklagten. Die Einräumung eines (hier nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers teilweise) unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts stellt selbst bei langer Dauer keine Schenkung, sondern Leihe dar (§§ 598 ff. BGB; BGHZ 82, 354, 357 ff.; 101, 229, 232 f.; BGH, NJW 1985, 313 unter I. 2.; NJW 1985, 1553 mit dem Zusatz, dies gelte auch, soweit das Wohnrecht über den Erbfall hinaus bestehen bleiben soll).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. AktG §§ 9 Abs. 1, 36 a Abs. 2, 188 Abs. 2; UmwG §§ 2 Nr. 1, 67, 69 Abs. 1 Satz 1 (*Keine Differenzhaftung bei Verschmelzung einer überbewerteten AG*)

Bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften im Wege der Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG) trifft die Aktionäre der beteiligten Rechtsträger im Fall einer Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers grundsätzlich keine (verschuldensunabhängige) Differenzhaftung.

BGH, Urteil vom 12.3.2007, II ZR 302/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der W AG (nachfolgend Schuldnerin), die im Jahr 1999 als sog. „Mantelgesellschaft“ mit einem Grundkapital von 50.000 € gegründet worden ist. Nach dem Erwerb ihrer Aktien durch B wurde durch Hauptversammlungsbeschluss vom 20.3.2000 ihre bisherige Firma geändert und ihr Sitz verlegt. Aufgrund Verschmelzungsvertrag vom 8.6.2000 übernahm sie – unter Erhöhung ihres Grundkapitals auf 3,25 Mio. € – das Vermögen der WW AG. Diese Gesellschaft war im Jahr 1997 von B gegründet worden, der auch ihr Alleinvorstand war. Ihr Grundkapital betrug zuletzt nach mehreren Kapitalerhöhungen 3,2 Mio. €. Mit der Verschmelzung auf die Schuldnerin beabsichtigte B angeblich, etwaige Mängel der zweiten Kapitalerhöhung der WW AG zu beheben. Vorher veräußerte er durch Vertrag vom 18.4.2000 Teile seiner WW-Aktien u. a. an die Beklagte, die damit 476 800 Stammaktien bzw. 14,9 % des Grundkapitals der WW AG zum Preis von ca. 21,5 Mio. DM erwarb. Gemäß Verschmelzungsvertrag vom 8.6.2000 sollten die WW-Aktien 1:1 in entsprechende Inhaberstückaktien der Schuldnerin im Nennbetrag von je 1 € umgetauscht werden. Die Bewertung des zu übertragenden Vermögens der WW AG beruhte auf Testaten der vorangegangenen Jahresabschlüsse durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die im Zuge einer gemäß § 67 UmwG, § 52 Abs. 4 AktG für die Schuldnerin durchgeführten Nachgründungsprüfung feststellte, dass der – auf ca. 120 Mio. DM geschätzte – Wert des von der Schuldnerin zu übernehmenden Unternehmens der WW AG den Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien bei weitem erreichte. Nach Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister (15.11.2000) stellte sich heraus, dass die WW AG schon vor dem Aktienerwerb der Beklagten überschuldet und wertlos war, weil B in

großem Umfang Scheinumsätze verbucht und die Bilanzen gefälscht hatte. Am 1.6.2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger als Verwalter bestellt.

Mit der Klage begehrt der Kläger von der Beklagten Zahlung des Nennbetrags der ihr von der Schuldnerin gewährten Aktien in Höhe von 476.800 €. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte als ehemalige Gesellschafterin der WW AG eine Differenzhaftung entsprechend §§ 9, 56 GmbHG treffe, zumal ihr Geschäftsführer – was die Beklagte bestreitet – bereits zur Zeit der Verschmelzung von der Wertlosigkeit der übertragenden Gesellschaft (WW AG) Kenntnis gehabt habe. Das LG hat der Klage entsprochen; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die – von dem Berufungsgericht zugelassene – Revision des Klägers, mit der er geltend macht, die Beklagte unterliege jedenfalls als „Gründungsgesellschafterin“ der im Zuge der Verschmelzung „wirtschaftlich neu gegründete“ Schuldnerin einer Kapitaldeckungs haftung.

Aus den Gründen:

Die Revision bleibt erfolglos.

I. Zu Recht und insoweit von der Revision im Grundsatz auch nicht beanstandet meint das Berufungsgericht (ZIP 2005, 2108 = NZG 2006, 73; zust. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 17/2006 Anm. 4; *Grunewald*, EWIR 2006, 29; krit. *Thoß*, NZG 2006, 376; *Wälzholz*, AG 2006, 469), dass die Beklagte in ihrer Eigenschaft als ehemalige Gesellschafterin des übertragenden Rechtsträgers (WW AG) keine Differenzhaftung auf Ausgleich des Unterschieds zwischen dem Wert des übertragenden Vermögens und dem Nennbetrag der ihr gewährten Aktien der Schuldnerin trifft.

1. Einer solchen Differenzhaftung unterliegt gemäß §§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG der Gesellschafter einer GmbH bei deren Gründung oder Kapitalerhöhung, wenn der Wert der von ihm versprochenen Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage nicht erreicht. Im Aktiengesetz fehlt zwar eine entsprechende ausdrückliche Haftungsanordnung; sie wird jedoch im Schrifttum aus § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG sowie – für die Kapitalerhöhung – aus dem auf diese Vorschrift verweisenden § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG gefolgert (vgl. *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 183 Rdnr. 21; *MünchKommAktG/Peifer*, 2. Aufl., § 183 Rdnr. 72 jew. m.w.N.). Nach ständiger Rechtsprechung des Senates, die bis in die Zeit vor Einfügung der § 9 GmbHG, § 36 a Abs. 2 AktG zurückreicht und deren Vorbild war, rechtfertigt sich die Differenzhaftung des Sacheinlegers im Aktienrecht aus seiner mit der Übernahme bzw. mit der Zeichnung von Aktien in einem bestimmten Nennbetrag zwangsläufig verbundenen Kapitaldeckungszusage in Verbindung mit dem Verbot einer Unterpariemission gemäß § 9 Abs. 1 AktG (BGHZ 64, 52, 62; 68, 191, 195; *Hüffer*, AktG, § 27 Rdnr. 28), dessen Inhalt § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG für die Sacheinlage lediglich konkretisiert (vgl. *Hüffer*, AktG, § 36 a Rdnr. 6). Die Vereinbarung einer Sacheinlage ist ein körperchaftliches Hilfsgeschäft (BGHZ 45, 342), mit dem der Gesellschaft Sachwerte in Höhe des von dem Inferenten übernommenen Einlagebetrages zugeführt werden sollen (vgl. *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 5 Rdnr. 13).

2. Die genannten Grundsätze sind auf die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers (§ 2 Nr. 1 UmwG) im (vorliegenden) Fall einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften (§§ 60 ff. UmwG) mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG), wie hier der Schuldnerin, nicht übertragbar.

a) Zwar bezeichnet § 69 Abs. 1 UmwG das zu übertragende Vermögen als „Sacheinlage“. Jedoch bestimmt § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG ausdrücklich, dass u. a. § 188 Abs. 2 AktG nicht anzuwenden ist. Damit entfällt auch dessen Verweisung auf

§ 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG als Grundlage für eine Differenzhaftung (vgl. *Hüffer*, AktG, § 183 Rdnr. 21). Des Weiteren schließt § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG die Anwendung des § 185 AktG aus. Diese Vorschrift betrifft den Zeichnungsschein, der Grundlage für eine Einlageverpflichtung des zeichnenden Aktionärs ist. Der Ausschluss der beiden Vorschriften trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ihre Mitgliedschaft in der übernehmenden AG – anders als bei einer „normalen“ Kapitalerhöhung (vgl. dazu *Hüffer*, AktG, § 189 Rdnr. 3) – nicht durch Zeichnung der neuen Aktien, sondern durch den Verschmelzungsvertrag erlangen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG), und dass sie insbesondere auch keine Leistungspflicht hinsichtlich der „Sacheinlage“ i. S. v. § 36 a Abs. 2 AktG übernehmen (vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, 3. Aufl., § 69 Rdnr. 15, 18, 27; *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 18; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, UmwG, 4. Aufl., § 69 Rdnr. 9, 11, aber auch Rdnr. 29). Sachinfern und Partner des Verschmelzungsvertrages mit der übernehmenden Gesellschaft ist vielmehr der übertragende Rechtsträger (§ 4 UmwG).

Der Verschmelzungsvertrag wird zwar nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlungen beider Rechtsträger wirksam (§ 13 UmwG); zudem bedarf die Kapitalerhöhung gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG, § 182 Abs. 1 AktG eines Hauptversammlungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der übernehmenden Aktiengesellschaft. Keiner dieser Zustimmungsbeschlüsse enthält jedoch eine Kapitaldeckungszusage der Aktionäre, die als Grundlage für eine Differenzhaftung erforderlich wäre (vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 69 Rdnr. 27; *Zimmermann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., Anh. nach § 77 Rdnr. 385 m. w. N.; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 3. Aufl., § 69 Rdnr. 18). Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen in § 9 GmbHG. Ob diese Vorschrift gleichwohl bei der GmbH-Verschmelzung mit Kapitalerhöhung entsprechend anwendbar ist (befürwortend *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, § 55 Rdnr. 5; *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 12; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 55 UmwG, Rdnr. 81; *Semler/Stengel/Reichert*, UmwG, § 55 Rdnr. 11; a. A. *Zimmermann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Anh. nach § 77 Rdnr. 385), weil § 55 UmwG ihre Anwendung nicht ausdrücklich ausschließt, kann hier im Hinblick darauf dahinstehen, dass eine entsprechende Gesetzeslage im Rahmen des § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG wegen der Unanwendbarkeit des § 36 a Abs. 2 AktG nicht besteht (vgl. auch *Cranshaw*, jurisPR-InsR 17/2006 Anm. 4). Auch im Rahmen des früheren § 22 KapErhG wurde eine Kapitaldeckungsverantwortung der Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger nur für die GmbH-Verschmelzung diskutiert (befürwortend z. B. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 22 KapErhG Rdnr. 6; *Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl., § 22 KapErhG Rdnr. 11; a. A. *Hachenburg/Schilling/Zutt*, GmbHG, 7. Aufl., § 22 Rdnr. 11 m. w. N.), für die AG-Verschmelzung aber von niemandem befürwortet (vgl. *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 633). Typischerweise haben Aktionäre, insbesondere die Minderheits- und Kleinaktionäre von miteinander zu verschmelzenden Aktiengesellschaften keinen Einfluss auf die Bewertung des Gesellschaftsvermögens (vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 69 Rdnr. 27).

b) Der Umstand, dass der übertragende Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister erlischt und deshalb als Schuldner einer Differenzhaftung ausscheidet, ist kein legitimer Grund, stattdessen seine sämtlichen oder auch nur die dem Verschmelzungsvertrag zustimmenden Gesellschafter „konstruktionsbedingt“ in die Haftung zu nehmen (so aber z. B. *Kallmeyer/*

Marsch-Barner, UmwG, § 55 Rdnr. 5; *Thoß*, NZG 2006, 376), soweit und solange es dafür an einer klaren gesetzlichen Anordnung fehlt. Auch in dem Parallellfall der Verschmelzung durch Neugründung (§§ 36, 73 ff. UmwG) erlöschen die übertragenden Rechtsträger (§§ 36 Abs. 1, 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Dennoch bestimmt § 36 Abs. 2 Satz 2 UmwG, dass als Gründer des neuen Rechtsträgers allein die übertragenden Rechtsträger anzusehen sind (vgl. *Semler/Stengel/Bärwaldt*, UmwG, § 36 Rdnr. 18; *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 36 Rdnr. 14). Nur sie, nicht aber deren Gesellschafter, treffen die Gründerpflichten, weshalb ihre Gesellschafter auch nicht einer Gründerhaftung gemäß § 46 AktG unterliegen (zutreffend *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 634), obgleich sie es sind, welche – wie sonst die Gründer – die Aktien des neuen Rechtsträgers erwerben (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Sind sie weder Gründer noch Einlage-schuldner, so kann sie aber auch (entgegen der Ansicht von *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 634 f.) keine „Kapitaldeckungshaftung“ bzw. Differenzhaftung treffen, weil diese eine Einlageverpflichtung des betreffenden Aktionärs voraussetzt und nur aus ihr abgeleitet werden kann. Für eine unterschiedliche Behandlung der Verschmelzung durch Neugründung und der ihr sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich ähnelnden Verschmelzung durch Aufnahme fehlt jeder Sachgrund. Hier wie dort richtet sich der aus dem Verschmelzungsvertrag resultierende Sacheinlageanspruch allein gegen die übertragenden Rechtsträger (vgl. auch *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 642).

c) Ebenso wenig lässt sich eine Differenzhaftung der Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers damit begründen, dass sie mit dem Erwerb der Aktien des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) in eine damit verbundene Kapitaldeckungshaftung einträten (so *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 634 f., 642 sowie zu § 55 UmwG *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 12 m. w. N.).

aa) Da die Aktien aufgrund des Verschmelzungsvertrages (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 UmwG) ohne Zutun der Aktionäre kraft Gesetzes (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) erworben werden, müsste die Haftung danach auch Aktionäre treffen, die an dem Verschmelzungsbeschluss (§ 65 UmwG) überhaupt nicht mitgewirkt oder gegen ihn gestimmt haben (*Lutter/Grunewald*, UmwG, § 69 Rdnr. 27). Im Ergebnis würde sonach der zwischen den beteiligten Aktiengesellschaften abgeschlossene Verschmelzungsvertrag eine – allgemeinen Grundsätzen widersprechende – Drittverpflichtung (der Aktionäre) auslösen. Im Schrifttum wird zwar zum Teil versucht, diese Folgen dadurch abzumildern, dass in (doppelter) Analogie zu §§ 219 Satz 2, 245 Abs. 1 UmwG nur die dem Verschmelzungsvertrag zustimmenden Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers einer Differenzhaftung unterliegen sollen (vgl. *Thoß*, NZG 2006, 376; vgl. auch *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 12). Richtigerweise trifft aber auch sie keine Differenzhaftung gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger, weil sie, wie schon ausgeführt, bei der verschmelzungsdurchführenden Kapitalerhöhung keine Einlagen schulden (vgl. insoweit auch *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 18).

bb) Ein derivativer Aktienerwerb von dem übertragenden Rechtsträger, belastet mit einer Nachzahlungspflicht (so tendenziell *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 634, 642 mit Hinweis auf *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 4), scheidet aus, weil zum einen der übertragende Rechtsträger naturgemäß nicht mehr als die Übertragung seines ganzen Vermögens schuldet (§ 2 Nr. 1 UmwG) und zum anderen seine Aktionäre nicht dessen Rechtsnachfolger sind, sondern die Aktien aufgrund des Verschmelzungsvertrages i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG unmittelbar von der übernehmenden Gesellschaft erwerben. Dass ein zwingender Zusammenhang zwischen originärem Aktien-

erwerb und Differenzhaftung nicht besteht, zeigt sich am Beispiel der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln im Fall einer Überbewertung des Gesellschaftsvermögens (vgl. dazu *Hüffer*, AktG, § 211 Rdnr. 4 f. m. w. N.). Auch dort kann die Gesellschaft nicht Einlagen von den Aktionären nachfordern, weil Einlagepflichten nicht durch einen Hauptversammlungsbeschluss, sondern nur durch Übernahmeerklärung bzw. Zeichnung eines dazu bereiten Inferenten begründet werden können (vgl. KK-AktG/*Lutter*, 2. Aufl., § 211 Rdnr. 8; *Hüffer*, AktG, § 211 Rdnr. 4 f.). Für den Verschmelzungsbeschluss (§§ 13, 65 UmwG) gilt nichts anderes. Gegenteiliges ergibt sich – entgegen der Ansicht von *Ihrig* (GmbHR 1995, 622, 634 mit Fn. 58) – auch nicht aus dem Senatsurteil vom 5.4.1993 (BGHZ 122, 180, 198 ff. = DNotZ 1994, 606) zur Einlageverpflichtung des Aktionärs bei Ausübung eines mittelbaren Bezugsrechts i. S. v. § 186 Abs. 5 AktG, weil dessen Ausübung einer Zeichnung entspricht, die bei der Verschmelzung auf Seiten der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers gerade fehlt.

d) Soweit eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers daraus hergeleitet wird, dass sie den aus seiner Überbewertung resultierenden wirtschaftlichen Vorteil in Form der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger erhalten (so *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 12; vgl. auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 23 KapErhG Rdnr. 5), widerspricht das dem Grundsatz, dass Aktionäre, welche ihre Einlagepflicht (hier gegenüber der übertragenden Gesellschaft) erfüllt oder Aktien derivativ gutgläubig lastenfrei erworben haben (vgl. dazu *Hüffer*, AktG, § 54 Rdnr. 4), wie hier die Beklagte von B, „ihrer“ Gesellschaft – und damit auch einer etwaigen Gesamtsrechtsnachfolgerin – keine weiteren Einlageleistungen schulden, sie insbesondere nicht durch Mehrheitsbeschluss zu solchen Leistungen verpflichtet werden können, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

Im Übrigen trifft die Erwägung, der Aktionär erhalte mit den Aktien des übernehmenden Rechtsträgers einen seiner Differenzhaftung entsprechenden Wertzuwachs, keineswegs stets zu, wie gerade der vorliegende Fall zeigt. Da die Schuldnerin nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattet und die WW AG überschuldet war, haben deren Aktionäre wertlose Aktien erhalten. Eine Differenzhaftung ihrer Aktionäre würde hier obendrein bedeuten, dass sie nicht nur den Nennwert der von ihnen schon einmal bezahlten Aktien nochmals zahlen, sondern darüber hinaus auch eine durch die Verschmelzung entstandene Überschuldung der Schuldnerin ausgleichen müssten, obwohl jedenfalls die Altgläubiger der übertragenden Gesellschaft (hier WW AG) durch die Verschmelzung keinen Nachteil erlitten haben.

e) Zwar können im Allgemeinen die Alt- und die Neugläubiger sowie die Altaktionäre der übernehmenden Gesellschaft durch eine bei ihr negativ zu Buche schlagende Verschmelzung geschädigt werden. Auch das rechtfertigt aber nicht ohne weiteres eine Haftung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft. Denn auch im Fall einer „normalen“ Sachkapitalerhöhung unter Einbringung einer überbewerteten Sacheinlage durch eine Kapitalgesellschaft in eine andere und bei späterer Liquidation oder Insolvenz der Inferentin trifft deren Gesellschafter nicht eine Differenzhaftung, sondern es müssen ggf. Schadensersatzansprüche gegen die für die Überbewertung verantwortlichen Personen geltend gemacht werden (vgl. auch *Ihrig*, GmbHR 1995, 622, 624, 634 mit Fn. 56). Entsprechendes gilt für das Umwandlungsrecht im Hinblick auf Schadensersatzansprüche gemäß §§ 25 ff. UmwG; §§ 93 Abs. 2, 116, 117 AktG sowie § 826 BGB (vgl. *Cranshaw*, jurisPR-InsR 17/2006 Anm. 4; *Grunewald*, EWiR 2006, 29).

Soweit demgegenüber eine Differenzhaftung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft abzulehnen ist, beruht das – entgegen einer verbreiteten Literaturmeinung (vgl. z. B. *Lutter/Winter*, UmwG, § 55 Rdnr. 12; *Stratz* in *Schmitt/Hörnagel/Stratz*, UmwG, § 69 Rdnr. 29 m. w. N.) – nicht auf einer „formalen“ Betrachtungsweise, sondern auf dem Fehlen eines dafür erforderlichen Verpflichtungsgrundes, der allein in der rechtsgeschäftlichen Übernahme bzw. Zeichnung von Aktien gegen Sacheinlage des betreffenden Inferenten gesehen werden kann (vgl. auch § 9 GmbHG sowie BGHZ 64, 52, 62).

3. Von einem Verschulden der Beklagten abhängige Ansprüche auf Ersatz eines der Schuldnerin entstandenen Schadens macht der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geltend. Die Revision erhebt insoweit keine Einwände und beruft sich auch nicht darauf, dass die Beklagte die Wertlosigkeit der (übertragenden) WW AG vor der Verschmelzung kannte oder kennen musste; vielmehr verfolgt die Revision ausdrücklich nur (verschuldensunabhängige) Ansprüche aus einer Differenz- oder Unterbilanzhaftung der Beklagten.

II. Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte unterliege einer Differenzhaftung jedenfalls deshalb, weil sie schon vor der Verschmelzung Gesellschafterin der als Vorratsgesellschaft entstandenen und durch die Verschmelzung „wirtschaftlich neu gegründeten“ Schuldnerin gewesen sei.

1. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Senats die Aktivierung einer Vorratsgesellschaft als „wirtschaftliche Neugründung“ zu qualifizieren, auf welche die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften entsprechend anzuwenden sind (vgl. BGHZ 117, 323, 331 = DNotZ 1994, 107 zur AG; BGHZ 153, 158; 155, 318 = DNotZ 2003, 443 zur GmbH). Die (beabsichtigte) Aktivierung der Vorratsgesellschaft ist entsprechend §§ 36, 37 AktG zum Handelsregister anzumelden, um dem Registergericht eine (erneute) Gründungsprüfung entsprechend § 38 AktG (vgl. auch § 9 c GmbHG) zu ermöglichen und sicherzustellen, dass die Gesellschaft über die geleisteten Einlagen sowie über ein Vermögen in Höhe ihres verlaublichen Grundkapitals auch tatsächlich noch verfügt. Schuldhaft unrichtige Angaben bei der Registeranmeldung können zur Haftung entsprechend §§ 46, 48 AktG führen. Unabhängig davon haften die Gesellschafter nach dem Modell der Unterbilanzhaftung (BGHZ 155, 318, 326 = DNotZ 2003, 951 i. V. m. BGHZ 80, 129, 140; 105, 300, 303 = DNotZ 1989, 516; BGHZ 134, 333; 140, 35 = DNotZ 1999, 437), wenn durch eine mit ihrem Einverständnis aufgenommene Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vor (bzw. ohne) deren Anmeldung zum Handelsregister Verluste entstanden sind und deshalb das statutarische Grundkapital nicht mehr gedeckt ist (vgl. auch *Ulmer* in *Großkomm.* z. GmbHG, § 11 Rdnr. 105).

2. Die Grundsätze der Unterbilanzhaftung finden in dem vorliegenden Fall einer Verschmelzung mit Kapitalerhöhung jedoch keine Anwendung.

a) Zum einen ist von der Revision nicht dargetan, dass die beabsichtigte Aktivierung der Schuldnerin nach dem Erwerb ihrer Aktien durch B nicht schon im Zusammenhang mit den am 20.3.2000 beschlossenen Satzungsänderungen (Firma, Sitzverlegung) zum Handelsregister angemeldet worden ist (zur Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Unterbilanzhaftung des Gesellschafters vgl. BGH, ZIP 1997, 2008). Nach dem notariellen Verschmelzungsvertrag vom 8.6.2000 waren in diesem Zeitpunkt jedenfalls die genannten Satzungsänderungen sowie der neue Alleinvertand P bereits im Handelsregister eingetragen. Nicht ersichtlich ist

auch, dass in diesem Zeitpunkt das Grundkapital der Schuldnerin von 50.000 € nicht (mehr) gedeckt war. Die Verschmelzung mit Kapitalerhöhung wurde erst mit deren Registereintragung wirksam (§§ 20 Abs. 1, 66 UmwG; vgl. *Lutter/Winter*, UmwG, § 53 Rdnr. 4).

b) Zum anderen geht es hier ohnehin nicht, wie für eine Unterbilanzhaftung erforderlich, um Verluste infolge einer vorzeitig aufgenommenen Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, sondern um die Überbewertung des Vermögens der WW AG im Rahmen der Verschmelzung mit Kapitalerhöhung, die nach den dafür maßgeblichen Vorschriften zum Handelsregister anzumelden waren (§§ 16, 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG i. V. m. § 184 Abs. 1 AktG). Zudem wurde die Werthaltigkeit des auf die Schuldnerin übertragenen Unternehmens der WW AG im Zuge eines Nachgründungsverfahrens gemäß § 67 UmwG, §§ 52 Abs. 3, 4, 7 bis 9 AktG geprüft und damit eine ähnliche registergerichtliche Kontrolle wie bei einer Sachgründung gewährleistet. Gemäß § 53 Satz 2 AktG sind die Verwaltungsmitglieder anstelle der Gründer für die Ordnungsmäßigkeit der Nachgründung verantwortlich, weil hier die AG als juristische Person tätig wird, was auch für eine im Zuge der Nachgründung aktivierte Vorrats-AG gilt.

3. Entgegen der Ansicht der Revision ist auch eine (von der Unterbilanzhaftung zu unterscheidende) Differenzhaftung wegen der Überbewertung der „Sacheinlage“ in Gestalt des Vermögens der WW AG nicht daraus zu folgern, dass die Beklagte Quasi-Gründungsgesellschafterin der im Zusammenhang mit der Verschmelzung wirtschaftlich neu gegründeten Schuldnerin war. Die Revision verkennt, dass selbst bei der rechtlichen Neugründung einer Aktiengesellschaft nur den betreffenden Sacheinleger, nicht aber die übrigen Aktionäre eine (verschuldensunabhängige) Differenzhaftung trifft (vgl. BGHZ 64, 52, 62). Das gilt erst recht bei einer Sachkapitalerhöhung (vgl. *Hüffer*, AktG, § 183 Rdnr. 21 m. w. N.) und findet seine Entsprechung darin, dass § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG bei der AG-Verschmelzung mit Kapitalerhöhung die Anwendung des § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG ausschließt (vgl. oben I 2 a). Dieser Ausschluss entspricht seinerseits den dargelegten Grundsätzen und stellt nicht, wie die Revision meint, eine nur für die Verschmelzung von zwei operativ tätigen Gesellschaften geltende „Privilegierung“ dar. Eine Differenz- oder Vorbelastungshaftung der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft bei Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers ist denn auch im Schrifttum, soweit ersichtlich, nicht erwogen worden.

4. Unergiebig ist schließlich der von der Revision herausgestellte Gesichtspunkt, dass der Hauptaktionär B mit der Verschmelzung die „Heilung“ etwaiger Mängel einer Kapitalerhöhung der WW AG bezweckt haben soll. Insoweit fehlt es schon an konkretem Sachvortrag dazu, dass solche Mängel tatsächlich vorlagen, welcher Art sie waren und inwiefern sich daraus Konsequenzen für eine Haftung der Beklagten ergeben sollen.

14. GmbHG § 67 Abs. 1 (*Anmeldung der abstrakten Vertretungsregelung der Liquidatoren*)

Im Zusammenhang mit der Auflösung der GmbH ist gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG die „abstrakte“, d. h. die generell für ein mehrköpfiges Organ geltende Vertretungsregelung auch dann zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn nur ein (erster) Liquidator bestellt ist.

BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06

Die beteiligte GmbH wurde durch Beschluss ihrer Gesellschafterversammlung zum 31.12.2005 aufgelöst. Zugleich wurde – unter Abberufung der bisherigen alleinigen Geschäftsführerin – H zum Liquidator mit Alleinvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bestellt. Die Anmeldung des Beschlussinhaltes zur Eintragung in das Handelsregister beanstandete das Registergericht in Bezug auf die Vertretungsregelung als unvollständig; ohne die zusätzlich für erforderlich gehaltene Anmeldung einer abstrakten Vertretungsregelung auch für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Liquidatoren könne die begehrte Eintragung im Handelsregister nicht vollzogen werden. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG zurückgewiesen.

Das OLG möchte die dagegen von der Beteiligten eingelegte weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich hieran aber durch den Beschluss des OLG Hamm vom 31.3.2005 (GmbHR 2005, 1308) gehindert und hat die Sache daher dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

III.

Die form- und fristgerecht eingelegte weitere Beschwerde der Beteiligten ist unbegründet.

Das Registergericht hat mit seiner Zwischenverfügung die begehrte Eintragung der von der Gesellschafterversammlung der Beteiligten am 30.12.2005 beschlossenen Rechtsänderungen zu Recht davon abhängig gemacht, dass diese außer der angemeldeten konkreten Vertretungsbefugnis ihres bestellten einzigen Liquidators H auch die abstrakte Vertretungsbefugnis für den Fall der Bestellung mehr als eines Liquidators zum Handelsregister anmeldet.

Im Rahmen der Anmeldung der ersten Liquidatoren einer GmbH nach § 67 Abs. 1 GmbHG ist die „abstrakte“, d. h. die generell für ein mehrköpfiges Organ geltende Vertretungsregelung auch dann zur Eintragung anzumelden, wenn nur ein (erster) Liquidator bestellt ist (so schon OLG Dresden, GmbHR 2005, 1310 m. Anm. *Stuppi*; *Lutter/Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 67 Rdnr. 9; *Rasner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 67 Rdnr. 2; ähnlich *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1134; a. A.: OLG Hamm, NJW-RR 1988, 221; GmbHR 2005, 1308 = DNotf-Report 2005, 110; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 67 Rdnr. 4; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl., § 67 Rdnr. 3; *Schulze-Osterloh/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 67 Rdnr. 3; differenzierend: *Hachenburg/Hohner*, GmbHG, 8. Aufl., § 67 Rdnr. 4).

1. Gemäß §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist zur (erstmaligen) Eintragung einer GmbH anzumelden, „welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben“. Danach ist bei der werdend tätigen Gesellschaft nach allgemeiner Auffassung die abstrakte Vertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer (vgl. § 35 Abs. 2 GmbHG) selbst dann anmeldepflichtig, wenn zunächst nur ein organschaftlicher Vertreter bestellt wird (vgl. *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 8 Rdnr. 17; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 10 Rdnr. 3; vgl. grundlegend auch BGHZ 63, 261, 264 = DNotZ 1975, 564).

2. a) Für die Anmeldung der (ersten) Liquidatoren gilt im Ergebnis nichts anderes, auch wenn der Wortlaut des § 67 Abs. 1 GmbHG, nach dem die „ersten Liquidatoren sowie ihre Vertretungsbefugnis“ anzumelden sind, nicht mit dem für die Geschäftsführer einer werdenden GmbH geltenden § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG identisch ist und die abweichende Formulierung bei vordergründiger Betrachtung für das Erfordernis der Anmeldung lediglich der konkreten Vertretungsbefugnis bei der Bestellung nur eines einzigen (ersten) Liquidators sprechen könnte (so OLG Hamm, NJW-RR 1988, 221, 222;

OLG Hamm, GmbHR 2005, 1308, 1310). Freilich schließt die Satzkonstruktion in § 67 Abs. 1 GmbHG, insbesondere wegen der Verbindung mit den unterschiedlichen anmeldepflichtigen Personen bezüglich der „ersten“ Anmeldung und der späteren Veränderungen, ein Verständnis im Sinne der auch für die werbende GmbH geltenden anmeldepflichtigen Umstände nicht einmal aus, da der erste Halbsatz des § 67 Abs. 1 GmbHG auch dahin verstanden werden kann, dass mit der Anmeldung der „ersten Liquidatoren und ihrer Vertretungsbefugnis“ gemeint ist: „Welche Vertretungsbefugnis die Liquidatoren haben“.

b) Die sachgerechte Normauslegung darf freilich nicht bei dem Wortlaut stehen bleiben, sondern ist vor allem an Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Vorschrift auszurichten.

Danach ist zu berücksichtigen, dass die organschaftliche Stellung von Geschäftsführern und Liquidatoren vertretungsrechtlich identisch ausgestaltet ist. § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG enthält – genau wie § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG für die Geschäftsführer der werbenden GmbH – eine dispositive Regelung zur abstrakten Vertretungsbefugnis bei Vorhandensein mehrerer Liquidatoren. Dem entspricht die grundsätzliche Gleichbehandlung der Liquidatoren mit den Geschäftsführern in der Generalverweisung des § 69 Abs. 1 GmbHG, soweit sich aus den besonderen Liquidationsvorschriften und dem Wesen der Liquidation nichts anderes ergibt.

Gegen eine unterschiedliche, rein grammatikalisch orientierte Auslegung der §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG und des § 67 Abs. 1 GmbHG spricht vor allem, dass diese Vorschriften in ihrem jetzigen Wortlaut sämtlich auf dem Gesetz vom 15.8.1969 zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (BGBI I, S. 1146 – KoordG) beruhen. Mit dieser Richtlinie (68/151/EWG, ABI 1968 Nr. 1165/8) sollte erreicht werden, dass jeder, der Geschäftsverbindungen mit Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten aufnehmen oder fortsetzen möchte, durch Einsichtnahme in das Handelsregister sich Kenntnis von den Vertretungsverhältnissen zu verschaffen imstande ist, da von Ausländern keine vollständige Kenntnis der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats erwartet werden kann (EuGH, BB 1974, 1500; dazu BGHZ 63, 261 = DNotZ 1975, 564). Ein solches Bedürfnis zur Offenlegung der „abstrakten“ (generellen) Vertretungsverhältnisse besteht sowohl bei der werbenden als auch bei der in Liquidation befindlichen Gesellschaft, mag es auch bei der werbenden Gesellschaft stärker ausgeprägt sein. Wie bei der Änderung in der Person von Geschäftsführern stellt sich bei der Bestellung von Liquidatoren nämlich das vergleichbare Problem, dass deren Bestellung unabhängig von der Eintragung in das Handelsregister wirksam wird, so dass nur bei einer bereits von Anfang an eingetragenen abstrakten Vertretungsregelung die generellen Vertretungsbefugnisse für den Rechtsverkehr aus dem Handelsregister von vornherein ersichtlich sind. Dementsprechend finden sich in Art. 2 der Koordinierungsrichtlinie bezüglich der Offenlegung der Vertretungsbefugnisse der Geschäftsleitungsorgane auch keine relevanten sprachlichen oder inhaltlichen Unterschiede für die werbende und die in Liquidation befindliche Gesellschaft [lit. d) und j)], so dass es fernliegend erscheint, der nationale bundesdeutsche Gesetzgeber habe durch das Koordinierungsgesetz allein wegen des nicht identischen Wortlauts der §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG einerseits und des § 67 Abs. 1 GmbHG andererseits in Bezug auf den objektiven Normengehalt hinsichtlich der Anforderungen an die Offenlegung der Vertretungsverhältnisse gegenüber den Vorgaben

der Koordinierungsrichtlinie ein unterschiedliches Ausmaß der offen zu legenden Umstände statuieren wollen.

c) Dieses Normverständnis entspricht auch – entgegen anders lautenden Stimmen (so OLG Hamm, NJW-RR 1988, 221, 222; OLG Hamm, GmbHR 2005, 1308, 1310; *Schulze-Osterloh/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 67 Rdnr. 3; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 67 Rdnr. 4) – den Bedürfnissen einer praxisnahen Rechtsanwendung, da es nach der Auflösung von Gesellschaften – ungeachtet des auf deren Abwicklung und Vollbeendigung gerichteten, zeitlich begrenzten Zwecks der Liquidation – nicht selten zu Schwierigkeiten im Rahmen der Beendigung der Geschäftstätigkeit und der Schuldenbegleichung sowie zu beruflicher Neuorientierung und damit auch zu Veränderungen in der Person und/oder Zahl der „ersten“ Liquidatoren kommt. Gerade in dieser Beendigungsphase ist es für die Geschäftspartner der aufgelösten Gesellschaft bei der Abwicklung ihrer Geschäfte wichtig, von vornherein Klarheit über die (abstrakten) Vertretungsverhältnisse zu erhalten. Auf der anderen Seite ist eine „prophylaktische“ Beschlussfassung zur abstrakten (generellen) Vertretungsbefugnis – die inhaltlich der bereits vorhandenen Regelung bei der (ehemals) werbenden GmbH entspricht – regelmäßig problemlos möglich und stellt daher für die betroffene aufzulösende Gesellschaft keine unzumutbare Mehrbelastung dar.

15. BGB §§ 164, 177 Abs. 1, 705, 714; HGB § 128; ZPO §§ 139 Abs. 1, 597 Abs. 1; GG Art. 103 Abs. 1 (*Kein einseitiger Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung durch Bestimmung im GbR-Gesellschaftsvertrag*)

Die Gesellschafter der beschränkt rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts haften kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und mit ihrem gesamten Privatvermögen. Ein einseitiger Ausschluss oder eine einseitige Beschränkung dieser gesetzlichen Haftung durch eine dahingehende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist – auch wenn damit eine entsprechende Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters-Geschäftsführers verbunden sein soll – grundsätzlich ausgeschlossen, es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen individualvertraglichen Vereinbarung mit dem Gläubiger. Die Grundsätze eines Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten auch für die organschaftliche Vertretung. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 20.6.2007, IV ZR 288/06

Aus den Gründen:

Ein Zulassungsgrund ist nicht gegeben.

I.

Das Berufungsgericht hat eine Entscheidung nach § 597 Abs. 1 ZPO getroffen und ein Sachurteil erlassen. Auf die besonderen Verfahrensvoraussetzungen des § 597 Abs. 2 ZPO und die hierauf bezogenen Rügen der Nichtzulassungsbeschwerde kommt es mithin nicht an.

Eine Verletzung von Hinweispflichten durch das Berufungsgericht ist nicht erkennbar. Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz der Klägerin vom 29.9.2006 zeigt, dass seitens des Berufungsgerichts zutreffende Hinweise (§ 139 Abs. 1 ZPO) gegeben worden sind, auf

die die Klägerin mit entsprechendem Vortrag reagiert hat, den das Berufungsgericht berücksichtigt, indes als nicht entscheidungserheblich angesehen hat. Die weiteren verfahrensrechtlichen Beanstandungen hat der Senat – auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 1 GG – geprüft und als nicht durchgreifend erachtet.

II.

Auch im Übrigen erweist sich das Berufungsurteil jedenfalls im Ergebnis als richtig. Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist durch die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH geklärt. Die Gesellschafter der beschränkt rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts haften kraft Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und mit ihrem gesamten Privatvermögen (BGHZ 142, 315, 318 = DNotZ 2000, 135; BGHZ 146, 341, 350 = DNotZ 2001, 234). Ein einseitiger Ausschluss oder eine einseitige Beschränkung dieser gesetzlichen Haftung durch eine dahingehende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist – auch wenn damit eine entsprechende Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafter-Geschäftsführers verbunden sein soll – grundsätzlich ausgeschlossen; es bedarf vielmehr einer ausdrücklichen individualvertraglichen Vereinbarung mit dem Gläubiger (BGHZ 150, 1, 3 = DNotZ 2002, 805; BGHZ 142, 315, 319 ff. = DNotZ 2000, 135), an der es hier ersichtlich fehlt. Fragen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht stellen sich somit nicht, da der Gesellschafter B in Ausübung seiner organschaftlichen (Allein-)Vertretungsmacht gehandelt hat, die auf die Gesellschaft zugeschnitten und zu der die Haftung der Gesellschafter entsprechend § 128 HGB lediglich Annex ist. Jedoch sind die Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht gegeben, deren Grundsätze auch für die organschaftliche Vertretung gelten (vgl. nur *PWW/Frensch*, BGB, 2. Aufl., § 164 Rdnr. 68). Da der für die Zedentin handelnde Geschäftsführer unstreitig den Inhalt des Gesellschaftsvertrages und insbesondere die Regelungen unter § 8 kannte, waren ihm – ebenso wie dem für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelnden Gesellschafter B – die für das Innenverhältnis geltenden Einschränkungen positiv bekannt, der Missbrauch der Vollmacht durch den Abschluss des Darlehensvertrages, ohne zugleich eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen herbeizuführen, mithin evident.

III.

Ein zustimmender Gesellschafterbeschluss, der die erforderliche Genehmigung des schwebend unwirksamen Geschäftes (§ 177 Abs. 1 BGB; BGHZ 141, 357, 364) beinhalten könnte, ist nicht vorgetragen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe den Darlehensvertrag gekannt und – in Ersetzung eines ausdrücklichen Gesellschafterbeschlusses – gebilligt, sei unsubstantiiert, ist nicht zu beanstanden. Die in diesem Zusammenhang gerügte Verletzung von Hinweispflichten kann dahinstehen, weil kein erheblicher Vortrag dargetan wird, den die Klägerin auf einen unterstellten gerichtlichen Hinweis hin nachgeschoben hätte. Eine konkludente Billigung durch den Beklagten ist schließlich nicht in der Unterzeichnung der Jahresabschlüsse der Gesellschaft zu sehen, in denen zwar Verbindlichkeiten der Zedentin gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgewiesen sind, aber nicht als (umgewandelte) Darlehensverbindlichkeiten erkennbar werden. Die Klägerin kann auch nicht damit argumentieren, der Beklagte habe die Geschäfte über Jahre „laufen lassen“ und alles dem Gesellschafter B überantwortet. Das bedeutet zwar, dass der Beklagte seine Alleinvertretungsbefugnis, wie sie für ihn gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages bestand, nicht ausgeübt hat, lässt aber

nicht zugleich den Schluss zu, der Beklagte habe sich der in § 8 enthaltenen, für das Innenverhältnis geltenden Schutzmechanismen begeben wollen.

Weiter ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, dass sich der Vortrag der Klägerin zu den umgewandelten Verbindlichkeiten nicht ansatzweise nachvollziehen lässt. Er erlaubt keine Feststellungen darüber, der Beklagte habe dem Gesellschafter B – in einer die Evidenz des Vollmachtmissbrauchs ausräumenden Weise – zugestanden, über die aus § 8 des Gesellschaftsvertrages ersichtlichen Beschränkungen hinaus Verbindlichkeiten zulasten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und – vor allem – zulasten seines privaten Vermögens zu begründen.

IV.

Nicht zuzustimmen ist der Nichtzulassungsbeschwerde zudem darin, das Berufungsgericht habe sich „in unhaltbarer Weise“ einer Prüfung bereicherungsrechtlicher Ansprüche entzogen. Das streitbefangene Darlehen ist der Klägerin zufolge das Ergebnis einer Umwandlung bestehender Verbindlichkeiten gemäß den §§ 488 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB. Ist die Umwandlung unwirksam, leben die umgewandelten Verbindlichkeiten wieder auf. Das Vorbringen der Klägerin unterstellt, resultieren diese aus „Finanzspritzen“ und Ablösungen anderweit bestehender Verbindlichkeiten. Im Innenverhältnis der Zedentin zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts liegt dem ein Auftrag oder eine Geschäftsbesorgung zugrunde, denn die Klägerin behauptet nicht, die Zedentin habe sich ungefragt in Angelegenheiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemischt. Die daraus folgenden Aufwendungsersatzansprüche könnten nur Erfolg haben, wenn nachvollziehbarer Vortrag zu den „Finanzspritzen“ bzw. den abgelösten Verbindlichkeiten vorläge. Davon ist jedoch – wie dargelegt – nicht auszugehen.

16. ZPO § 543 Abs. 2 Satz 1; HGB §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 Satz 1; BGB §§ 226, 242 (*Wiederaufleben der persönlichen Haftung des Kommanditisten*)

- a) **Dass der gleiche Sachverhalt von zwei Gerichten unterschiedlich beurteilt wird, begründet noch keine Divergenz i. S. d. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO. Hinzukommen muss, dass dieser Beurteilung unterschiedliche Rechtssätze zugrundeliegen.**
- b) **Die persönliche Haftung des Kommanditisten lebt nach § 171 Abs. 4 Satz 1 HGB auch dann wieder auf, wenn an ihn ein Agio zurückgezahlt wird, sofern dadurch der Stand seines Kapitalkontos unter den Betrag seiner Haftsumme sinkt.**
- c) **Eine Schikane i. S. d. § 226 BGB oder eine unzulässige Rechtsausübung i. S. d. § 242 BGB liegt nur dann vor, wenn die Geltendmachung eines Rechts keinen anderen Zweck haben kann als die Schädigung eines anderen, wenn der Rechtsausübung kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt oder wenn das Recht nur geltend gemacht wird, um ein anderes, vertragsfremdes oder unlauteres Ziel zu erreichen.**

BGH, Beschluss vom 9.7.2007, II ZR 95/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2007, 2074.

Beurkundungs- und Notarrecht

17. BNotO § 19 Abs. 1, § 14 Abs. 1; BeurkG § 17 Abs. 1; AO § 75 Abs. 1; HGB § 25 Abs. 1, 2 (*Steuerliche Beratung durch Notar*)

a) Der Notar ist regelmäßig nicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG aufgrund seiner Pflicht zur Rechtsbelehrung oder seiner allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen. Ihn trifft hinsichtlich des Entstehens einer Umsatzsteuerpflicht keine allgemeine Belehrungspflicht.

b) Korrigiert ein Notar einen Teilaspekt einer ihm von den Urkundsbeteiligten vorgegebenen steuerlichen Gestaltung des Geschäfts, so beschränkt sich seine Prüfungs- und Belehrungspflicht regelmäßig auf diesen Teilaspekt.

c) Den Notar trifft keine allgemeine Belehrungspflicht, wer eine in Folge des beurkundeten Rechtsgeschäfts anfallende Umsatzsteuerpflicht zu tragen hat oder dafür haftet, soweit nicht besondere Umstände eine Belehrung erfordern. Ein Hinweis auf die Haftung nach § 75 AO ist jedoch erforderlich, wenn in einem Unternehmenskaufvertrag die Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB gemäß § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen wird.

BGH, Urteil vom 20.9.2007, III ZR 33/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in DB 2007, 2423. Siehe hierzu auch die Entscheidung der Vorinstanz, OLG München, MittBayNot 2007, 423 m. Anm. *Stelzer*.

18. BNotO § 15 Abs. 2 (*Rücknahme einer notariellen Fälligkeitsbestätigung*)

Es kann nicht Gegenstand eines Verfahrens nach § 15 Abs. 2 BNotO sein, vom Notar die Rücknahme oder den Widerruf einer bereits den Vertragsparteien übermittelten notariellen Fälligkeitsbestätigung zu verlangen.

OLG München, Beschluss vom 5.7.2007, 32 Wx 50/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

In einem notariellen Kaufvertrag war Fälligkeitsvoraussetzung für die Kaufpreistraten eine Bestätigung des Notars, dass

- die bestellte Auflassungsvormerkung an vereinbarter Rangstelle im Kaufobjekt eingetragen ist,
- der Vertrag nach § 3 MaBV wirksam ist und die zum Vollzug erforderlichen Genehmigungen vorliegen,
- Negativzeugnis der Gemeinde wegen der gesetzlichen Vorkaufsrechte vorliegt und
- die vertragsgemäße Lastenfreistellung im Sinne der MaBV durch ein qualifiziertes Pfandfreigabeversprechen des Globalgläubigers gesichert ist.

Der Notar wurde beauftragt, den Vertragsteilen das Vorliegen dieser Voraussetzungen unverzüglich schriftlich zu bestätigen, was in der Folgezeit auch geschah.

Der Beteiligte macht geltend, der Notar hätte die Notarbestätigung nicht erteilen dürfen, weil deren vertragliche Voraussetzungen nicht gegeben gewesen seien. Er erhob eine Notarbeschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO mit der er – soweit für das Verfahren der weiteren Beschwerde noch von Bedeutung – beantragte,

1. den Notar anzuweisen, seine Notarbestätigung dahingehend zu widerrufen und zu erklären, dass die in der Urkunde genannten Voraussetzungen der Fälligkeit nicht gegeben waren,
2. seine Kostenrechnung vom 13.10.1994 dahingehend abzuändern, dass diese um den Betrag von 449 DM zuzüglich 15 % Umsatzsteuer zu kürzen ist, und diesen Betrag zu erstatten,
3. den Notar anzuweisen, die von ihm beurkundete Grundschuldbestellungsurkunde durch eine gesonderte notarielle Niederschrift richtigzustellen,
4. die Kostenrechnung des Notars dahingehend abzuändern, dass die darin enthaltenen Gebühren von 2.924,45 DM niedergeschlagen werden, und diesen Betrag zu erstatten.

Mit der weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte die bezeichneten Beschwerdeziele weiter.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zwar grundsätzlich statthaft und auch form- und fristgerecht eingelegt. Sie ist allerdings unzulässig, soweit sie sich gegen die Kostenrechnungen der beiden Notare richtet. Insoweit kommt – wie das LG zutreffend festgestellt hat – nur der Rechtsbehelf gemäß § 156 KostO in Betracht. Diese Vorschrift stellt eine abschließende Sonderregelung für alle Ansprüche dar, die das Verhältnis des Notars zum Kostenschuldner betreffen (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedke*, Kostenordnung, 16. Aufl., § 156 Rdnr. 1 bis 6; ebenso *Hartmann*, Kostengesetze, § 156 KostO Rdnr. 3 und 5). Gemäß § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO ist die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des LG nur dann zulässig, wenn das Beschwerdegericht sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zulässt. An einer derartigen Zulassung fehlt es, weshalb die weitere Beschwerde in diesen Punkten ohne Sachprüfung zu verwerfen war.

2. Das LG hat ausgeführt: Die vertraglich vereinbarte Fälligkeitsmitteilung des Notars sei nach dem Willen der Vertragsparteien nur als deklaratorisch anzusehen, mit der Folge, dass die Prozesssituation des den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzung bestreitenden Beteiligten durch einen Widerruf der Notarbestätigung nicht verbessert werde. Zum Antrag 3. erstrebe der Beteiligte eine Berichtigung nach § 44 a Abs. 2 BeurkG. Hierfür fehlten jedoch deswegen die Voraussetzungen, weil entgegen der Annahme des Beteiligten dieser wirksam bevollmächtigt gewesen sei. Die beiden Begehren auf Änderung der Kostenrechnungen seien unbegründet, weil die Gebührentatbestände objektiv erfüllt worden seien.

3. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nur im Ergebnis stand:

a) In Ziff. 1. war die Beschwerde bereits unzulässig. Es kann hier dahinstehen, ob die vom Notar nach dem Inhalt der Anlage zum Kaufvertrag abzugebende Notarbestätigung eine deklaratorische oder konstitutive war. Jedenfalls handelte es sich um eine Betreuungstätigkeit i. S. d. § 24 Abs. 1 BNotO. Diese Betreuungstätigkeit hatte der Notar im Vertrag übernommen. Mit Übersendung der Notarbestätigung – ob zutreffend oder nicht – war diese Betreuungstätigkeit hingegen beendet. Eine weitere notarielle Tätigkeit war im Zusammenhang mit einer solchen Fälligkeitsbestätigung nicht vorgesehen. Der Notar kann im Verfahren nach § 15 BNotO nicht dazu angewiesen werden, seine ursprüngliche, aber bereits abgeschlossene Betreuungstätigkeit wieder aufzunehmen und in ihr Gegenteil zu verkehren. Dies mag zwar im Hinblick auf die Vermeidung oder Minderung einer eventuellen Schadensersatzpflicht nach § 19 BNotO sinnvoll, ja sogar angezeigt sein, kann aber nicht auf diesem Wege erzwungen werden.

Diese Lösung mag ein Vergleich veranschaulichen: Wer einen Titel auf Auskunft erstritten hat und vom Schuldner eine ihm nicht genehme Auskunft erhält, kann nicht weiter vollstrecken, bis er eine Auskunft bekommt, die ihm zusagt.

b) Es ist zwar richtig, dass der Notar eine Fälligkeitsbescheinigung nur ausstellen darf, wenn die vereinbarten Voraussetzungen erfüllt sind (BGH, WM 1985, 1109). Richtig ist auch, dass bei Verletzung dieser Pflicht eine Haftung des Notars nach § 19 BNotO droht (BGH, DNotZ 1985, 48; Brandenburgisches OLG, NotBZ 2003, 276 = DNotI-Report 2002, 133). Die sich aus einer derartigen Haftung ergebende Schadensersatzforderung der Vertragspartei ist jedoch nicht im Verfahren nach § 15 BNotO, sondern im Schadensersatzverfahren nach § 19 BNotO geltend zu machen (*Gummer*, DNotZ 1991, 689 in seiner Anm. zu OLG Hamm, DNotZ 1991, 687). Aus der Entscheidung des OLG Zweibrücken (Rpfleger 2002, 261) ergibt sich nichts Gegenteiliges: Im dort entschiedenen Fall hatte der Notar es abgelehnt, eine für den Vollzug des Vertrages erforderliche Erklärung abzugeben. Im Gegensatz dazu war hier die Erklärung bereits abgegeben, der Beteiligte begehrt ihren Widerruf. Der Senat muss daher vorliegend nicht i. S. d. § 28 Abs. 2 FGG von der veröffentlichten Meinung eines anderen OLG abweichen.

c) Die Beschwerde war auch unzulässig, soweit sie sich in 3. darauf bezog, vom Notar die Erstellung einer Berichtigungsurkunde zu verlangen. Lehnt es nämlich der Urkundsnotar ab, eine Berichtigung der Urkunde in Gang zu setzen, so findet gegen diese EntschlieÙung kein Rechtsmittel statt (OLG Frankfurt, DNotZ 1997, 79). Diese Ansicht des OLG Frankfurt, der sich der Senat auch für den Fall des § 44 a Abs. 3 BeurkG anschließt, stellt zutreffend darauf ab, dass wie in § 319 Abs. 3 ZPO der Beschluss, eine Berichtigung nicht vorzunehmen, dem Rechtsweg entzogen sei. Eine Urkundsperson kann nämlich nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, eine andere Beurkundung aufzunehmen als von ihr gewünscht.

d) Da hinsichtlich der beiden Anträge nach § 15 BNotO die Beschwerde schon unzulässig war und eine sachliche Nachprüfung der Entscheidung hinsichtlich der Notarkosten wegen § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO nicht stattfindet, kommt es auf die geltend gemachten Verfahrensfehler nicht an. (...)

19. BeurkG § 51; BNotO § 18 (*Anspruch des Miterben auf Erteilung einer Erbvertragsabschrift*)

1. Die Pflicht des Notars zur Erteilung von Urkundenabschriften (§ 51 BeurkG) geht seiner Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) vor. Dem Notar steht insoweit kein Ermessen zu.

2. Haben die Vertragsteile eines Erbvertrags nicht gemeinsam etwas anderes bestimmt, ist der die Vertragsurkunde verwahrende Notar jedem dies verlangenden Gesamtrechtsnachfolger eines Vertragsteils zur Erteilung einer Abschrift auch dann verpflichtet, wenn der andere noch lebende Vertragsteil dem widerspricht.

3. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Erbvertrag ausschließlich eine letztwillige Verfügung des überlebenden und der Abschriftserteilung widersprechenden Vertragsteils enthält.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.1.2007, 14 Wx 51/06; eingesandt von Dr. *Ernst-Friedrich Krauß*, Richter am OLG Karlsruhe

Die fünf Beteiligten sind als die Kinder der verstorbenen Erblasserin deren Erben zu je 1/5 geworden. Die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 hatten einen notariellen Erbvertrag geschlossen. Die Urschrift der Vertragsurkunde befindet sich in der Verwahrung des Notars.

Die Beteiligte zu 3 hatte beim Notar beantragt, ihr eine unbeglaubigte Abschrift des Erbvertrags zu überlassen. Zur Begründung hat sie auf eine erbrechtliche Auseinandersetzung, an der auch der Beteiligte Nr. 1 beteiligt sei, hingewiesen. Der Notar hat die Überlassung einer Abschrift mit der Begründung versagt, dass „Ablichtungen von Urkunden nur den daran Beteiligten oder mit deren Einverständnis erteilt werden können“.

Aus den Gründen:

II.

2. b) bb) Entgegen der Auffassung des LG ist der beim verwahrenden Notariat und damit bei der sachlich zuständigen Stelle (hierzu *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 48 Rdnr. 6) gestellte Antrag aber nach § 51 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1, 1. Hs. Nr. 1 und Abs. 1, 2. Hs. BeurkG begründet:

1. Nach den genannten Vorschriften können eine Abschrift von einer notariellen Niederschrift u. a. die Rechtsnachfolger derjenigen Personen verlangen, die im eigenen Namen eine Erklärung zur Niederschrift abgegeben haben, hier also auch die Gesamtrechtsnachfolger der am Vertragsschluss beteiligten Erblasserin. Zu diesem Personenkreis gehört auch die durch Erbschein als Miterbin nach der Erblasserin ausgewiesene Beteiligte zu 3 (zu dem die Rechtsnachfolge betreffenden Nachweiserfordernis vgl. *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 6), denn in Fällen, in denen – wie hier – mehrere Gesamtrechtsnachfolger vorhanden sind, stehen jedem von ihnen die Rechte aus § 51 Abs. 3 BeurkG zu (*Jansen*, BeurkG, 2. Aufl. 1971, § 51 Rdnr. 5; *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 14). Da bei der Beurkundung eines Vertrags jeder der Vertragsteile (*Jansen*, BeurkG, § 51 Rdnr. 3) und damit auch jeder ihrer Gesamtrechtsnachfolger antragsberechtigt ist, kommt es nicht darauf an, ob der andere Vertragsteil – hier: der Beteiligte zu 1 – mit der Erteilung einer Abschrift einverstanden ist; eine etwaige einseitige Weisung des Beteiligten Nr. 1, der Beteiligten Nr. 3 keine Abschrift zu erteilen, dürfte nicht befolgt werden (vgl. *Jansen*, BeurkG, § 51 Rdnr. 12, unter Hinweis auf OLG Hamm, DNotZ 1960, 491, und *Röll*, DNotZ 1970, 144).

2. Da somit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 51 BeurkG für die Antragsberechtigung erfüllt sind, hat die Beteiligte zu 3 einen Anspruch auf die Erteilung einer Abschrift. Anders als etwa § 34 FGG eröffnet § 51 BeurkG dem Notar kein Ermessen (allg. M., vgl. etwa *Limmer* in Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 51 Rdnr. 1 sowie *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 1). Die Pflicht des Notars aus § 51 BeurkG geht seiner Verschwiegenheitspflicht aus § 18 BNotO vor (*Kanzleiter*, DNotZ 1993, 434, 435; *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 1).

Demgemäß ist die vom LG in Hinblick darauf, dass der hier in Rede stehende Erbvertrag – ausschließlicly – eine letztwillige Verfügung des noch lebenden Beteiligten Nr. 1 als des Vertragspartners der Erblasserin enthält, vorgenommene restriktive Auslegung unter Abwägung des Geheimhaltungsinteresses des Beteiligten Nr. 1 und des Informationsinteresses der Beteiligten Nr. 3 mit dem Gesetz nicht vereinbar. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis, weil die Vertragsparteien gemäß § 51 Abs. 2 BeurkG die Möglichkeit hatten, gemeinsam den Kreis der nach § 51 Abs. 1 BeurkG Antragsberechtigten einzuschränken (vgl. *Winkler*, BeurkG, § 51 Rdnr. 22). Da hiervon kein Gebrauch gemacht worden ist, hat es bei der eindeutigen und kein Ermessen eröffnenden gesetzlichen Regelung zu verbleiben.

Kostenrecht

20. KostO § 146 Abs. 1 (*Vollzugsgebühr für die Beschaffung von Lösungsunterlagen*)

Für die Beschaffung der Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten fällt eine Vollzugsgebühr, keine Betreuungsgebühr an.

BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete einen Kaufvertrag, in welchem die Kostenschuldnerin (Verkäuferin) Dritten ein Grundstück für 120.000 € verkaufte. Das Grundstück war mit einer Gesamtgrundschuld in Höhe von 6.184.000 € zugunsten eines Kreditinstituts belastet, die von den Käufern nicht übernommen und von der Verkäuferin zur Löschung gebracht werden sollte. Nach einer Regelung in dem Kaufvertrag sollte der Notar die Löschungsbewilligung der Grundpfandrechtsgläubigerin beschaffen. Diese Löschungsbewilligung hatte die Grundpfandgläubigerin dem Notar schon vor der Beurkundung des Kaufvertrags mit der Anweisung erteilt, von ihr nur Gebrauch zu machen, wenn die Überweisung des wesentlichen Teils des Kaufpreises auf das bei ihr geführte Darlehenskonto der Verkäuferin sichergestellt war. Für die Einholung der Löschungsbewilligung berechnete der Notar in seiner ursprünglichen Kostenrechnung eine $\frac{1}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO aus einem Geschäftswert von 120.000 €. Der Beteiligte zu 3 beanstandete als Dienstaufsichtsbehörde die Gebühr und gab ihm auf, für diese Tätigkeit eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO aus einem Geschäftswert von 120.000 € zu erheben und die Kostenberechnung entsprechend zu erhöhen. Der Notar erhob darauf zwar eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr, aber aufgrund von § 147 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 48.000 €.

Auf Weisung der Dienstaufsichtsbehörde hat der Notar die Entscheidung des LG herbeigeführt. Das LG hat statt der in der Nachberechnung der Kosten angesetzten $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 48.000 € die – höhere – $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO aus einem Geschäftswert von 120.000 € angesetzt. Dagegen richtet sich die von dem LG zugelassene weitere Beschwerde der Verkäuferin. Diese möchte das OLG zurückweisen. Es sieht sich hieran aber durch die Entscheidung des OLG Celle (RNotZ 2005, 62) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 KostO). Sie bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Für die Einholung der Bewilligung der von dem Verkäufer eines Grundstücks geschuldeten Löschung eines Grundpfandrechts fällt keine Betreuungsgebühr, sondern eine Vollzugsgebühr an.

1. Der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO kommt als Auffangregelung nur zur Anwendung, wenn die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, NJW 2006, 3428, 3429 = MittBayNot 2007, 71). Sie fällt bei der Einholung einer Löschungsbewilligung deshalb nur an, wenn sich diese nicht als Vollzugstätigkeit zu einem Urkundsgeschäft i. S. d. § 146 KostO darstellt (BGH, NJW 2006, 3428, 3429 = MittBayNot 2007, 71). So liegt es hier.

2. Was unter dem in § 146 KostO verwendeten Begriff des Vollzugs zu verstehen ist und ob die Einholung einer Löschungsbewilligung eine Vollzugstätigkeit darstellt, wird unterschiedlich beurteilt.

a) Nach einer vor allem im Schrifttum vertretenen Auffassung bezieht sich der Begriff auf die Durchführung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und erfasst deshalb nur die auf die Eintragung in das Grundbuch gerichteten Tätigkeiten des Notars. Hiervon abgegrenzt werden insbesondere Handlungen, die der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtungen der Beteiligten dienen (so OLG Celle, RNotZ 2005, 62, 63; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 146 Rdnr. 4 b ff. und 27; *Groth*, DNotZ 1988, 197, 198 f.; *Klein*, MittRhNotK 1984, 113, 114; vgl. auch OLG Oldenburg, DNotZ 1994, 706); teilweise werden auch Tätigkeiten ausgeklammert, die zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Geschäfts erforderlich sind (so *Lappe*, DNotZ 1990, 326, 327). Nach dieser engen Ansicht ist die Einholung einer Bewilligung der von dem Verkäufer eines Grundstücks geschuldeten Löschung von Grundpfandrechten durch den Notar keine Vollzugs-, sondern eine Betreuungstätigkeit (OLG Celle, RNotZ 2005, 62, 63; OLG Köln, MittRhNotK 1996, 101, 102; KG, JurBüro 1975, 213, 219; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 74; LG Oldenburg, KostRspr, § 146 KostO Nr. 49; *Klein*, MittRhNotK 1984, 113, 114; *ders.*, DNotZ 1987, 185, 186 f.; *Lappe*, NJW 1988, 3130, 3134; *ders.*, DNotZ 1990, 326, 327; *Tiedtke*, MittBayNot 1998, 83).

b) Nach einer insbesondere in der Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung ist der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs nicht auf die dingliche Erfüllung des beurkundeten Grundstücksgeschäfts beschränkt, sondern kostenrechtlich zu verstehen. Dem Vollzug dienen hiernach alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (so OLG Braunschweig, Nds. Rpfl 1993, 233; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45, 46; OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 497; OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1990, 321, 322; OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147 f.; OLG Schleswig, JurBüro 1987, 1393, 1394; OLG Zweibrücken, JurBüro 1997, 658; *Rohs* in *Rohs/Wedewer/Waldner*, KostO, 3. Aufl., § 146 Rdnr. 4 und 27; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Vollzugsgebühr“ Ziff. 1.6.5; *Mümmeler*, JurBüro 1994, 498; vgl. auch *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 146 KostO Rdnr. 19 „Lösungsunterlagen“). Diesem weiten Begriffsverständnis entspricht es, die Beschaffung der Unterlagen für die von dem Verkäufer eines Grundstücks geschuldete Löschung von Grundpfandrechten als Vollzugstätigkeit zu qualifizieren (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27.10.2003, 20 W 356/02, n. V.; KG, KGR 1998, 171, 172; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45, 46; OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 497; OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147 f.; OLG Schleswig, JurBüro 1987, 1393, 1394; OLG Zweibrücken, JurBüro 1997, 658; *Bund*, JurBüro 2005, 455).

3. Der Senat hat die Frage bisher offen gelassen (BGH, NJW 2006, 3428, 3429 = MittBayNot 2007, 71). Er entscheidet sie nunmehr im Sinne der herrschenden Meinung.

a) Für sie spricht schon der Wortsinn des Begriffs „Vollzug“. Dieser ließe zwar zu, hierunter nur die Durchführung des Erfüllungsgeschäfts zu verstehen. Einzuräumen ist auch, dass sich diese nicht nur in der Stellung des Eintragungsantrags erschöpfen muss. Sie kann neben der Einholung der erforderlichen Genehmigungen auch Maßnahmen erfordern, die wie z. B. ein Rangrücktritt die Durchführung der dinglichen Einigung erst ermöglichen (BGH, NJW 2006, 3428, 3429 = MittBayNot 2007, 71). Die Vorschrift setzt den Begriff des Vollzugs aber nicht in Beziehung allein zu der Auflassung oder anderen dinglichen Erfüllungsgeschäften, son-

dem, soweit hier von Interesse, zu der Veräußerung eines Grundstücks. Sie weitet den Wortsinn zusätzlich durch die Formulierung „bei“ der Veräußerung aus. Der Wortsinn geht damit über den engen Bereich der Durchführung von Erfüllungsgeschäften hinaus. Er umfasst auch deren vertragliches Vorfeld und spricht damit für die zweite Ansicht, die dieses in die Betrachtung mit einbeziehen will.

c) Ein weites Verständnis wird auch durch den Zweck der Vorschrift untermauert. Mit der Einführung von § 146 KostO wollte der Gesetzgeber Tätigkeiten, die der Notar erbringt, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, zwar nicht generell gebührenpflichtig machen. Sein Ziel war es aber, der zeitraubenden und verantwortungsvollen Tätigkeit des Notars bei dem Vollzug von Grundstückskaufverträgen durch die Schaffung einer besonderen Gebühr gerecht zu werden (so die Begründung zu dem Kostenrechtsänderungsgesetz vom 26.7.1957, BT-Drucks. 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Ziffer 1.; BGH, NJW 2006, 3428, 3429 = MittBayNot 2007, 71). Die Verantwortung des Notars zeigt sich zwar auch in der Durchführung der Rechtsgeschäfte zur Erfüllung des Grundstückskaufvertrags. Die größere Verantwortung trägt der Notar im Zusammenhang mit dem Vollzug eines Grundstückskaufvertrags indessen bei der davor liegenden Bemühung, das Grundstück etwa durch die Löschung nicht zu übernehmender Rechte in einen vertragsgerechten Zustand zu bringen, und bei der Feststellung, ob die Voraussetzungen der Erfüllung gegeben sind. Hier liegt auch das wesentliche Vollzugsproblem bei einem Grundstückskaufvertrag. Dieses besteht nämlich darin, den Austausch wechselseitig geschuldeter Leistungen so zu organisieren, dass einerseits keine der beiden Vertragsparteien ungesicherte Vorleistungen erbringen muss, andererseits der Leistungsaustausch auch nicht durch Zurückbehaltungsrechte beider Vertragsparteien nach § 320 BGB blockiert wird. Dies lässt sich regelmäßig nicht ohne eine Einschaltung des Notars erreichen. Deshalb ist die wesentliche Tätigkeit des Notars zum Zweck des Vollzugs seine Mitwirkung bei dem Leistungsaustausch. Sie hebt die Tätigkeit bei Vollzug eines Grundstückskaufvertrags von anderen – gebührenfreien – Nebengeschäften ab und rechtfertigt die Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO. Gerade sie aus dem Kreis der Vollzugsgeschäfte herauszunehmen, verfehlt den Zweck der Regelung.

c) Von einem weiten Begriffsverständnis geht auch der Gesetzgeber selbst aus. In den Materialien zur Änderung des § 146 KostO im Jahre 1986 wird die Einholung der vormundschaflichen Genehmigung als Beispiel der Vollzugstätigkeit angeführt (BT-Drucks. 10/5113, S. 34). Diese betrifft nicht den dinglichen Erfüllungsakt, sondern das schuldrechtliche Grundgeschäft. Hieran zeigt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur die Durchführung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, sondern auch die Herbeiführung der schuldrechtlichen Wirksamkeit eines notariell beurkundeten Geschäftes die Gebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO auslösen kann (OLG Schleswig, JurBüro 1987, 1393, 1395; Rohs in Rohs/Wedewer/Waldner, KostO, § 146 Rdnr. 4). Das weite Begriffsverständnis des Gesetzgebers wird zudem in § 146 Abs. 3 Satz 1 KostO deutlich. Diese Vorschrift spricht nämlich auch Adoptions-, Personenstands- oder Registersachen an (Hartmann, Kostengesetze, § 146 KostO Rdnr. 37; Rohs in Rohs/Wedewer/Waldner, KostO, § 146 Rdnr. 49). In solchen Angelegenheiten kommt eine Verengung auf dingliche Erfüllungsgeschäfte von vornherein nicht in Betracht. Es spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber den Begriff des Vollzugs in Absatz 3 weiter fassen wollte als in Absatz 1.

4. Auch bei der Zugrundelegung eines weiten Vollzugsbegriffs ist nicht jede Tätigkeit des Notars bei der Vorberei-

tung der vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung als Vollzugstätigkeit anzusehen (so aber *Klein*, MittRhNotK 1992, 237). Das sind vielmehr nur solche, die die Ausführung des Geschäfts erst ermöglichen. Das ist bei der hier zu beurteilenden Beschaffung der Unterlagen für die Löschung nicht zu übernehmender Rechte anzunehmen. Denn erst die Löschung solcher Rechte bringt das Grundstück in den vertragsgemäßen, einem Vollzug des Vertrags zugänglichen Zustand. Bei der Fälligkeitsmitteilung und der Überwachung der Kaufpreiszahlung wäre das zu verneinen, weil es sich hierbei um eine Hilfestellung handelt, von deren Anerbieten der Vollzug nicht abhängt (BGH, NJW 2005, 3218, 3219 = MittBayNot 2005, 433).

5. Für die Einholung der Löschungsbewilligung fiel keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, sondern nur die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO an. Sie beträgt nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO ^{5/10} einer Gebühr und bemisst sich nach dem Geschäftswert des vollzogenen Geschäfts. Das ist hier der Kaufvertrag, dessen Geschäftswert sich nach dem Kaufpreis von 120.000 € bestimmt. In diesem Umfang hat das LG die Kostenrechnung zu Recht erhöht.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Tiedtke*, MittBayNot 2008, 23 (in diesem Heft).

21. KostO §§ 38 Abs. 2, 42; GBO § 28; BGB § 925 (*Gebühr für Identitätserklärung*)

Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass eine Identitätserklärung ausschließlich grundbuchverfahrenrechtliche Bedeutung hat und für deren Beurkundung deshalb nur eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zu erheben ist (Abweichung von OLG Düsseldorf, DNotZ 1980, 188).

OLG Hamm, Beschluss vom 3.5.2007, 15 W 418/06; mitgeteilt von ROLG *Engelhardt*, Emsdetten

Am 28.3.2003 beurkundete der Beteiligte zu 1 einen Grundstückskaufvertrag, an welchem der Beteiligte zu 2 als Käufer beteiligt war. Kaufgegenstand war eine noch nicht vermessene Teilfläche eines Grundstücks. In § 6 des Vertrages erklärten die Vertragsparteien die Auflassung. Der Kaufgegenstand wurde bestimmt durch einen der Urkunde beigegebenen Lageplan, in dem die Teilfläche rot umrandet war.

Am 28.7.2003 beglaubigte der Beteiligte zu 1 die Unterschrift der in dem Grundstückskaufvertrag bevollmächtigten Fachangestellten unter der von ihm entworfenen und mit Identitätsbescheinigung überschriebenen Erklärung, in welcher die Übereinstimmung der veräußerten Teilfläche mit dem nach Vermessung und Katasterfortschreibung bestehenden Flurstück erklärt wird.

Der Beteiligte zu 1 stellte dem Käufer unter dem 31.7.2003 Kosten i. H. v. 73,96 € in Rechnung. Er berechnete eine ^{10/10}-Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1, 42, 36 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 9.500 € i. H. v. 54 €.

Der Bezirksrevisor bei dem LG Münster beanstandete diese Kostenrechnung im Rahmen der ordentlichen Geschäftsprüfung und vertrat die Ansicht, der Beteiligte zu 1 dürfe für den Entwurf einer Identitätserklärung mit anschließender Unterschriftbeglaubigung nur eine ^{5/10}-Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4 (gemeint ist ersichtlich Nr. 6), 42 KostO erheben, da es sich um eine Ergänzung der Auflassung handele. Der Präsident des LG hat sich der Auffassung des Bezirksrevisors angeschlossen und den Beteiligten zu 1 unter dem 13.3.2006 gemäß § 156 Abs. 6 KostO angewiesen, die genannte

Kostenrechnung der Zivilkammer zur Entscheidung vorzulegen. Der Beteiligte zu 1 hat daraufhin weisungsgemäß Beschwerde erhoben, der er aus eigenem Recht entgegengetreten ist.

Die Kammer hat die Anweisungsbeschwerde nach Anhörung der Dienstaufsicht zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Auf Anweisung des Präsidenten des LG hat der Beteiligte zu 1 hiergegen weitere Beschwerde erhoben.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist infolge der Zulassung durch das LG nach den § 156 Abs. 2, Abs. 6 Satz 1 KostO, §§ 27, 29 FGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, da die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Anweisungsbeschwerde ausgegangen.

Das LG hat sich in den Gründen seiner Entscheidung den Ausführungen des OLG Düsseldorf in dessen Beschluss vom 6.9.1979 (DNotZ 1980, 188; unklar in diesem Zusammenhang OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 94) angeschlossen. In dem genannten Beschluss hat das OLG Düsseldorf ausgeführt, der Ansatz einer vollen Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1, 42, 30 Abs. 1 KostO für eine sog. Identitätsfeststellung sei nicht zu beanstanden. Durch diese seien der Kaufvertrag und die Auflassung im Hinblick auf § 28 Abs. 1 GBO ergänzt worden, so dass gemäß § 42 KostO dieselbe Gebühr wie für die Beurkundung der ergänzten Erklärungen, jedoch nicht mehr als eine volle Gebühr anzusetzen sei. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Die Berechtigung der Kostenrechnung hängt vorliegend entscheidend davon ab, ob man die hier erklärte „Identitätsbescheinigung“ als Ergänzung der materiellrechtlichen Erklärungen, also des Kaufvertrages und der Auflassung, ansieht, mit der Folge, dass eine (volle) Gebühr nach § 42 KostO i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO entstanden ist. Diese Frage hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13.3.1980 (Rpfleger 1980, 316), der einen dem vorliegenden vergleichbaren Sachverhalt betraf, verneint. In dieser Entscheidung hat der Senat zur rechtlichen Einordnung sog. Identitätserklärungen Folgendes ausgeführt:

„... Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 4 kann es für den Wert einer Identitätserklärung nicht – gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 6 a, 39 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 Satz 1 KostO – auf den vollen Kaufpreis ankommen. Zwar betrifft § 20 Abs. 1 KostO nicht nur die Beurkundung eines Kaufvertrages, sondern auch die einer Auflassung (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, § 20 KostO Rdnr. 1). Die Auflassung des von der Beteiligten zu 3 den Beteiligten zu 1 und 2 am 27.1.1977 verkauften Grundstücksteils (UR Nr. xx/1977) war aber nicht, auch nicht teilweise, Gegenstand des Notargeschäfts zu UR Nr. xxx/1977 vom 23.12.1977. Die Auflassung ist vielmehr von den Beteiligten zu 1 bis 3 ebenfalls schon am 27.1.1977 in § 7 des notariell beurkundeten Vertrags vollständig, d. h. materiellrechtlich wirksam erklärt worden. Der Wirksamkeit der Auflassung stand nicht entgegen, dass das neue Grundstück im Zeitpunkt der Vornahme der Auflassung vermessungstechnisch und grundbuchrechtlich noch nicht gebildet war und deshalb noch nicht nach Flur und Flurstück bezeichnet werden konnte, denn es genügt, dass das erst zu bildende Grundstück nach Beschreibung und beigefügtem Lageplan zweifelsfrei bestimmbar ist, wie es hier der Fall war (vgl. dazu *Palandt/Bassenge*, BGB, 39. Aufl., § 925 Rdnr. a) bb); *Erman/Ronke*,

BGB, 6. Aufl., § 925 Rdnr. 6; *Soergel/Siebert-Baur*, BGB, 11. Aufl., § 925 Rdnr. 38).

Hieraus folgt, dass eine Identitätserklärung nicht Teil einer – ohne sie unvollständigen und deshalb noch nicht wirksamen – Auflassung ist. Sie ist überhaupt nicht materiellrechtliche Willenserklärung, vielmehr eine dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorzunehmende Verfahrenshandlung, die wegen des Erfordernisses der Grundstücksbezeichnung gemäß § 28 Satz 1 GBO zum Zweck der Eintragung notwendig ist.“

Hieran hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung fest. Es geht dabei letztlich um die Auslegung der Identitätserklärung, wenn sowohl die kaufvertragliche Verpflichtung als auch die Auflassungserklärung bereits wirksam sind, weil der Kaufgegenstand zwar noch nicht kataster- und damit auch grundbuchmäßig verselbstständigt, aber gleichwohl durch eine entsprechende Beschreibung, insbesondere durch die Einzeichnung in einen Lageplan, hinreichend bestimmt ist. Bei einer derartigen Konstellation ergibt sich die Notwendigkeit, nach der Abschreibung des Kaufgegenstandes die Identität desselben mit dem Inhalt des Grundbuchs zu erklären, nicht aus dem materiellen Recht. Notwendig ist diese Erklärung vielmehr allein aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen, da der Eintragungsantrag nach § 28 Satz 1 GBO die Bezeichnung des Grundstücks nach oder entsprechend dem Grundbuch erfordert.

In der Regel besteht aber auch kein Interesse der Vertragsparteien, eine Ergänzung der materiellen Willenserklärungen vorzunehmen. Gibt das Vermessungsergebnis keinen Anlass an der Identität zwischen dem Gegenstand des Kaufvertrages und der Auflassung einerseits und dem abbeschriebenen Grundstück andererseits zu zweifeln, so geht das Interesse der Vertragsparteien schon aus Kostengründen dahin, dass allein die grundbuchverfahrensrechtlich notwendigen Erklärungen abgegeben werden. Bestehen nach dem Vermessungsergebnis hingegen Zweifel an der Identität, so widerspricht es in aller Regel dem Interesse des potenziell benachteiligten Vertragspartners, die Ausräumung dieser Zweifel – jedenfalls in Bezug auf den Kaufvertrag – der Ausübung einer Vollzugsvollmacht durch eine Büroangestellte des Notars zu überlassen. Hieraus wird im Übrigen zu Recht gefolgert, dass eine typische Vollzugsvollmacht nicht zur Abgabe von materiellen Willenserklärungen befugt, die die tatsächlich nicht gegebene Identität zwischen Kauf/Auflassung und Grundbuchinhalt überhaupt erst herbeiführt (OLG Rostock, OLG R 2005, 616).

Auch im vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass die Identitätserklärung jedenfalls keine Ergänzung des Kaufvertrages darstellt, sondern eine rein verfahrensrechtliche Erklärung. Entsprechend ihrer verfahrensrechtlichen Natur ist diese Erklärung nach Auffassung des Senats kostenrechtlich unter § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zu fassen, so dass eine halbe Gebühr in Ansatz zu bringen ist. Zu keinem anderen Ergebnis käme man im Übrigen, wenn man von einer (verfahrensrechtlichen) Ergänzung der bereits wirksam beurkundeten Auflassung ausginge, da dann § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO einschlägig wäre (so *Mümmeler*, JurBüro 1980, 1228).

Der Senat sieht keine Veranlassung, hinsichtlich der hier behandelten Beanstandung die Sache gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 28 Abs. 2 FGG dem BGH zur Entscheidung vorzulegen. Zwar weicht die Rechtsauffassung des Senats von derjenigen des OLG Düsseldorf ab. Die unterschiedlichen Auffassungen des OLG Düsseldorf und des Senats betreffen indessen allein die Auslegung inhaltsgleicher Erklärungen. Eine solche Erklärung ist jedoch keine bundesgesetzliche Vorschrift i. S. d. § 28 Abs. 2 FGG. Ihre Auslegung kann daher

nicht zum Gegenstand einer Vorlage gemacht werden. Eine Vorlage lässt sich insoweit auch nicht mit dem Hinweis auf eine Meinungsverschiedenheit über die Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB begründen (vgl. BGH, NJW 1984, 308).

Anmerkung:

Die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R. zur Bewertung von sog. Identitätsfeststellungen in Ergänzungen von anderweitig beurkundeten Grundgeschäften (z. B. Teilflächenkaufvertrag, in dem bereits die Auflassung erklärt und entgegengenommen war, Grundschuldbestellungen an noch zu vermessenden Teilflächen) ist im Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., unter Rdnr. 1214 bis 1219, niedergelegt. Das OLG Hamm hat sie mit der hier veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen bestätigt. Die katastermäßige Bezeichnung des Vertrags- oder Pfandobjekts ist stets eine Erklärung, die nach § 42 KostO zu bewerten ist, es sei denn, die Identitätsfeststellung erfolgt durch den Notar selbst durch eine sog. Eigenurkunde. Solche Eigenurkunden werden nicht als ergänzende Erklärungen der Beteiligten i. S. v. § 42 KostO eingestuft, sondern über die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO abgerechnet.

Die Kostenberechnung selbst hängt zunächst – so der Senat im hier zugrunde liegenden Fall – davon ab, ob die erklärte „Identitätsbescheinigung“ als Ergänzung der materiellrechtlichen Erklärungen, also des Kaufvertrages und der Auflassung, einzuordnen ist mit der Folge, dass eine (volle) Gebühr nach § 42 KostO i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO entstanden ist. Diese Frage hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13.3.1980¹, der einen vergleichbaren Sachverhalt betraf, verneint. In dieser Entscheidung hat der Senat zur rechtlichen Einordnung sog. Identitätserklärungen bereits ausgeführt, dass die Auflassung von den Beteiligten des notariell beurkundeten Vertrags bereits vollständig, d. h. materiellrechtlich wirksam, erklärt worden war. Der Wirksamkeit der Auflassung stand nicht entgegen, dass das neue Grundstück im Zeitpunkt der Vornahme der Auflassung vermessungstechnisch und grundbuchrechtlich noch nicht gebildet war und deshalb noch nicht nach Flur und Flurstück bezeichnet werden konnte. Es genüge, dass das erst zu bildende Grundstück nach Beschreibung und beigefügtem Lageplan zweifelsfrei bestimmbar ist, wie es bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall war.²

Hieraus folgt – so der Senat weiter –, dass eine Identitätserklärung nicht Teil einer – ohne sie unvollständigen und deshalb noch nicht wirksamen – Auflassung ist. Sie ist überhaupt nicht materiellrechtliche Willenserklärung, sondern eine dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorzunehmende Verfahrenshandlung, die wegen des Erfordernisses der Grundstücksbezeichnung gemäß § 28 Abs. 1 GBO zum Zweck der Eintragung notwendig ist. Dem ist für die Fälle zuzustimmen, bei welchen die Auflassung trotz fehlender Vermessung aufgrund der Beschreibung der Lage und der Grenzen des Teilgrundstücks zweifelsfrei erklärt und entgegengenommen wurde. Dann handelt es sich, wie vom OLG Hamm bestätigt, bei der Identitätserklärung um eine reine Verfahrenshandlung gegenüber dem Grundbuch, welche die ⁵/₁₀-Gebühr nach § 42 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO aus

einem angemessenen Teilwert (siehe hierzu nachfolgend) auslöst. Wird ein Kaufvertrag auch materiellrechtlich deshalb ergänzt, weil Zweifel an der Identität zwischen dem vertragsgegenständlichen Grundstück und dem vermessenen Grundstück bestehen, kommt § 42 i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO zur Anwendung mit der Folge, dass eine ¹⁰/₁₀-Gebühr zu erheben ist. Im hier entschiedenen Fall wurde nach Auslegung durch den 15. Zivilsenat nur die Auflassung durch die Identitätsbescheinigung i. S. v. § 28 Abs. 1 GBO ergänzt. Nachdem damit nur verfahrensrechtliche Ergänzungen vorliegen, sind maßgebliche Kostenvorschriften die §§ 42 und 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO mit der Folge einer ⁵/₁₀-Gebühr. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht im vorliegenden Falle, dass die Identitätsbescheinigung durch einen Notarangestellten in Ausübung der ihm erteilten Vollzugsvollmacht abgegeben wurde. Nachdem die Vollzugsvollmacht nicht auch zur Ergänzung des schuldrechtlichen Kaufvertrages befugte, sondern nur zur Abgabe von Grundbucheklärungen, ist dem vom Senat gewonnenen Ergebnis zu folgen.

Identitätserklärungen spielen jedoch nicht nur bei Nachtragsbeurkundungen zu Kaufverträgen über noch zu vermessende Teilflächen eine Rolle, sondern auch bei Grundschuldbestellungen, wenn diese schon vor der Vermessung und Katasterfortführung beurkundet werden. Betrifft die Identitätsfeststellung eine Grundschuldbestellung mit dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung, entsteht ohnehin eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach §§ 42, 36 Abs. 1 KostO, weil sich die Bezeichnung des Pfandobjektes nicht nur auf die Grundbucheklärungen, sondern auch auf die prozessualen Erklärungen bezieht.³ Erfolgt die Identitätsfeststellung zu einer Grundschuldbestellung mit ausschließlich formellen Grundbucheklärungen (Bewilligung, Antrag), ist nur eine ⁵/₁₀-Gebühr nach § 42 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zu erheben.

Der Geschäftswert einer Identitätsfeststellung ist nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei ein Teilwert von etwa 10–20 % des Wertes des betroffenen Rechtsgeschäftes angemessen ist.⁴

Obwohl das OLG Hamm von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁵ abweicht, sah es sich zu Recht nicht veranlasst, die weitere Beschwerde dem BGH zur Entscheidung vorzulegen. Ob im Einzelfall nicht doch eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 42 i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO für die Identitätsbescheinigung anfällt, hängt von der Fallgestaltung ab, nämlich davon, ob die Identitätsbescheinigung materiellrechtlichen Inhalt hat oder nur verfahrensrechtliche Erklärungen beinhaltet. Der Senat hat im Wege der Auslegung den Standpunkt vertreten, dass die Erklärungen, die hier Gegenstand der Entscheidung waren, nur einen grundbuchrechtlichen Inhalt haben, so dass der Ansatz einer ⁵/₁₀-Gebühr nach § 42 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO folgerichtig ist.

Prüfungsabteilung der
Notarkasse A. d. ö. R., München

¹ Rpfleger 1980, 316.

² Z. B. *Ermann/Ronke*, BGB, 6. Aufl., § 925 Rdnr. 6; *Soergel/Siebert-Baur*, BGB, 11. Aufl., § 925 Rdnr. 38.

³ DNotI-Report 1997, 97.

⁴ So auch OLG Hamm, MittBayNot 1980, 126 = MittRhNotK 1980, 233; OLG Düsseldorf, DNotZ 1980, 188; *Korintenberg/Reimann*, § 30 Rdnr. 43; Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1215.

⁵ DNotZ 1980, 188.

Steuerrecht

22. EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 (*Gewerbliche Prägung einer Personengesellschaft durch ausländische Kapitalgesellschaft*)

Eine ausländische Kapitalgesellschaft, die nach ihrem rechtlichen Aufbau und ihrer wirtschaftlichen Gestaltung einer inländischen Kapitalgesellschaft entspricht, ist geeignet, eine Personengesellschaft gewerblich i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG zu prägen.

BFH, Urteil vom 14.3.2007, XI R 15/05

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DB /2007, 1177.

23. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1; BewG § 9 Abs. 1 Nr. 1 a; AO § 41 Abs. 1, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (*Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erfüllung eines formunwirksamen Verschaffungsvermächtnisses*)

1. **Anerkennen und beachten der Belastete und der Begünstigte den Willen des Erblassers und führen sie dessen formunwirksam angeordnetes Verschaffungsvermächtnis aus, entsteht die Erbschaftsteuer nicht – auch nicht rückwirkend – mit dem Tod des Erblassers, sondern erst mit der Erfüllung des Vermächtnisses.**
2. **Der vermächtnisweise erworbene Anspruch auf Verschaffung einer Sache, die sich der Belastete mit Geldern aus dem Nachlass besorgen muss, ist mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Dies gilt unabhängig davon, ob die Steuer vor 1996 oder nach 1995 entstanden ist.**

BFH, Urteil vom 28.3.2007, II R 25/05

Die Kläger sind die Gesamtrechtsnachfolger ihres während des Rechtsstreits verstorbenen Sohnes W. Ein am 15.5.1998 verstorbener Vetter (E) eines der Kläger hatte drei Wochen vor seinem Tod ein privatschriftliches Testament gefertigt, in dem er u. a. verfügte, sein Geld- und Wertpapiervermögen solle bis auf einen Betrag von 50.000 DM seiner Schwester (S) zufallen; die 50.000 DM solle W bekommen. Dementsprechend gab S in ihrer Erbschaftsteuererklärung an, mit einem Vermächtnis zugunsten des W in Höhe von 50.000 DM beschwert zu sein. Anfang Oktober ging beim beklagten FA ein Schreiben der S ein, wonach E ihr wenige Tage vor seinem Tod bei einem Besuch im Krankenhaus aufgetragen habe, dem W aus dem ihr testamentarisch zugedachten Kapitalvermögen eine Eigentumswohnung im Wert von 250.000 DM bis 300.000 DM zu kaufen. E habe dies noch in sein Testament aufnehmen wollen, dies aber nicht mehr geschafft. Allerdings habe er den W noch davon unterrichten können. Sie, die S, habe erst nach Erklärungsabgabe erfahren, dass einer derartigen mündlichen Verfügung gemäß § 41 AO doch Bedeutung zukommen könne. Sie habe noch keine geeignete Eigentumswohnung gefunden, beantrage aber, bei Festsetzung der Erbschaftsteuer gegen sie eine weitere Verpflichtung aus Vermächtnis in Höhe von 300.000 DM zu berücksichtigen.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5.10.1999 übertrug S dem W unentgeltlich eine Eigentumswohnung. In der Urkunde hieß es, die Übergabe erfolge in Vollzug des letzten Willens des E.

Ungeachtet des im Oktober 1998 eingegangenen Schreibens setzte das FA gegen W – lediglich ausgehend von der Erbschaftsteuererklärung der S – wegen des vermächtnisweisen Erwerbs des W in Höhe von 50.000 DM eine Steuer von 3.600 DM fest. Erst nach Eingang einer Erbschaftsteuererklärung auch des W, in der dieser als

weiteren Erwerb neben den 50.000 DM auch die mittlerweile erhaltene Eigentumswohnung angegeben hatte, erließ das FA einen nach § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO geänderten Bescheid, mit dem es die Erbschaftsteuer auf 47.226 DM heraufsetzte. Dabei war das erklärte Verschaffungsvermächtnis mit 247.858 DM (Erwerbskosten der S ./ Nebenkosten der Übertragung auf W) angesetzt.

Einspruch und Klage, mit denen sich zunächst W und später die Kläger gegen die Bewertung des geltend gemachten Verschaffungsvermächtnisses mit dem Verkehrswert der Eigentumswohnung gewandt und statt dessen verlangt hatten, es mit dem von ihnen in Anlehnung an § 146 BewG ermittelten Grundstückswert in Höhe von 108.000 DM zu bewerten, blieben ohne Erfolg. Das FG war mit dem in EFG 2005, 1133 = MittBayNot 2006, 83 veröffentlichten Urteil der Ansicht, das FA sei gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zum Erlass des Änderungsbescheides berechtigt gewesen. Der Erwerb der Eigentumswohnung durch W sei ein rückwirkendes Ereignis im Sinne dieser Vorschrift. Erst mit dem Vollzug der formunwirksamen Vermächtnisanordnung sei insoweit der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt worden. Der Änderungsbescheid entspreche auch der materiellen Rechtslage. Es, das FG, sei davon überzeugt, dass E kurz vor seinem Tod den Willen kundgetan habe, S solle dem W eine Eigentumswohnung verschaffen, und dass S diesen Willen umgesetzt habe. Dieses Verschaffungsvermächtnis sei mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Das ergebe sich aus dem Korrespondenzprinzip. Der Gegenstand des Vermächtnisses habe sich zunächst nicht im Nachlass befunden. W habe zunächst keinen Herausgabeanspruch, sondern einen Anspruch gegen S erworben, sich die Sache zu beschaffen. Darin liege ein wesentlicher Unterschied zum reinen Sachvermächtnis, der es ausschließe, dem Verschaffungsvermächtnis dieselbe Sonderbehandlung angedeihen zu lassen wie einem reinen Sachvermächtnis.

Mit der Revision rügen die Kläger fehlerhafte Anwendung des § 12 Abs. 1 ErbStG sowie des § 9 BewG. Die Ansprüche aus Verschaffungsvermächtnissen seien wie die Rechte aus reinen Sachvermächtnissen zu bewerten, nämlich mit dem Steuerwert der Sache, auf die die Ansprüche gerichtet seien. Die Ansprüche aus Verschaffungsvermächtnissen seien nämlich nicht Teil eines Gegenseitigkeitsverhältnisses. Daran ändere die Tatsache, dass der Beschwerzte die Sache mit Mitteln aus dem Nachlass erst erwerben müsse, nichts.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Die Sachverhaltswürdigung des FG, S habe ein unwirksames Vermächtnis des E, dem W eine Eigentumswohnung zu verschaffen, erfüllt, ist zwar möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Sachverhalt ist daher materiellrechtlich so zu besteuern, als habe E ein wirksames Verschaffungsvermächtnis angeordnet. Die Erfüllung dieses Vermächtnisses hat aber zu einem weiteren Erwerb des W nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG geführt, für den die Steuer erst mit der Erfüllung entstanden ist. Die Steuer war daher nicht im Wege einer Änderung desjenigen Bescheides festzusetzen, der bereits bezüglich des Geldvermächtnisses ergangen war, sondern durch einen weiteren, selbständigen Bescheid. Da der Vorentscheidung eine andere Rechtsauffassung zugrunde liegt, war sie aufzuheben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Auch der angefochtene Änderungsbescheid konnte keinen Bestand haben.

1. Wird eine Verfügung von Todes wegen ausgeführt, obwohl sie unwirksam ist, und beruht die Ausführung der Verfügung auf der Beachtung des erblasserischen Willens, den Begünstigter und Belasteter anerkennen, ist gemäß § 41 Abs. 1 AO das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs erbschaftsteuerrechtlich von Bedeutung (BFHE 191, 403 = BStBl II 2000, S. 588, sowie BFHE 91, 311 = BStBl II 1970, S. 119). Ein formunwirksames Vermächtnis ist danach erbschaftsteuerrechtlich zu erfassen, wenn feststeht, dass der Beschwerzte die Rechtshandlungen, die sich als Erfüllung dieses Vermächtnisses darstellen, mit dem Willen vorgenommen hat, dem (formunwirksam) geäußerten letzten Willen des Erblassers zu

entsprechen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine Tatfrage. Im Streitfall hat das FG das Vorliegen der Voraussetzungen bejaht. Daran ist das Revisionsgericht gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden. Die Schlussfolgerungen des FG sind möglich und verstößen weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze.

2. Die nach § 41 Abs. 1 AO i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG festzusetzende Steuer für den vermächtnisweisen Erwerb eines formunwirksam Bedachten entsteht entgegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) ErbStG nicht – auch nicht rückwirkend – mit dem Tod des Erblassers, sondern erst mit der Erfüllung des formunwirksam geäußerten letzten Erblasserwillens. Erst zu diesem Zeitpunkt ist der um § 41 Abs. 1 Satz 1 AO zu ergänzende Erwerbstatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. S. d. § 38 AO verwirklicht (so auch *Gebel*, UVR 1995, 239, 243, sowie *Moench*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 3 Rdnr. 57). Die Frage, ob der Erfüllung die Bedeutung eines rückwirkenden Ereignisses i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zukommt, kann sich nur auf Seiten des Erfüllenden stellen, und zwar dann, wenn gegen diesen bereits ein Erbschaftsteuerbescheid ergangen ist, ohne das nunmehr vollzogene unwirksame Vermächtnis zu berücksichtigen. Verschiedene Zeitpunkte der Tatbestandsverwirklichung und damit zusammenhängend der Entstehung der Steuer bedeuten nämlich, dass selbständige Erwerbsvorgänge vorliegen, für die die Steuer jeweils gesondert festzusetzen ist (BFH/NV 2006, 1480, unter II.3. a). Da das FG demgegenüber einen einzigen, beide Vermächtnisse umfassenden Erwerb des W von Todes wegen angenommen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben. (...)

4. Für den Fall einer erstmaligen Steuerfestsetzung wegen des formunwirksamen, aber vollzogenen Verschaffungsvermächtnisses weist der Senat auf folgendes hin: Der Besteuerung unterliegt der nach § 41 Abs. 1 Satz 1 AO anzunehmende Erwerb eines Verschaffungsanspruchs auf eine Eigentumswohnung. Dieser Anspruch ist wie ein Sachleistungsanspruch zu bewerten. Sachleistungsansprüche werden nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 BewG grundsätzlich mit dem gemeinen Wert und nicht mit dem Steuerwert der Sache, auf die sie gerichtet sind, bewertet (BFHE 183, 248 = BStBl II 1997, S. 820; BFHE 198, 342 = BStBl II 2002, S. 598, 615 = NJW 2002, 3197). Eine Ausnahme davon hat die Rechtsprechung zum ErbStG in der Fassung vor Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I, S. 2049, 2055) lediglich für einseitige Sachleistungsansprüche und -verpflichtungen gemacht, die – wie diejenigen aus Sachvermächtnissen – zu keiner Zeit Teil eines Gegenseitigkeitsverhältnisses waren (BFHE 183, 248 = BStBl II 1997, S. 820, 823). Ob an ihr auch für Sachvermächtnisse festzuhalten ist, für die die Steuer nach 1995 entstanden ist, kann im Streitfall ebenso auf sich beruhen wie in der Entscheidung des Senats vom 2.7.2004 (BFHE 207, 42 = BStBl II 2004, S. 1039 = MittBayNot 2005, 342).

a) Die Ausnahme erfolgte nicht im Hinblick auf den Vermächtnisnehmer als Berechtigten, sondern wegen der Verhältnisse auf Seiten des Beschwerten – also zumeist des Erben – als Verpflichteten. Beim Vermächtnisnehmer musste nur deshalb eine mit der Erbenseite korrespondierende Bewertung vorgenommen werden, weil ein auf denselben Gegenstand bezogener Anspruch nicht anders bewertet werden sollte als die ihm gegenüberstehende Verpflichtung. Die Erben aber erwerben bei einem Sachvermächtnis neben der Verpflichtung, den vermachten Gegenstand auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen, diesen Gegenstand selbst. Per Saldo gleichen sich Aktiv- und Passivposten aus. Werden aber der Gegenstand

und die ihn betreffende Sachleistungsverpflichtung unterschiedlich bewertet, nämlich die Verpflichtung mit dem gemeinen Wert und der Gegenstand selbst mit einem davon abweichenden Steuerwert, beeinflusst der abweichende Steuerwert auf Seiten der Erben die Höhe der Bereicherung im Übrigen.

b) Diese Erwägungen, die zu der Ausnahme für die Ansprüche und Verpflichtungen aus Sachvermächtnissen geführt haben, treffen auf Verschaffungsvermächtnisse, die der Erbe mit Geldern aus dem Nachlass erfüllen soll, nicht zu. In derartigen Fällen steht der Verpflichtung des Erben, das Verschaffungsvermächtnis zu erfüllen, der Erwerb des mit dem Nennwert zu bewertenden Kapitalvermögens gegenüber. Der Sachleistungsanspruch aus einem Verschaffungsvermächtnis, das mit Geldern des Nachlasses erfüllt werden soll, ist daher mit dem gemeinen Wert zu bewerten (so auch *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 174; a. A. *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 42; unentschieden: *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 176; eine Sonderstellung nimmt *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, BewG, 2. Aufl. 2004, § 3 ErbStG Rdnr. 130 ein, der auch betont, dass die Verschaffungsverpflichtung des beschwerten Erben mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist, aber die Notwendigkeit leugnet, den Verschaffungsanspruch des Vermächtnisnehmers ebenso zu bewerten wie die Verschaffungsverpflichtung des Erben – eingeschränktes Korrespondenzprinzip –).

Anmerkung:

Bei einem Verschaffungsvermächtnis erwirbt der Begünstigte einen Anspruch auf Übereignung eines Gegenstandes, der sich nicht im Nachlass befindet, sondern von dem Beschwerten mit den Mitteln des Nachlasses erst beschafft werden muss (§§ 2169 Abs. 1, 2170 BGB). Das Verschaffungsvermächtnis ist in der Kautelarpraxis besonders dann interessant, wenn der Erblasser die erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorteile (noch) für bestimmte Sachwerte (z. B. Grundstücke) nutzen möchte, diese aber nicht selbst erworben hat und zu seinen Lebzeiten auch nicht mehr erwerben will.

Im vorliegenden Fall war ein bloß mündlich angeordnetes Verschaffungsvermächtnis für Zwecke der Erbschaftsteuer als wirksam anzuerkennen. Diese Erkenntnis ist vor dem Hintergrund des § 41 Abs. 1 Satz 1 AO nicht spektakulär.¹ Zivilrechtlich unwirksame letztwillige Verfügungen sind erbschaftsteuerlich gleichwohl relevant, wenn sie entsprechend dem Erblasserwillen tatsächlich ausgeführt werden; dafür trägt der Erbe, der die Vermächtnisverpflichtung als Nachlassverbindlichkeit abziehen möchte, die Beweislast.² Ein interessanter, vom BFH so entschiedener Nebenaspekt ist dabei aber, dass entgegen dem Grundsatz des § 9 Abs. 1 Nr. 1 a ErbStG die Steuer für den Vermächtnisnehmer nicht bereits mit dem Tod des Erblassers entsteht; denn in diesem Fall darf nur auf den Zeitpunkt der Erfüllung abgestellt werden, weil vorher ein Vermächtniserwerb mangels Rechtsanspruch jedenfalls aus der Sicht des Vermächtnisnehmers nicht unterstellt werden dürfe.³

Da die notarielle Praxis aber naturgemäß auf die Schaffung von vornherein formwirksamer Verfügungen von Todes wegen angelegt ist, hat die andere streitgegenständliche Frage

¹ Vgl. den Besprechungsaufsatz zur Entscheidung der Vorinstanz – FG Köln, MittBayNot 2006, 83 – von *Wachter*, MittBayNot 2006, 10.

² *Halaczinsky*, ErbStB 2007, 196, 197.

³ Vgl. auch *Ebeling*, ZEV 2007, 344.

besondere Bedeutung, nämlich, ob ein Verschaffungsvermächtnis über Immobilien mit dem gemeinen Wert des Verschaffungsanspruchs (*vulgo*: der Immobilie) oder mit dem zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Anmerkung noch geltenden – regelmäßig wesentlich günstigeren – erbschaftsteuerlichen Bedarfswert zu bewerten ist. Der BFH bestätigt jetzt die Rechtsauffassung der Vorinstanz⁴ zur Bewertung eines Verschaffungsvermächtnisses mit dem gemeinen Wert des vermächtnisweise ausgesetzten Anspruchs. Basis der Argumentation ist dabei für den BFH das erbschaftsteuerliche sog. „Korrespondenzprinzip“: Danach sollen sich die Steuerlast des Vermächtnisnehmers (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und die Nachlassverbindlichkeit des Erben (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) wertmäßig entsprechen. Auch wenn diese Argumentation angreifbar ist, worauf hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden kann,⁵ hat sie konsequent fortgeführt für die Rechtsgestaltung auch ihr Gutes: Mit ihr muss nämlich zugleich in Frage gestellt werden, ob der BFH an seinem mittlerweile „berühmten“ *obiter dictum* vom 2.7.2004 zur Bewertung von – ja weitaus praxishäufigeren – reinen Sachvermächtnissen⁶ mit dem gemeinen Wert weiter festhalten kann. In dieser Entscheidung wurde nämlich mit dem Korrespondenzprinzip gerade nicht gearbeitet. Der BFH lässt dies jetzt ausdrücklich offen, m. E. ist den Urteilsgründen aber bereits eine (verklausulierte) Aufgabe der *obiter* geäußerten Rechtsauffassung zu entnehmen. Die Finanzverwaltung hatte diese bisher ohnehin nicht übernommen.⁷ Für konzertierte Nachtragsaktionen oder „Umdrehgestaltungen“ unter Verzicht auf Grundstücksvermächtnisse besteht nunmehr nach meiner persönlichen Einschätzung noch weniger Anlass als unmittelbar nach der Entscheidung des BFH vom 2.7.2004.⁸

Für die Zukunft relativiert sich die gesamte Problematik nämlich ohnehin: Falls der Gesetzgeber das ErbStG spätestens bis 31.12.2008 den Grundsätzen des BVerfG in dessen Entscheidung vom 7.11.2006⁹ anpasst und den Wertansatz einheitlich für alle Vermögensgruppen auf der Bewertungsebene am gemeinen Wert (Verkehrswert) orientiert,¹⁰ ist die gesamte Rechtsprechung in diesem Bereich – u. U. auch zur Bewertung von gemischten Schenkungen und Auflagenschenkungen! – in Frage zu stellen.¹¹

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

⁴ FG Köln, MittBayNot 2006, 83.

⁵ Mit unterschiedlichen Ansätzen z. B. *Ebeling*, ZEV 2007, 344, 345; *Wachter*, MittBayNot 2006, 10, 13 ff. (zur – inhaltsgleichen – Argumentation der Vorinstanz, FG Köln, MittBayNot 2006, 83).

⁶ BStBl II 2004, S. 1039 = DStR 2004, 1868, 1869 = MittBayNot 2005, 342.

⁷ ErbStR 92 Abs. 2 Satz 1, 124 Abs. 3 Satz 2 – allerdings ohne Stellungnahme speziell zu Verschaffungsvermächtnissen – und die neuen Erlasse der Länderfinanzverwaltungen, nachgewiesen bei *Wachter*, MittBayNot 2006, 10, 16 in Fn. 41.

⁸ BStBl II 2004, S. 1039 = DStR 2004, 1868, 1869 = MittBayNot 2005, 342.

⁹ BStBl II 2007, S. 192 = ZEV 2007, 76 = NJW 2007, 573 = MittBayNot 2007, 161 (LS) m. Anm. *Wälzholz*.

¹⁰ Vgl. hierzu auch das Eckpunktepapier „Bewertung der Vermögensarten“ der Koch/Steinbrück-Arbeitsgruppe v. 6.11.2007, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de.

¹¹ So auch *Ebeling*, ZEV 2007, 344, 345.

24. EStG §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1; BGB §§ 1008, 1010, 2032; AO § 39 Abs. 2 Nr. 1 (*Ideeller Miteigentumsanteil als selbständiges Wirtschaftsgut*)

Ein ideeller Miteigentumsanteil an einem Grundstück ist ein selbständiges Wirtschaftsgut, wenn durch dinglich wirksame Vereinbarung den Miteigentümern jeweils eine ausschließliche Nutzung zugewiesen und die Aufhebung der Gemeinschaft für immer ausgeschlossen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG München, Urteil vom 19.7.2007, 5 K 87/06

Mit notariellem Vertrag wurde zwischen D, A (der Ehefrau des Klägers) und dem Kläger Folgendes vereinbart:

„D und A setzten sich als Erben der am 9.1.1996 verstorbenen H dahingehend auseinander, dass sie das Grundstück in G zu je hälftigem Bruchteilsmitigentum erhalten.“

Diesen hälftigen Miteigentumsanteil veräußerte die D an den Kläger in derselben Urkunde für 4.250.000 DM. Im Kaufpreis war ein Entgelt für mitverkauftes Inventar in Höhe von 200.000 DM enthalten. Die alleinige und ausschließliche Nutzung der – farblich im Lageplan gekennzeichneten – Grundstücksteile samt aufstehenden Gebäuden wurde gleichzeitig von den künftigen Miteigentümern, A und dem Kläger, vereinbart. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, war für immer ausgeschlossen. Die Nutzungsregelung und der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft wurden entsprechend dem notariellen Vertrag im Grundbuch eingetragen, ebenso ein dingliches Vorkaufsrecht für den jeweils anderen Miteigentumsanteil.

Der A zugewiesene Nutzungsanteil dient eigenen Wohnzwecken. Der Nutzungsanteil des Klägers ist vermietet.

Aufgrund einer beim Kläger durchgeführten Außenprüfung wurden die Einkommensteuerbescheide 1996 bis 1998 entsprechend den Feststellungen der Betriebsprüfung geändert. Danach wurden die wegen der Finanzierung des Kaufpreises angefallenen Zinsen und Geldbeschaffungskosten sowie die Abschreibung nur noch anteilig als Werbungskosten berücksichtigt, d. h. soweit sie auf den vermieteten Teil des Grundstücks in G im Verhältnis zum Gesamtobjekt entfielen.

Mit der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage begehrt der Kläger, die im Zusammenhang mit dem Grundstück in G, R-Str. 45, angefallenen Kosten und die Abschreibung in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzuziehen.

Aus den Gründen:

II.

Die Klage ist begründet.

1. Werbungskosten sind gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Gemäß Satz 2 und 3 Nr. 1 und Nr. 7 dieser Vorschrift sind Werbungskosten auch Schuldzinsen und Absetzungen für Abnutzung, soweit sie mit einer Einkunftsart im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Entgegen der Auffassung des FA hat der Kläger den Kaufpreis für den – mit einem ausschließlichen Nutzungsrecht an bestimmten Grundstücksteilen und Gebäuden verbundenen – Miteigentumsanteil an dem Grundstück aufgewendet, um Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. Hierbei handelte es sich zwar zivilrechtlich um einen ideellen Miteigentumsanteil am gesamten Grundstück, steuerrechtlich aber um den Erwerb eines selbständigen Wirtschaftsguts, das vom Kläger zur Erzielung von Vermietungseinkünften eingesetzt wird. Jeder Miteigentumsanteil ist als selbständige wirtschaftliche Einheit zu bewerten, wenn durch dinglich wirksame Vereinbarung den Miteigentümern jeweils die ausschließliche Nutzung z. B. einer abgeschlossenen Wohnung zugewiesen, und die Aufhebung der Gemeinschaft für immer ausgeschlossen worden ist (FG Baden-Württemberg, EFG 1993, 287 m. w. N.).

a) Im Notarvertrag wurden die Interessen aller Vertragspartner gleichermaßen geregelt. In dem einheitlichen Vertragswerk bedingen – wie die Auslegung des Vertrags zeigt – die jeweiligen Verfügungen einander.

Damit D aus der Erbengemeinschaft ausscheiden konnte, musste A einverstanden sein. Das streitbefangene Grundstück gehörte vor Abschluss des Vertrags zur gesamten Hand den Miterben A und D (§ 2032 BGB). Der Anteil an zum Gesamthandvermögen gehörigen Gegenständen ist sachenrechtlich nicht fassbar. Daher steht die Nutzungs- und Verwertungsbezugnis nur allen Gesamthändern gemeinsam zu. Anders beim schlichten Miteigentum. Hier steht jedem Miteigentümer ein bestimmter, fester Anteil an der Sache zu, der keiner räumlichen Aufteilung der Sache entspringt, also real nicht sichtbar ist und daher ideeller Anteil genannt wird (§§ 1008 bis 1011 BGB). Dieser Miteigentumsanteil ist Eigentum, jeder Miteigentümer kann über ihn wie über Alleineigentum verfügen, kann ihn z. B. veräußern, und zwar in derselben Form, die für Alleineigentum vorgesehen ist. Eine über die Verwaltung getroffene Vereinbarung der Miteigentümer wirkt auch für und gegen die Rechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 BGB).

Das Grundstück in G war auch deshalb in Miteigentum nach Bruchteilen zu $\frac{1}{2}$ aufzuteilen, um für A und den Kläger als künftige Miteigentümer den Rechtsanspruch, einerseits über den jeweiligen Anteil am Grundstück verfügen zu können und um andererseits räumlich bezeichnete Gebäudeteile zur jeweils ausschließlichen Nutzung für A und den Kläger zu schaffen. Die künftigen Miteigentümer, d. h. der Kläger und seine Ehefrau, haben einander schon vor dem Eigentumserwerb eine gesicherte Rechtsposition zum Besitz und zur Nutzung ihrer jeweiligen Grundstücksteile eingeräumt. Mit Abschluss des Kaufvertrags war der Kläger bereits von der Nutzung des ausschließlich seiner Ehefrau zugewiesenen Grundstücksteils ebenso ausgeschlossen wie umgekehrt seine Ehefrau von der Nutzung des ihm zugewiesenen Anteils. Die Nutzungsvereinbarung für das streitgegenständliche Grundstück konnte nicht gegen den Willen eines der beiden Miteigentümer abgeändert werden; es konnte wegen der Eintragung im Grundbuch auch Dritten gegenüber durchgesetzt werden (§ 1010 BGB). Für den Kläger wiederum bildete die Nutzungsvereinbarung die Geschäftsgrundlage für den Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils und damit zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises an D. Hierfür spricht auch, dass die Ehefrau des Klägers sich nicht an den Einkünften des Klägers beteiligen, sondern den ausschließlich ihr zugewiesene Anteil (nur) zu privaten Wohnzwecken nutzen wollte. Damit kann die Nutzungsvereinbarung nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist – soweit es den Kläger angeht – integraler Bestandteil eines der Einkunftserzielung dienenden Wirtschaftsguts. Die von den Vertragsparteien umgesetzte Vertragsgestaltung Miteigentum mit Benutzungsregelung und Ausschluss der Teilungsversteigerungsmöglichkeit war vom Notar steuerlich so empfohlen.

b) Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH (vgl. z. B. BFH, BStBl II 1995, S. 281 m. w. N.; BFHE 186, 371 = BStBl II 1998, S. 625 = NJW 1999, 448; BFHE 111, 242 = BStBl II 1974, S. 132 in C. II. 3.) sind Teile eines Gebäudes, die in verschiedenen Nutzungs- und Funktionszusammenhängen

stehen, selbständige Wirtschaftsgüter i. S. d. § 6 Abs. 1 EStG. Aufgrund der dem Notarvertrag beigelegten Lagepläne und der tatsächlichen Nutzung der Teilflächen in Übereinstimmung mit der Nutzungsvereinbarung steht fest, welche konkrete Grundstücksfläche der privaten Nutzung durch A und welche Grundstücksfläche der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung des Klägers dient. Das ermöglicht die eindeutige Zuordnung der Grundstücksteile zur jeweiligen Nutzungsart und definiert so jeweils selbständige Wirtschaftsgüter im Sinne des Steuerrechts, das insoweit vorrangig an die tatsächliche Nutzung durch den Steuerpflichtigen anknüpft.

c) Der Kläger ist nach Auffassung des Senats auch wirtschaftlicher Eigentümer der ihm räumlich zugewiesenen Grundstücksteile samt Gebäude, weil das Miteigentum mit Benutzungsregelung und Ausschluss der Teilungsversteigerungsmöglichkeit den zivilrechtlichen Miteigentümer wirtschaftlich ausschließt. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO ist wirtschaftlicher Eigentümer derjenige, der die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Ein wirtschaftlicher Ausschluss in diesem Sinne liegt vor, wenn nach dem Gesamtbild der Verhältnisse kein Herausgabeanspruch des zivilrechtlichen Eigentümers besteht oder der Herausgabeanspruch keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat. Die Definition des wirtschaftlichen Eigentums in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO umfasst eine Mehrzahl ungleichartiger „zivilrechtlicher Rechtslagen“, die Nichteigentümern eine eigentumsähnliche Rechtsposition verschaffen (BFH/NV 2005, 164 m. w. N.). Wirtschaftliches Eigentum ist auch an ideellen Miteigentumsanteilen möglich (*Schmieszek* in Beermann/Gosch, AO, § 39 Rdnr. 9 und 9.1).

d) Unabhängig davon, ob der Kläger zivilrechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer des (räumlich bestimmten) Wirtschaftsguts geworden ist (vgl. BFH/NV 2000, 139 = BStBl II 1999, S. 744 = BFHE 189, 174 = NJW 1999, 3584), könnten seine Aufwendungen schon deshalb berücksichtigt werden, weil er das Wirtschaftsgut aufgrund einer gesicherten Rechtsposition nutzt (BFH, BStBl II 1995, S. 281 unter C V; BFH, BStBl II 1999, S. 778 = NJW 1999, 3580), nämlich aufgrund der dinglich gesicherten Nutzungsvereinbarung. Dies beruht auf dem allen Einkunftsarten zugrundeliegenden Nettoprinzip, dem zufolge die erwerbssichernden Aufwendungen von den steuerpflichtigen Einnahmen abgezogen werden (vgl. § 2 Abs. 2 i. V. m. §§ 4 ff. und 9 EStG). Das objektive Nettoprinzip gebietet grundsätzlich den Abzug der vom Steuerpflichtigen zur Einkunftserzielung getätigten Aufwendungen auch dann, wenn und soweit diese Aufwendungen auf in fremdem Eigentum stehende Wirtschaftsgüter erbracht werden. Maßgeblich für die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen als Werbungskosten ist allein, dass der Kläger die Aufwendungen auf das Wirtschaftsgut im eigenen Interesse selbst getragen hat und er das Wirtschaftsgut auch für Vermietungszwecke nutzen darf (BFH/NV 2004, 1335 = BStBl II 2004, S. 780 = BB 2004, 1726). (...)

Damit sind die Finanzierungsaufwendungen und die Abschreibung in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung des Klägers abzugsfähig.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Unterhaltungspflichten beim Nießbrauch

Im Rahmen einer Hausübergabe hat sich der Veräußerer den Nießbrauch vorbehalten, für welchen die gesetzlichen Bestimmungen gelten sollten. Nachdem die Heizung ausgefallen ist, stellt sich heraus, dass diese komplett erneuert werden muss. Der Erwerber weigert sich, die Heizung zu erneuern und die Kosten hierfür zu übernehmen.

Bekanntlich obliegen einem Nießbraucher nach der gesetzlichen Regelung des § 1041 Satz 2 BGB Ausbesserungen und Erneuerungen nur insoweit, als sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. „Oblieden“ bedeutet hier zugleich eine Verpflichtung des Nießbrauchers: Der Eigentümer hat einen durchsetzbaren Anspruch gegen den Nießbraucher auf Vornahme der Maßnahmen. Gewöhnliche Unterhaltung i. S. v. § 1041 BGB liegt vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Maßnahme muss bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung *regelmäßig, wiederkehrend* und *innerhalb kürzerer Zeitabstände* zu erwarten sein.

Beispiele für *gewöhnliche* Unterhaltungsmaßnahmen sind normale Verschleiß- und Schönheitsreparaturen, laufende Anstricharbeiten und die Erneuerung einer zerbrochenen Fensterscheibe. *Außergewöhnliche* Unterhaltungsmaßnahmen liegen beispielsweise bei einer Erneuerung der Heizung oder der Dacheindeckung, der Beseitigung eines Wasserschadens oder beim Wiederherrichten völlig verwohnter Mieträume vor.

Die gesetzliche Regelung ist nach herrschender Meinung zumindest dahingehend abdingbar, dass dem Nießbraucher auch Maßnahmen auferlegt werden können, die über die gewöhnliche Unterhaltung hinausgehen. Hiervon wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht, insbesondere beim Vorbehaltsnießbrauch (wenn die Unterhaltungskosten weiterhin vom Übergeber getragen werden sollen) und beim Nießbrauch an vermieteten Sachen (um dem Nießbraucher den vollen Werbungskostenabzug zu erhalten).

Weniger bekannt und möglicherweise überraschend ist die Rechtslage, wenn die gesetzliche Regelung beibehalten wurde und eine Maßnahme der außergewöhnlichen Unterhaltung ansteht, z. B. die notwendige Erneuerung der Heizung im Hinblick auf die EnEV. § 1041 BGB gibt dem Nießbraucher umgekehrt nämlich keinen Anspruch gegen den Eigentümer auf Vornahme der ihm nicht obliegenden Maßnahme. Dies entspricht dem Grundsatz, dass der Eigentümer im Rahmen von Dienstbarkeiten (zu denen auch der Nießbrauch gehört) keine Leistungspflichten hat. Der Nießbraucher ist lediglich berechtigt, die außergewöhnliche Maßnahme selbst vorzunehmen (§ 1043 BGB); vom Eigentümer kann er ggf. nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen (§ 1049 Abs. 1 BGB). Seine Aufwendungen wird er daher in der Regel nur dann ersetzt bekommen, wenn die Maßnahme dem Interesse und (mutmaßlichen oder wirklichen) Willen des Eigentümers entspricht oder § 679 BGB einschlägig ist.

Verwunderlich erscheint dabei auf den ersten Blick, dass beim dinglichen Wohnungsrecht eine Vereinbarung über die Unterhaltung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume anerkannt ist und in der notariellen Praxis zum Standard

gehört. So formulieren etwas *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1234: „Der Eigentümer hat das Gebäude und die dem Wohnrecht unterliegenden Räume und Einrichtungen stets in ordnungsmäßigem, gut bewohnbarem und beheizbarem Zustand zu erhalten.“

Eine solche Regelung wird als zulässige Ausgestaltung des dinglichen Begleitschuldverhältnisses angesehen.

Was beim Wohnungsrecht vereinbart werden kann, scheint jedoch beim Nießbrauch nicht möglich zu sein: Im Rahmen des § 1041 BGB sollen dem Eigentümer keine Leistungsverpflichtungen gegenüber dem Nießbraucher auferlegt werden können (so z. B. *Palandt/Bassenge*, BGB, 66. Aufl., § 1041 Rdnr. 4). Das ist jedoch als allgemeine Aussage abzulehnen, denn bei einer vereinbarten Unterhaltungspflicht handelt es sich nicht um eine Hauptpflicht des Eigentümers. Auch der Nießbrauch ist eine Dienstbarkeit (vgl. die Überschrift Abschnitt 4 Buch 3 Sachenrecht). Was in § 1021 BGB zur Grunddienstbarkeit vereinbart werden kann und beim Wohnungsrecht anerkannt ist, kann auch beim Nießbrauch nicht unzulässig sein (*Staudinger/Frank*, BGB, 2002, § 1041 Rdnr. 8). Anders sind Vereinbarungen zu beurteilen, die nicht die Unterhaltung der Sache, sondern die Erhaltung und Wiederherstellung betreffen (z. B. die Wiederaufforstung eines Waldes nach Kahlschlag), die nur auf schuldrechtlicher Basis und nicht als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs vereinbart werden können.

Häufig stellt sich in der Praxis die Frage, ob ein dingliches Wohnungsrecht oder ein Nießbrauch bestellt werden soll, z. B. bei der Übergabe eines ganzen Hauses. Beides wäre hier zulässig. Die Abgrenzung erfolgt nach heute überwiegender Meinung nicht nach materiellen, sondern formellen Kriterien. Nießbrauch und Wohnungsrecht könnten sogar noch dadurch angenähert werden, dass man bei ersterem die Vermietungsmöglichkeit ausschließt (was nach § 1030 Abs. 2 BGB zulässig wäre) und bei letzterem die Ausübung durch Dritte und damit die Vermietung zulässt (§ 1092 BGB). Auch deshalb sollten hier vergleichbare Regelungen zur Unterhaltungspflicht möglich und zulässig sein.

Soll der Nießbraucher gegen den Eigentümer – abweichend von § 1041 BGB – einen (verdinglichten) Anspruch auf die Unterhaltung der Sache haben, empfiehlt sich folgender Formulierungsvorschlag:

E räumt N auf Lebensdauer den Nießbrauch am Grundstück FINr. ... ein. Für den Nießbrauch gelten – soweit nachfolgend nicht anderes vereinbart – die gesetzlichen Bestimmungen. Danach ist der Nießbraucher zur umfassenden Nutzung der Sache berechtigt, darf diese aber nicht umgestalten oder wesentlich verändern. Der Nießbraucher schuldet bei Ausübung des Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Er darf den Grundbesitz auch über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermieten oder verpachten, unbeschadet des Übergangs von Miet- und Pachtverhältnissen auf den Eigentümer und dessen Kündigungsrechts nach § 1056 BGB bei Nießbrauchsende. Der Nießbraucher ist nur zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache und nur verpflichtet, die öffentlichen Lasten (z. B. Grundsteuer) und die beim Erbfall bestehenden privaten Lasten (z. B. Zinsen von Grundpfandrechten), ebenso

die Versicherungen nach § 1045 BGB zu tragen, nicht aber die außerordentlichen Lasten, die auf den Stammwert der Sache entfallen (z. B. Erschließungsbeiträge). Im Übrigen ist der Eigentümer dem Nießbraucher gegenüber verpflichtet, für die Unterhaltung der Sache zu sorgen, soweit diese

über die gewöhnliche Unterhaltung hinausgeht und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als erforderlich anzusehen ist.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

2. Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2007, 80). Neue Richtzahl ab 1.10.2007: 14,3

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das OLG Bamberg hat im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eine Neuberechnung der Richtzahlen, die ab 1.10.2007 anzuwenden sind, erstellt. Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 14,3. Nicht auf Euro umgestellt sind bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in DM mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88 und MittBayNot 2007, 80 wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Keine neue Richtzahl wurde für Betriebseinrichtungen mitgeteilt. Diese beträgt seit 1.10.2003 (ebenfalls nach Euro-Umstellung) unverändert 7,3.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn heute Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 19 Rdnr. 58 a am Ende).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse A.d.ö.R. gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

Im Übrigen gelten die ergänzenden Hinweise der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R. in MittBayNot 2006, 88 und MittBayNot 2007, 80.

2007

Stand: 1.10.2007

Tabelle

zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2007 für Gebäude:14,3

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8 a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 b WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	11,326	11,326	11,326	11,211	11,097
2	11,211	11,326	11,097	10,982	10,639
3	11,097	11,211	10,982	10,754	10,296
4	10,982	11,211	10,868	10,525	9,953
5	10,868	11,097	10,754	10,296	9,495
6	10,754	11,097	10,525	10,067	9,152
7	10,639	10,982	10,410	9,838	8,809
8	10,525	10,982	10,296	9,610	8,351
9	10,410	10,868	10,182	9,381	8,008
10	10,296	10,754	9,953	9,152	7,665
11	10,182	10,754	9,838	8,923	7,207
12	10,067	10,639	9,724	8,694	6,864
13	9,953	10,639	9,610	8,466	6,521
14	9,838	10,525	9,381	8,237	6,063
15	9,724	10,410	9,266	8,008	5,720
16	9,610	10,410	9,152	7,779	5,377
17	9,495	10,296	9,038	7,550	4,919
18	9,381	10,182	8,809	7,322	4,576
19	9,266	10,182	8,694	7,093	4,233
20	9,152	10,067	8,580	6,864	3,775
21	9,038	9,953	8,466	6,635	und darüber (Restwert = 30%): 3,432
22	8,923	9,953	8,237	6,406	
23	8,809	9,838	8,122	6,178	
24	8,694	9,724	8,008	5,949	
25	8,580	9,610	7,894	5,720	
26	8,466	9,610	7,665	5,491	
27	8,351	9,495	7,550	5,262	
28	8,237	9,381	7,436	5,034	
29	8,122	9,266	7,322	4,805	
30	8,008	9,152	7,093	4,576	
31	7,894	9,152	6,978	4,347	
32	7,779	9,038	6,864	4,118	
33	7,665	8,923	6,750	3,890	
34	7,550	8,809	6,521	3,661	
35	7,436	8,694	6,406	und darüber (Restwert = 30%): 3,432	
36	7,322	8,694	6,292		
37	7,207	8,580	6,178		
38	7,093	8,466	5,949		
39	6,978	8,351	5,834		
40	6,864	8,237	5,720		
41	6,750	8,122	5,606		

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre
Gebäudealter in Jahren			
42	6,635	8,008	5,377
43	6,521	7,894	5,262
44	6,406	7,779	5,148
45	6,292	7,665	5,034
46	6,178	7,550	4,805
47	6,063	7,436	4,690
48	5,949	7,322	4,576
49	5,834	7,207	4,462
50	5,720	7,093	4,233
51	5,606	6,978	4,118
52	5,491	6,864	4,004
53	5,377	6,750	3,890
54	5,262	6,635	3,661
55	5,148	6,521	3,546
56	5,034	6,406	darüber
57	4,919	6,292	(Restwert = 30%):
58	4,805	6,178	3,432
59	4,690	6,063	
60	4,576	5,949	
61	4,462	5,834	
62	4,347	5,720	
63	4,233	5,606	
64	4,118	5,491	
65	4,004	5,262	
66	3,890	5,148	
67	3,775	5,034	
68	3,661	4,919	
69	3,546	4,805	
70	und darüber (Restwert = 30%): 3,432	4,576	
71		4,462	
72		4,347	
73		4,233	
74		4,118	
75		3,890	
76		3,775	
77		3,661	
78		und darüber (Restwert = 30%): 3,546	

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Ralf Kellner, Immenstadt, wurde am 11.10.2007 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

Notar Dr. Tilman Götte, Präsident der Bundesnotarkammer München, wurde am 18.12.2007 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Verstorben:

Notar Lothar Kämmerer, Ludwigshafen, verstorben am 5.12.2007

Notar Dr. Bernd Pachtner, München, verstorben am 18.12.2007

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.12.2007:

Notar Dr. Markus Sikora, Hof (Geschäftsführer der Notarkasse A.d.ö.R.)

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Notar Jürgen Baumgart, Weiden i. d. Opf.

Notar Manfred Porath, München

Notar Dr. Peter Latinak, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Notar Günter Hölzl, Rosenheim

Mit Wirkung vom 1.5.2008:

Notar Georg Becker, Neumarkt-St. Veit

Notar Gerhard Bächer, Passau

Mit Wirkung vom 1.6.2008:

Notar Wolfgang Wieser, Lohr a. Main

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Notar Georg Rieß, Dorfen

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.12.2007:

Hof	dem Notarassessor Dr. Markus Sikora (bisher in München Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)
-----	---

Hof	dem Notarassessor Simon Meyer (bisher in Hof Notarstelle Dr. Krauß)
-----	--

Mit Wirkung vom 1.1.2008:

Neu-Ulm (in Sozietät mit Notar Christoph Rehle)	dem Notarassessor Dr. Sebastian Franck (bisher in München Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger)
---	--

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Starnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Klaus-Jürgen Ohler)	dem Notar Nikolaus Klöcker (bisher in Weilheim i. OB.)
--	--

München (in Sozietät mit Notar Franz Kelch)	dem Notar Rasso Rapp (bisher in Augsburg)
---	---

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Horst Peter Regler)	dem Notar Gerhard Thoma (bisher in Ansbach)
---	---

Forchheim (in Sozietät mit Notar Martin Reiß)	dem Notarassessor Helmut Hutterer (bisher in München Notarstellen Dr. Pachtner/Dr. Thiele)
---	--

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Marktheidenfeld (in Sozietät mit Notar Dr. Frank Eckert)	dem Notarassessor Dr. Thomas Grund (bisher in Volkach Notarstelle Dr. Wolf, abgeordnet an das Deutsche Notarinstitut)
--	--

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2007:

Stephanie Ellert, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Mit Wirkung vom 1.12.2007:

Marion Pichler, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Kilian, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), wurde mit Wirkung vom 8.2.2007 promoviert

Notarassessor Ralf Menzel, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), wurde mit Wirkung vom 26.11.2007 promoviert

Notarassessor Christian Betz, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp), ab 12.11.2007 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Notarassessor Stefan Schrenick, München (Notarstelle Dr. Kreutzer), ab 24.11.2007 in Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Notarassessor Sven Schünemann, München (Notarstelle Dr. Wolfsteiner), ab 1.12.2007 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Dr. David König, München (Notarstelle Dr. Schaub), ab 1.12.2007 abgeordnet an die Bundesnotarkammer Berlin

Notarassessor Florian Kroier, Kempten (Notarstellen Haasen/Dr. Bülow), ab 3.12.2007 in Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Notarassessor Thomas Kristic, München (Notarstellen Predel/Dr. Görk), ab 10.12.2007 in München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Notarassessor Holger Brückner, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), ab 10.12.2007 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Notarassessor Dr. Matthias Meyer, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.1.2008 abgeordnet an die Bundesnotarkammer Berlin

Notarassessor Alexander Sturz, Türkheim (Notarstelle Elstner, abgeordnet an die Notarkammer Sachsen, Dresden), ab 1.1.2008 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Erkki)

Inspektorin i. N. Lydia Obermüller, Rosenheim (Notarstelle Lederer), ab 1.12.2007 in Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Inspektor i. N. Jens Holle, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter), ab 1.1.2008 in Pirmasens (Notarstelle Dr. Veit)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2008:

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Josef Stiegler, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußel/Dr. Brückner)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Bernhard Bednara, Arnstorf (Notarstelle Dr. Ringel)

Rainer Queste, München (Notarstellen Barth/Brunner)

Gerhard Schex, Dorfen (Notarstelle Rieß)

Christine Weidenegger, Mühlendorf (Notarstellen Weishäupl/Dr. Nachreiner)

Bernhard Wolf, Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Bernd Zimmermann, Pirmasens (Notarstelle Küper)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Erwin Betz, Würzburg (Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Franz Böhm, Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt)

Eva Dietl, Waldmünchen (Notarstelle Diel)

Margit Fischer, Weilheim i. Ob. (Notarstelle Dr. Bracker)

Barbara Flack, Wolfratshausen (Notarstellen Huber/Grauel)

Sabine Greiner, Freyung (Notarstelle Burghart)

Patrick Hickertseider, München (Notarstellen Singer/Dr. Anton)

Thomas Thoß, Münchberg (Notarstelle Schnabel)

Michael Urban, Sonthofen (Notarstellen Caspary/Dr. Berringer)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):

Thomas Bös, Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Martin Eder, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz)

Alice Hahn, Altötting (Notarstellen Krick/Habel)

Josef Hirsch, Neuburg a. d. D. (Notarstellen Leitenstern/Walter)

Ursula Hörmann, Pfaffenhofen (Notarstellen Grosser/Saalfeld)

Heiko Köhler, Bad Kissingen (Notarstelle Makowka)

Andrea Mederer, Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Leitenstorfer/Dr. Mickisch)

Mandy Ott, Lindau (Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies)

Thorsten Roth, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Keller)

Sabine Ruck, Monheim (Notarstelle Dr. Jung)

Claudia Scheuerer, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

Roland Stück, Grünstadt (Notarstelle Dr. Philippsen)

Birgit Vötter, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Wolfgang Loscher, München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 1.1.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Werner Altinger, Wasserburg a. Inn (Notarstellen Dr. Bartsch/Martin), ab 1.1.2008 im Ruhestand

Amtmann i. N. Bernhard Weis, Stadtsteinach (Notarstelle Aigner), ab 1.2.2008 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Detlef Mauer, Bamberg (Notarstelle Dr. Weiler), ab 1.4.2008 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Wilhelm Jenning, Neu-Ulm (Notarstellen Goebel/Rehle), ab 1.4.2008 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Amberg, Notarstelle Dr. Frank,
E-Mail: info@notar-dr-frank.de

Erlangen, Notarstelle Dr. Huber,
Nürnberger Straße 16, 91052 Erlangen

Hemau, Notarstelle Brödel,
Mathias-Mühlbauer-Platz 1, 93155 Hemau

Hollfeld, Notarstelle Lauckner,
Salvatorstraße 8, 96142 Hollfeld,
E-Mail: kanzlei@notarin-lauckner.de

München, Notarstelle Dietrich,
Marienplatz 18, 80331 München

Neustadt b. Coburg, Notarstelle Krebs,
E-Mail: notar.krebsneustadt@arcor.de

Traunstein, Notarstelle Haselbeck,
E-Mail: notarhaselbeck@t-online.de

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.

SONSTIGES

Achstes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

am Freitag, 30.5.2008

Scheidung, Trennung –
Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen

- | | | |
|-----------|--|---|
| 9.00 Uhr | Begrüßung durch Notar Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Würzburg, stellv. Vorsitzender des Instituts für Notarrecht, Würzburg | Tagungsort:
Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg |
| 9.15 Uhr | Inhaltskontrolle von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen
Vorsitzende Richterin am BGH
Dr. <i>Meo-Micaela Hahne</i>
anschließend Diskussion | Tagungsleitung:
Notar Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Würzburg, stellv. Vorsitzender des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg |
| 10.15 Uhr | Kaffeepause | Organisatorische Hinweise: |
| 10.45 Uhr | Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen aus notarieller Sicht
Notar Dr. <i>Christof Münch</i> , Kitzingen
anschließend Diskussion | Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.
Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. |
| 11.45 Uhr | Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen vor dem Hintergrund der Unterhaltsrechtsreform
Prof. Dr. Dr. h. c. <i>Dieter Schwab</i> , Universität Regensburg
anschließend Diskussion | Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband): |
| 12.45 Uhr | Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen) | – 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV) |
| 14.00 Uhr | Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich nach der Strukturreform des Versorgungsausgleichs
Notarin a. D. Dr. <i>Andrea Schmucker</i> , Berlin
anschließend Diskussion | – 185 € für Nichtmitglieder |
| 14.45 Uhr | Einige Aspekte zur Vermögensauseinandersetzung in der Scheidung aus anwaltlicher Sicht
Rechtsanwalt Dr. <i>Ludwig Bergschneider</i> , München
anschließend Diskussion | – 65 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung |
| 15.45 Uhr | Kaffeepause | – frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind |
| 16.15 Uhr | Steuerrechtliche Probleme und Gestaltungsaufgaben bei Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen
Notar Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i> , Füssen
anschließend Diskussion | Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. mit dem Verwendungszweck „Symposium Mai 2008“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 790 200 76, Konto Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. |
| 17.15 Uhr | 11. Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. | Anmeldungen richten Sie bitte an das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Tel. 0931 355760, Fax: 0931 35576225
E-Mail: notrv@dnoti.de |

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz)
19.1.2008 in Bochum,
9.2.2008 in Heusenstamm 2. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolge (Frenz, R. Kössinger, Nieder)
24.–26.1.2008 in Bochum 3. Aktuelle Fragen des GmbH-Rechts in der Kautelarpraxis (Schaub)
26.1.2008 in Kiel,
8.2.2008 in Heusenstamm 4. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (2007/2008) (Albrecht, Amann, Hertel)
15.2.2008 in Bochum,
16.2.2008 in Heusenstamm,
22.2.2008 in Berlin,
23.2.2008 in Kiel | <ol style="list-style-type: none"> 5. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Koch, Spiegelberger)
29.2.2008 in Heusenstamm 6. Update Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke)
1.3.2008 in Bochum 7. Intensivkurs Internationales Privatrecht (Riering, Wandel)
7.–8.3.2008 in Berlin 8. 6. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung (Crezelius, Heckschen, Hüffer, Kurzwelly, D. Mayer, Priester)
14.–15.3.2008 in Hamburg |
|--|--|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 33. Aufl., Beck, 2007. 2 205 S., 78 € 2. Driehaus: Erschließungs- und Ausbaubeiträge. 8. Aufl., Beck, 2007. 850 S., 66 € 3. Flick/Piltz: Der Internationale Erbfall. 2. Aufl., Beck, 2008. 572 S., 98 € 4. Jennißen (Hrsg.): Wohnungseigentumsgesetz. O. Schmidt, 2008. 1 227 S., 99 € 5. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 4., überarb. und erw. Aufl., ZAP, 2008. 1 505 S., 98 € + CD-ROM 6. Limmer: Handbuch der Unternehmensumwandlung. 3. Aufl., ZAP, 2007. 1 304 S., 128 € + CD-ROM 7. H. Müller (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. Beck, 2007. 1 152 S., 98 € + CD-ROM | <ol style="list-style-type: none"> 8. Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 2. Aufl., ZAP, 2007. 368 S., 38 € + CD-ROM 9. Münther: Das Handelsregister in der Praxis. 2. Aufl., DAV 2007. 398 S., 59 € 10. Schröder/Bergschneider: Familienvermögensrecht. 2., neu bearb. und erg. Aufl., Giesecking, 2007. 1 645 S., 128 € 11. Semler/Stengel (Hrsg.): Umwandelungsgesetz. 2. Aufl., Beck 2007. 2 575 S., 188 € 12. Waldner: Beurkundungsrecht. E. Schmidt, 2007. 160 S., 24,80 € 13. Wiemer: Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Giesecking 2007. 280 S., 64 € |
|---|---|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F