

6 **MittBayNot**

Begründet 1864

November/Dezember 2010 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. Ulrich Gößl,
Notarassessor

Eliane Schuller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193



Neue Tabellen
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Aufsätze

Emmerling de Oliviera: Adoptionen mit
Auslandsberührung 429

Bauer/Wartenburger: Neuere Entwicklungen im Bereich
des reformierten Erbschaftsteuer- und
Bewertungsrechtes – Teil 2 435

Tiedtke: Kostenrechtliche Behandlung von beschränkten
persönlichen Dienstbarkeiten für Photovoltaikanlagen 444

Amann: Löschung von Vormerkungen im Lichte der Rechtspre-
chung des BGH zur „Aufladung“ von Vormerkungen 451

Tagungsberichte

Kunze: Aktuelle Probleme zum Grundstücksrecht 457

Rechtsprechung

Zahlungsanspruch bei Umzug des Pflegeberechtigten
in ein Pflegeheim
(BGH, Urteil vom 29.1.2010, V ZR 132/09) 467
mit Anmerkung *Franck* 468

Unwirksamkeit von privatschriftlichen Abänderungen
eines formbedürftigen Ehevertrages
(OLG Bremen, Hinweisbeschluss vom 11.3.2010, 5 UF 76/09) 480
mit Anmerkung *Bergschneider* 481

Keine Entscheidung über die Wirksamkeit einer Erbschaftsaus-
schlagung außerhalb eines Erbscheinsverfahrens
(OLG München, Beschluss vom 25.2.2010, 31 Wx 20/10) 486
mit Anmerkung *Kroiß* 487

Vermutung der Gläubigerbenachteiligung auch bei
güterrechtlichen Verträgen
(BGH, Urteil vom 1.7.2010, IX ZR 58/09) 493
mit Anmerkung *Lotter* 496

Bindungsdauer beim Einheimischenmodell
(BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09) 501
mit Anmerkung *Vierling* 504

Weisungsbefugnis gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern bei
kommunaler GmbH (nur Leitsatz)
(OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.4.2009,
15 A 2592/07) 505
mit Anmerkung *Grziwotz* 505

Zahlungen der Eltern an ihr Kind im Gegenzug für dessen Pflicht-
teilsverzicht sind nicht einkommensteuerbar
(BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06) 509
mit Anmerkung *Crezelius* 510

Hinweise für die Praxis

4. Rentenerlass des BMF vom 11.3.2010 (*Moes*) 512

Inhalt

Aufsätze

Emmerling de Oliviera: Adoptionen mit Auslandsberührung **429**

Bauer/Wartenburger: Neuere Entwicklungen im Bereich des reformierten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes – Teil 2 **435**

Tiedtke: Kostenrechtliche Behandlung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Photovoltaikanlagen **444**

Amann: Löschung von Vormerkungen im Lichte der Rechtsprechung des BGH zur „Aufladung“ von Vormerkungen **451**

Tagungsberichte

Kunze: Aktuelle Probleme zum Grundstücksrecht **457**

Buchbesprechungen

Timme: Wohnungseigentumsgesetz (*Auktor*) **458**

Münch: Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich (*Frank*) **459**

Wegmann: Ehegattentestament und Erbvertrag (*Everts*) **460**

Schlitt/Müller: Handbuch des Pflichtteilsrecht (*Stiebitz*) **461**

Krafka/Willer/Kühn: Registerrecht (*Sikora*) **462**

Kurzböck: Die Abwicklung deutsch-tschechischer Erbfälle (*Leitzen*) **463**

Knieper: Eine ökonomische Analyse des Notariats (*Moes*) **463**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Grobes Missverhältnis bei geringwertigen Grundstücksgeschäften (*nur Leitsatz*) (BGH, Beschluss vom 24.6.2010, V ZR 225/09) **465**
2. Anwendung von §§ 577, 577 a BGB bei Realteilung eines Grundstückes (BGH, Urteil vom 23.6.2010, VIII ZR 325/09) **465**
3. Zahlungsanspruch bei Umzug des Pflegeberechtigten in ein Pflegeheim (BGH, Urteil vom 29.1.2010, V ZR 132/09) **467**
mit Anmerkung *Franck* **468**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Ablauf der Verwalterbestellung nach Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums (OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, I-15 W 139/10) **469**

Inhalt (Fortsetzung)

5. Eintragung einer Wohnungseigentümergeinschaft in Abt. I des Grundbuchs (OLG Hamm, Beschluss vom 4.5.2010, 15 W 382/09) **470**
6. Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs; Wiederaufladung (OLG München, Beschluss vom 11.3.2010, 34 Wx 7/10) **471**
7. Löschung einer Vormerkung nach dem Tode des Berechtigten (OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2009, 2 Wx 98/09) **473**

Familienrecht

8. Ausgleichspflicht des Ehegatten für Darlehen der Schwiegereltern (BGH, Urteil vom 21.7.2010, XII ZR 104/08) **475**
9. Tatsächliche Kinderbetreuung und Bemessung der Erwerbsobliegenheit beim nahehelichen Unterhalt aus elternbezogenen Gründen (BGH, Urteil vom 21.4.2010, XII ZR 134/08) **477**
10. Unwirksamkeit von privatschriftlichen Abänderungen eines formbedürftigen Ehevertrages (OLG Bremen, Hinweisbeschluss vom 11.3.2010, 5 UF 76/09) **480**
mit Anmerkung *Bergschneider* **481**
11. Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers bei der Genehmigung einer Erbausschlagung (KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10) **482**

Erbrecht

12. Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen bei Berliner Testament (OLG Koblenz, Beschluss vom 14.6.2010, 2 U 831/09) **484**
13. Keine Entscheidung über die Wirksamkeit einer Erbschaftsausschlagung außerhalb eines Erbscheinsverfahrens (OLG München, Beschluss vom 25.2.2010, 31 Wx 20/10) **486**
mit Anmerkung *Kroiß* **487**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Formerfordernisse an den Aufsichtsratsbericht (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 21.6.2010, II ZR 24/09) **488**
15. Versicherung vor Beginn der Wirksamkeit der Bestellung zum Geschäftsführer (OLG Hamm, Beschluss vom 3.8.2010, I-15 W 85/10) **488**
16. Fassungsbeschwerde trotz Unanfechtbarkeit der Handelsregistereintragung (OLG München, Beschluss vom 28.7.2010, 31 Wx 129/10) **489**
17. Erstellung der neuen Gesellschafterliste bei Kapitalerhöhung einer GmbH (OLG Jena, Beschluss vom 28.7.2010, 6 W 256/10) **490**
18. Anmeldung einer GmbH ohne Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht (OLG München, Beschluss vom 23.7.2010, 31 Wx 128/10) **492**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Vermutung der Gläubigerbenachteiligung auch bei güterrechtlichen Verträgen (BGH, Urteil vom 1.7.2010, IX ZR 58/09) **493**
mit Anmerkung *Lotter* **496**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Notar mit selbständigem Vollzugsauftrag muss gegen Weigerung des Grundbuchamtes zur Eintragung selbst vorgehen
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.4.2010, 4 U 265/09) **496**

Kostenrecht

21. Vollstreckbare Ausfertigung mehrerer Kostenforderungen eines Notars
(OLG Celle, Beschluss vom 28.5.2009, 2 W 131/09) **499**
22. Übergangsvorschrift bei Beschwerde gegen Notarkostenrechnung
(OLG München, Beschluss vom 27.5.2010, 32 Wx 12/10) **500**
mit Anmerkung *Soutier* **500**

Öffentliches Recht

23. Bindungsdauer beim Einheimischenmodell
(BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09) **501**
mit Anmerkung *Vierling* **504**
24. Weisungsbefugnis gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern bei kommunaler GmbH (*nur Leitsatz*)
(OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.4.2009, 15 A 2592/07) **505**
25. Beteiligung einer Gemeinde an einer AG (*nur Leitsatz*)
(VG Wiesbaden, Beschluss vom 29.1.2009, 3 L 1224/08) **505**
mit Anmerkung *Grziwotz* **505**

Steuerrecht

26. Umwandlungsteuerliche Sacheinlage auch bei gesellschaftsrechtlicher Bargründung mit Aufgeld
(BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 55/09) **507**
27. Zahlungen der Eltern an ihr Kind im Gegenzug für dessen Pflichtteilsverzicht sind nicht einkommensteuerbar
(BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06) **509**
mit Anmerkung *Crezelius* **510**

Hinweise für die Praxis

1. 4. Rentenerlass des BMF vom 11.3.2010 (*Moes*) **512**
2. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2010: 15,2 **513**

Standesnachrichten **516**

Sonstiges **III**

6 | MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2010 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Ulrich Gößl,
Eliane Schuller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Adoptionen mit Auslandsberührung

Von *Nicole Emmerling de Oliviera*, Würzburg

Da in Deutschland immer weniger Kinder zur Adoption vorgemerkt werden, hat sich der Anteil der grenzüberschreitenden Adoptionen in den letzten Jahren deutlich erhöht. Nahezu ein Drittel der im Jahre 2008 in Deutschland angenommenen Kinder besaß eine ausländische Staatsangehörigkeit. Sind an einer Adoption ausländische Staatsangehörige beteiligt, muss der Notar zunächst klären, welches Recht auf die Adoption zur Anwendung gelangt und welches Gericht international und örtlich zuständig ist. Häufig wird der Notar auch damit betraut, einen Antrag auf Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Adoption zu beurkunden bzw. – und hier ist die notarielle Form zwingend – einen Umwandlungsantrag zu protokollieren.

I. Inlandsadoptionen mit Beteiligung ausländischer Staatsangehöriger

1. Anwendbares Recht

Da es im Bereich des internationalen Adoptionsrechts keine einschlägigen, gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB vorrangig zu beachtenden Staatsverträge gibt, folgt das anwendbare Recht stets Art. 22, 23 EGBGB. Das Adoptionsstatut (Art. 22 Abs. 1 EGBGB) regelt die Voraussetzungen und die Art und Weise des Zustandekommens der Adoption. Das insoweit anzuwendende Recht gilt nach Art. 22 Abs. 2 EGBGB auch für die statusrechtlichen Folgen der Adoption. Die speziellen Wirkungen der Adoption, also vor allem die erbrechtlichen Wirkungen, die namensrechtlichen Folgen und die Auswirkungen auf die Staatsangehörigkeit werden hingegen selbständig angeknüpft. Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts ist neben Art. 22 Abs. 1 EGBGB stets auch Art. 23 Satz 1 EGBGB zu beachten: Danach sind zusätzlich zu den Einwilligungen, die nach dem Adoptionsstatut vorgeschrieben sind, die nach dem von Art. 23 Satz 1 EGBGB berufenen Recht geforderten Zustimmungserklärungen einzuholen.

a) Adoptionsvoraussetzungen

(1) Adoptionsstatut (Art. 22 Abs. 1 EGBGB)

Hinsichtlich des anwendbaren Rechts unterscheidet Art. 22 Abs. 1 EGBGB zwischen der Adoption durch eine unverheiratete Einzelperson und der Adoption durch Ehegatten. Nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt die Adoption durch

eine unverheiratete Einzelperson dem Heimatrecht dieser Person. Bei der Adoption durch Ehegatten oder durch einen Ehegatten (Stiefkindadoption) wird gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auf das objektive Ehwirkungsstatut (Art. 14 Abs. 1 EGBGB) zum Zeitpunkt der Adoption verwiesen, also primär auf das (letzte) gemeinsame Heimatrecht der Eheleute, in zweiter Linie auf das Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren (letzten) gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten und zuletzt auf das Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind. Führt die Anknüpfung nach Art. 22 Abs. 1 EGBGB zur Berufung eines ausländischen Rechts, so ist gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auch das Internationale Privatrecht der berufenen Rechtsordnung anzuwenden. Es ist also zu fragen, ob das Kollisionsrecht der berufenen Rechtsordnung eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht.

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn die Eheleute zwar zum jetzigen Zeitpunkt verschiedene Staatsangehörigkeiten haben, jedoch zu einem früheren Zeitpunkt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besaßen.

Beispiel 1:

Ein deutscher Staatsangehöriger beabsichtigt, den nichtehelichen Sohn seiner Ehefrau, welche die kasachische Staatsangehörigkeit besitzt, zu adoptieren. Die Eheleute haben im Jahr 2001 in Kasachstan geheiratet und hatten damals beide noch die kasachische Staatsangehörigkeit sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Kasachstan.

Art. 22 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB verweist hier auf das kasachische Recht als das Recht, dem beide Ehegatten während der Ehe zuletzt angehört haben.

Beispiel 2:

Wie Beispiel 1, wobei der Ehemann bereits im Jahre 1999, also vor Eheschließung, die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen hat.

Das auf die Adoption anwendbare Recht ist in diesem Fall gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB das deutsche Recht als das Recht des Staates, in dem die Eheleute zum Zeitpunkt der Adoption ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Der Umstand, dass beide Eheleute bis zum Jahr 1999 die kasachische Staatsangehörigkeit besessen haben, wird nicht berücksichtigt, da sie während der Ehe zu keinem Zeitpunkt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten.

Umstritten ist nach wie vor, welches Recht im Falle der Stiefkindadoption durch einen eingetragenen Lebenspartner zur Anwendung gelangt. Nach dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen § 9 Abs. 7 LPartG ist nach deutschem Recht auch bei eingetragenen Lebenspartnerschaften eine Stiefkindadoption grundsätzlich möglich. Dieser Neuregelung des materiellen Rechts ist allerdings keine Anpassung des Kollisionsrechts gefolgt. Weder wurde eine entsprechende Ergänzung in Art. 17 b EGBGB aufgenommen noch in Art. 22 Abs. 1 EGBGB. Kollisionsrechtlich fehlt also eine gesetzliche Regelung. Diskutiert wird, die Adoption wie eine solche durch eine Einzelperson zu behandeln und das Heimatrecht des Adoptierenden zur Anwendung gelangen zu lassen oder analog der Verweisung des Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EGBGB statt auf das Ehwirkungsstatut auf das Wirkungsstatut der Lebenspartnerschaft, also auf Art. 17 b Abs. 1 Satz 1 EGBGB abzustellen. Letzteres würde dazu führen, dass das Recht des Registrierungslandes Anwendung findet, bei einer in Deutschland registrierten Lebenspartnerschaft also stets das deutsche Adoptionsrecht¹.

Beispiel 3:

Zwei Frauen haben eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet. Eine der Partnerinnen (mit deutscher Staatsangehörigkeit) hat eine 9-jährige Tochter. Der Vater des Kindes ist unbekannt. Die andere Partnerin, eine US-amerikanische Staatsangehörige aus dem Bundesstaat New York, möchte die Tochter ihrer Lebenspartnerin als Kind annehmen.

Am ehesten wird es der neuen Rechtslage gerecht werden,² wenn man Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auf eingetragene Lebenspartner entsprechend anwendet und bei der Adoption durch einen Lebenspartner das nach Art. 17 b Abs. 1 EGBGB berufene Recht zur Anwendung gelangen lässt. Dies wäre

hier, sofern die Lebenspartnerschaft in Deutschland eingetragen worden ist, das deutsche Recht. Würde man sich der anderen Auffassung anschließen, so wäre das Heimatrecht der Adoptierenden, also das US-amerikanische Recht bzw. das Recht von New York (nach welchem gleichgeschlechtliche Partnerschaften oder Ehen bisher nicht begründet werden können) einschließlich des dortigen Kollisionsrechts im Hinblick auf die Adoption berufen.

(2) Zustimmungsstatut (Art. 23 EGBGB)

Bei der Prüfung, welches Recht auf eine Adoption Anwendung findet, ist neben Art. 22 Abs. 1 EGBGB stets auch Art. 23 EGBGB zu beachten. Nach Art. 23 Satz 1 EGBGB sind zusätzlich zu den Einwilligungen, die nach dem Adoptionsstatut vorgeschrieben sind, die vom Heimatrecht des Kindes verlangten Zustimmungserklärungen einzuholen. Regelmäßig entsprechen die vom ausländischen Recht verlangten Einwilligungen aber den vom deutschen Recht geforderten. Nur ausnahmsweise ergibt sich hier Abweichendes. Nicht in den Anwendungsbereich des Art. 23 Satz 1 EGBGB fällt allerdings die Form der Einwilligungserklärung. Diese richtet sich nach dem durch Art. 11 EGBGB bestimmten Recht.³ Die Zustimmung ist demnach formgültig, wenn sie die Formerfordernisse des Geschäftsstatuts, also die des nach Art. 23 Satz 1 EGBGB berufenen Rechts (bzw. im Anwendungsbereich des Art. 22 EGBGB des nach Art. 22 Abs. 1 EGBGB berufenen Rechts), oder die des Ortsrechts (des Ortes, an dem die Einwilligung abgegeben wurde) erfüllt. Nach Art. 23 Satz 2 EGBGB kann – in eng begrenzten Ausnahmefällen⁴ – zum Wohl des Kindes das deutsche Recht angewendet werden. Streitig ist im Bereich des Art. 23 Satz 1 EGBGB, ob Rück- und Weiterverweisungen zu beachten sind.⁵

(3) Ordre public-Vorbehalt (Art. 6 EGBGB)

Kommt das über Art. 22 Abs. 1 EGBGB berufene ausländische Recht zu dem Ergebnis, dass eine Adoption allgemein (so regelmäßig die islamischen Rechtsordnungen) oder im konkreten Fall (etwa aufgrund der Volljährigkeit des Anzunehmenden) ausgeschlossen ist, muss geprüft werden, ob dieses Verbot zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist (Art. 6 Satz 1 EGBGB). Einen Verstoß gegen den ordre public wird man allerdings nur dann bejahen können, wenn die Beziehungen der an der Adoption Beteiligten zum inländischen kulturellen Umfeld ganz eindeutig überwiegen.⁶ Bei dem Verbot einer Volljährigenadoption wird man einen ordre public-Verstoß wohl regelmäßig verneinen müssen, da die Volljährigenadoption in sehr vielen Rechtsordnungen untersagt ist (vor allem in den – ehemals – sozialistischen Ländern, aber etwa auch in Großbritannien und den Niederlanden) und ihre Rechtfertigung sogar in der deutschen Literatur diskutiert wird.⁷

b) Adoptionswirkungen

Während die statusrechtlichen Folgen der Adoption dem auf die Adoptionsvoraussetzungen anwendbaren Recht folgen (vgl. Art. 22 Abs. 2 EGBGB), unterliegen die speziellen Wir-

¹ Für eine Anknüpfung nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 17 b Abs. 1 Satz 1 EGBGB: *Brandt*, Die Adoption durch eingetragene Lebenspartner im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2004, S. 108; *MünchKommBGB/Klinkhardt*, 5. Aufl., Art. 22 EGBGB Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Coester*, 5. Aufl., Art. 17 b EGBGB Rdnr. 81 f.; *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl., Rdnr. 249 c; für eine Anknüpfung nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB: *Jakob*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft im Internationalen Privatrecht, 2002, S. 349; *AnwK-BGB/Benicke*, 2005, Art. 22 EGBGB Rdnr. 55; *Staudinger/Winkelsträter*, FamRBInt 2005, 84, 86 Fn. 32, wobei Letztere von einem bewussten Regelungsverzicht des Gesetzgebers ausgehen.

² Insbesondere dem Antidiskriminierungszweck der deutschen Gesetzgebung, vgl. auch *MünchKommBGB/Coester*, Art. 17 b EGBGB Rdnr. 81.

³ *Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira*, Adoptionsrecht in der Praxis, 2007, Rdnr. 221.

⁴ Vgl. etwa BayObLG, FamRZ 1988, 868.

⁵ Zum Streitstand: *Staudinger/Henrich*, Neubearb. 2008, Art. 23 EGBGB Rdnr. 6. Für Sachnormverweisung auf das materielle Adoptionsrecht vgl. BayObLG (Fn. 4).

⁶ *Staudinger/Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 71.

⁷ *Frank*, FamRZ 2007, 1693, 1694.

kungen der Adoption, insbesondere die namens- und erbrechtlichen Wirkungen nicht bzw. nicht ausschließlich dem Adoptionsstatut.⁸

(1) Namensrechtliche Wirkungen

Nach heute herrschender Meinung wird der Name selbständig gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB angeknüpft.⁹ Berufen ist damit das Heimatrecht des Adoptivkindes. Erwirbt ein Kind mit der Annahme die Staatsangehörigkeit des oder der Annehmenden, so gilt für seine Namensführung sein neues Heimatrecht.¹⁰ Bei Adoption durch einen deutschen Staatsangehörigen erwirbt das minderjährige Adoptivkind gemäß § 6 StAG regelmäßig die deutsche Staatsangehörigkeit, so dass sich auch die Namensfolge nach deutschem Recht (§ 1757 BGB) richtet. Gelangt man aufgrund der Anknüpfung nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB allerdings zur Berufung ausländischen Rechts, so ist nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB wiederum auch das ausländische Kollisionsrecht zu beachten.

Beispiel 4:

Ein deutscher Staatsangehöriger will den volljährigen Sohn seiner rumänischen Ehefrau adoptieren. Der Anzunehmende hat ebenfalls die rumänische Staatsangehörigkeit. Sämtliche an der Adoption beteiligten Personen haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt und Wohnsitz in Deutschland. Die Eheleute führen den Geburtsnamen des Ehemannes als Ehenamen. Wunsch der Beteiligten ist es, dass der Anzunehmende künftig ebenfalls den Geburts- und Ehenamen des Adoptierenden führt.

Aus deutscher Sicht ist nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB das Heimatrecht des zu Adoptierenden berufen, also das rumänische Recht einschließlich des dortigen Kollisionsrechts. Nach rumänischem IPR unterliegt der Name einer Person grundsätzlich ihrem Heimatrecht, Art. 14 Abs. 1 rum. IPRG. Dies wäre vorliegend das rumänische Recht. Allerdings wird für den Namen der von Ehegatten adoptierten Kinder die *lex matrimonii*¹¹ berufen, hier also nach Art. 20 Abs. 1 rum. IPRG das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes des Annehmenden und seiner Ehefrau und somit das deutsche Recht. Eine Anknüpfung an die *lex matrimonii* könnte vorliegend jedoch fraglich sein, weil das rumänische Recht die Volljährigenadoption nicht kennt und man die für die Minderjährigenadoption vorgesehene Anknüpfung nicht ohne weiteres auf die Volljährigenadoption übertragen kann. Sieht man folglich stattdessen Art. 14 Abs. 1 rum. IPRG als maßgebliche Kollisionsnorm an, so gelangt man zum rumänischen Heimatrecht des Anzunehmenden. Nach Art. 53 Abs. 2 rumän. AdoptionsG¹² führt das Adoptivkind bei Adoption durch (auch einen) Ehegatten den gemeinsamen Namen der Ehegatten. Fraglich ist jedoch wiederum, ob diese Vorschrift hier Anwendung finden kann, da sie allein für die Minderjährigenadoption konzipiert ist. Allerdings sieht auch das deutsche Recht vor, dass der Angenommene bei Adoption durch den Stiefelternteil den Ehenamen der Eheleute führt, § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB. Das rumänische und das deutsche Recht gelangen hier also hinsichtlich der Namensführung zu dem gleichen Ergebnis, welches zudem mit dem von den Beteiligten gewünschten übereinstimmt.

⁸ Zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Adoption vgl. § 6 StAG.

⁹ Hölzel, StAZ 2003, 289.

¹⁰ Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Rdnr. 354.

¹¹ Leonhardt in Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Rumänien, Stand: 31.8.2009, S. 22.

¹² Gesetz N 273 vom 21.6.2004 zur rechtlichen Regelung der Adoption. Deutsche Übersetzung in Bergmann/Ferid/Henrich, Länderbericht Rumänien, S. 42 ff.

Sollte nach dem berufenen Recht die gewünschte Namensführung nicht möglich sein oder sollten erhebliche Anpassungsschwierigkeiten¹³ zwischen Namenstatut und Adoptionsstatut auftreten, besteht nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB die Möglichkeit, das auf den Familiennamen des Kindes anwendbare Recht zu wählen. Die Befugnis zur Rechtswahl steht nach dem Gesetzeswortlaut dem „Sorgeberechtigten“ zu, in den Fällen der Minderjährigenadoption also nach der Adoption den Adoptiveltern. Für die Fälle der Volljährigenadoption wird in der Literatur insoweit eine analoge Anwendung vertreten,¹⁴ wobei die Wahl dann von Annehmendem und Anzunehmendem gemeinsam erklärt werden muss. Dem ist zuzustimmen. Die Rechtswahl muss gegenüber dem Standesamt abgegeben werden, eine bestimmte Form ist nicht zu wahren.

(2) Erbrechtliche Wirkungen

Die Frage, welches Recht darüber entscheidet, ob und inwieweit durch eine Adoption ein gesetzliches Erbrecht entstanden oder erloschen ist, wird seit einer im Jahre 1989 ergangenen Leitentscheidung des BGH¹⁵ wie folgt beantwortet: Über die mit einer Adoption verbundenen erbrechtlichen Konsequenzen befindet zwar grundsätzlich das Erbstatut, dem Adoptionsstatut ist aber zu entnehmen, ob es zwischen Erblasser und Adoptivkind zu einer so starken Rechtsbeziehung gekommen ist, wie sie das Erbstatut für die gesetzliche Erbfolge voraussetzt.¹⁶ Dennoch ist das Zusammenspiel von Adoptionsstatut und Erbstatut im Einzelfall häufig problematisch.¹⁷

Beispiel 5:

Ein österreichischer Staatsangehöriger ist verstorben. Vorverstorben ist sein einziger Sohn, der die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. Dieser hat nach deutschem Recht ein deutsches minderjähriges Kind adoptiert. Ist das Adoptivkind gesetzlicher Erbe nach dem „Adoptivgroßvater“ geworden?

Nach § 182 Abs. 1 österr. ABGB entstehen verwandtschaftliche Beziehungen lediglich zwischen dem Annehmenden und dessen Nachkommen einerseits und dem Adoptivkind (in der österreichischen Terminologie: Wahlkind) und dessen im Zeitpunkt der Annahme minderjährigen Nachkommen andererseits. Folglich erstrecken sich die Adoptionswirkungen nicht auf die Vorfahren des Annehmenden und hätte das adoptierte Kind nach österreichischem Erbrecht kein Erbrecht nach seinem „Adoptivgroßvater“. Anders beurteilt sich die Rechtslage nach deutschem Recht als dem Adoptionsstatut: Nach § 1754 Abs. 1 BGB entsteht durch die Minderjährigenadoption ein umfassendes gesetzliches Verwandtschaftsverhältnis zu dem Annehmenden selbst und zu dessen Verwandten und somit auch zu dem Vater des Annehmenden. Würde man hier das Erbstatut, also das österreichische Recht, als maßgeblich ansehen, wäre ein gesetzliches Erbrecht des Adoptivkindes zu verneinen.¹⁸ Überlässt man hingegen dem Adoptionsstatut, also dem deutschem Recht, die Entscheidung, so hat das Kind durch die Adoption die rechtliche Stellung eines leiblichen Kindes erlangt (starke Adoptionswirkungen) und erbt damit nach dem Erblasser wie ein leibliches Enkelkind.¹⁹

¹³ Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Rdnr. 359 f.

¹⁴ AnwK-BGB/Benicke, Art. 22 EGBGB Rdnr. 29; Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Rdnr. 361.

¹⁵ FamRZ 1989, 378 = NJW 1989, 2197.

¹⁶ Schotten/Schmellenkamp, Rdnr. 255 m. w. N.

¹⁷ Im Einzelnen: Heiderhoff, FamRZ 2002, 1682.

¹⁸ Staudinger/Dörner, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 191, 183; Beitzke, IPrax 1990, 36, 40 f.

¹⁹ AnwK-BGB/Benicke, Art. 22 EGBGB Rdnr. 41 f.; Heiderhoff, FamRZ 2002, 1682, 1683.

Probleme können sich auch dann ergeben, wenn – umgekehrt zum Beispielfall – eine Adoption mit schwachen Wirkungen mit einem Erbstatut, das auf starke Adoptionen ausgerichtet ist, zusammentrifft. Ist ein Kind – im Inland oder im Ausland – nach ausländischem Recht mit nur schwachen Wirkungen adoptiert worden, kann es nicht ohne weiteres als „Abkömmling“ i. S. d. § 1924 BGB angesehen werden. Um dem schwach adoptierten Kind dennoch die erbschaftsrechtliche Stellung eines leiblichen Kindes zu verschaffen, sieht Art. 22 Abs. 3 EGBGB die Möglichkeit vor, dieses in Ansehung der Rechtsnachfolge von Todes wegen einem nach den deutschen Adoptionsvorschriften angenommenen Kind gleichzustellen. Von dieser Möglichkeit können der Annehmende, dessen Ehegatte oder Verwandte des Annehmenden Gebrauch machen, wobei Voraussetzung ist, dass deutsches Recht als Erbstatut berufen ist, das Kind bei der Annahme das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte und die Gleichstellungserklärung in einer Verfügung von Todes wegen getroffen wird.

Muster

Das von (...) angenommene Kind (...) stelle ich in Ansehung der Rechtsnachfolge von Todes wegen nach mir einem nach den deutschen Vorschriften über die Annahme Minderjähriger adoptierten Kind gleich.

Die in dieser Urkunde getroffenen letztwilligen Zuwendungen zugunsten des angenommenen Kindes (...) sollen auch dann gelten, wenn die zugrunde liegende Adoption unwirksam sein sollte.

Da allerdings das Adoptivkind, statt „gleichgestellt“ zu werden, auch unmittelbar testamentarisch bedacht werden könnte, ist die wichtigste Funktion dieser Bestimmung, dem Adoptivkind ein Pflichtteilsrecht zu verschaffen.²⁰ Dabei ist die Abgabe einer Gleichstellungserklärung i. d. R. nur für Verwandte des Annehmenden sinnvoll, nämlich dann, wenn nicht sicher ist, dass die nach ausländischem Recht durchgeführte Adoption verwandtschaftliche Beziehungen auch zu ihnen begründet hat. Der Annehmende selbst wird in den meisten Fällen eine Gleichstellung nicht erklären müssen, weil auch Rechtsordnungen, die eine schwache Adoption vorsehen, regelmäßig ein gesetzliches Erbrecht und damit ein Pflichtteilsrecht des adoptierten Kindes nach dem Annehmenden vorsehen. Sofern die Adoption im Ausland durchgeführt worden ist, sollte im Hinblick auf eine möglicherweise fehlende Wirksamkeit bzw. Anerkennungsfähigkeit das Adoptivkind zusätzlich testamentarisch bedacht und klargestellt werden, dass das testamentarisch Verfügte auch bei Unwirksamkeit der Gleichstellungserklärung Geltung haben soll.

2. Verfahrensfragen

a) Internationale und örtliche Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Adoptionssachen ist nach § 101 FamFG dann gegeben, wenn der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder das Kind Deutscher ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Die örtliche Zuständigkeit für Adoptionssachen ist in § 187 FamFG geregelt. Besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf § 187 Abs. 4 FamFG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG zu legen, wonach für den Fall, dass auf die Kindesannahme ausländische Sachvorschriften zur Anwen-

dung gelangen, eine Zuständigkeitskonzentration angeordnet wird: Zuständig ist dann stets das Familiengericht, in dessen Bezirk das jeweilige Oberlandesgericht seinen Sitz hat. Dabei reicht es nach der inzwischen ganz überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung aus, wenn das Familiengericht für einzelne Fragen, etwa im Rahmen der Verweisung des Art. 23 Satz 1 EGBGB bezüglich der Erforderlichkeit von Zustimmungen, ausländisches Recht zu prüfen hat.²¹ Diese Zuständigkeitskonzentration muss jedenfalls seit Inkrafttreten des FamFG aufgrund der Bezugnahme in § 187 Abs. 4 FamFG auf alle Adoptionsverfahren i. S. d. § 186 FamFG nunmehr auch für Volljährigenadoptionen gelten.²²

b) Bedeutung des Adoptionswirkungsgesetzes bei Inlandsadoptionen

Spricht ein inländisches Gericht auf der Grundlage ausländischer Sachvorschriften eine Adoption aus, so hat es gemäß § 2 Abs. 3 AdWirkG von Amts wegen festzustellen

- ob das Eltern-Kind-Verhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Eltern durch die Adoption erloschen ist,
- und wenn dies zu bejahen ist, dass das Annahmeverhältnis einem nach den deutschen Sachvorschriften begründeten Annahmeverhältnis gleichsteht,
- andernfalls, dass das Annahmeverhältnis in Ansehung der elterlichen Sorge und der Unterhaltspflicht des Annehmenden einem nach den deutschen Sachvorschriften begründeten Annahmeverhältnis gleichsteht.

Sofern das berufene ausländische Adoptionsrecht ein Erlöschen des Eltern-Kind-Verhältnisses nicht vorsieht bzw. die nach dem ausländischen Recht vorgesehenen Wirkungen von denjenigen des deutschen Rechts abweichen, kann das Gericht auf entsprechenden Antrag in dem Adoptionsbeschluss zugleich aussprechen, dass das Kind die Rechtsstellung eines nach den deutschen Vorschriften angenommenen Kindes erhält (Umwandlung, § 3 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG).

Beispiel 6:

Eheleute, beide sind Staatsangehörige des Kosovo, möchten den zehn Jahre alten Neffen des Ehemannes adoptieren. Die leiblichen Eltern haben gegenüber dem zuständigen Gericht im Kosovo für sich selbst und als gesetzliche Vertreter des Kindes ihre Zustimmung zur Adoption – auch mit starken Wirkungen – erklärt.

Nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, 23 Satz 1 EGBGB, Art. 44 IPRG Kosovo findet hier auf die Adoption insgesamt das Recht des Kosovo Anwendung. Dieses verleiht der Verwandtenadoption nur schwache Wirkungen, da es gemäß Art. 192 Abs. 1 kos. FamGB die rechtlichen Beziehungen zur leiblichen Familie – bis auf die zu den leiblichen Eltern – bestehen lässt. In diesem Fall könnten die Adoptierenden den Antrag auf Ausspruch der Adoption mit einem Umwandlungsantrag verbinden.

²¹ Rechtsprechungsübersicht bei *Emmerling de Oliveira* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 7 Kap. 5 Rdnr. 79 sowie ausführlich *Sieß*, MittBayNot 2008, 183.

²² Unveröffentlichter Beschluss des AG Hamm vom 19.3.2010; so bereits zur alten Rechtslage unter Geltung des FGG: *Sieß*, MittBayNot 2008, 183, 185 f. m. N. zur überwiegend abweichenden Rechtsprechung.

²⁰ *S. Lorenz* in FS Sonnenberger, 2004, S. 519.

Muster: Antrag auf Ausspruch einer Minderjährigenadoption mit Umwandlung

Verhandelt am (...) in (...)

Vor dem Notar (...) erschienen:

Herr (...), geb. am (...) in (...) – Beteiligter zu 1 –

Frau (...), geb. am (...) in (...) – Beteiligte zu 2 –

Die Erschienenen wiesen sich aus durch (...).

Die Erschienenen sind nach eigenen Angaben und zur Überzeugung des Notars der deutschen Sprache hinreichend mächtig, um der Verhandlung in gehöriger Weise zu folgen.

Persönliche Verhältnisse

Die Erschienenen erklärten:

Wir besitzen ausschließlich die Staatsangehörigkeit des Kosovo. Wir haben am (...) vor dem Standesbeamten in (...) die Ehe miteinander geschlossen. Wir wollen das Kind (...), geb. am (...) in (...) als gemeinschaftliches Kind annehmen. Das Kind ist der Neffe des Beteiligten zu 1. Es besitzt ebenfalls ausschließlich die Staatsangehörigkeit des Kosovo. Es lebt seit dem (...) in unserer Familie. Herr (...), geb. am (...) in (...), und Frau (...), geb. am (...) in (...), haben als die leiblichen Eltern und die gesetzlichen Vertreter des Kindes am (...) (vor dem Notar (...) in [...]) jeweils eingewilligt, dass ihr Kind von uns als gemeinschaftliches Kind angenommen wird.

II. Antrag auf Ausspruch der Adoption

Die Erschienenen beantragen beim Familiengericht in (...) auszusprechen:

1. Die Beteiligten zu 1 und 2 (...) nehmen das Kind (...), geboren am (...) in (...) als gemeinschaftliches Kind an.
2. Das Kind (...) erhält die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften angenommenen Kindes der Beteiligten zu 1 und 2.
3. Das Kind (...) erhält den Ehenamen (...) der Beteiligten zu 1 und 2 als Geburtsnamen.

Der Notar wird damit betraut, den Antrag beim Familiengericht einzureichen.

III. Hinweise

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass aufgrund der ausländischen Staatsangehörigkeit der Beteiligten ausländisches Recht auf die Adoption Anwendung finden kann. Der Notar ist zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen nicht verpflichtet. Von der Möglichkeit, ein Gutachten eines Universitätsinstituts über den Inhalt des ausländischen Rechts einzuholen, möchten die Beteiligten keinen Gebrauch machen. Die Beteiligten befreien den Notar insoweit von jeglicher Haftung.

Die rechtlichen Folgen der Adoption sind möglicherweise nicht die gleichen wie bei einer Adoption nach deutschem Recht. Insbesondere kann die Anwendung des ausländischen Rechts dazu führen, dass das Eltern-Kind-Verhältnis zu der bisherigen Familie nicht vollständig erlischt. Sollte dies der Fall sein, soll nach dem Willen der Erschienenen zugleich gemäß § 3 Abs. 1 AdWirkG der Ausspruch ergehen, dass das Kind die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften angenommenen Kindes erhält. Der Notar hat darüber belehrt, dass mit der Umwandlung das

Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Eltern und Verwandten erlischt. Der Notar hat weiter auf die durch die Umwandlung – vor allem im Unterhalts- und Erbrecht – entstehenden Rechte und Pflichten zwischen den Annehmenden und dem Anzunehmenden hingewiesen.

II. Anerkennung von im Ausland durchgeführten Adoptionen

1. Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption vom 29.5.1993²³

Am 1.3.2002 ist in Deutschland das Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 (HAÜ) in Kraft getreten. Es bezweckt nach seinem Art. 1 die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten auf dem Gebiet der internationalen Adoption zum Schutz und zum Wohl der Kinder und sichert die Anerkennung der nach dem Übereinkommen zustande gekommenen Adoptionen.²⁴ Die Anerkennung und Wirkungen einer nach dem Übereinkommen durchgeführten Adoption regeln die Art. 23 ff. HAÜ. Nach Art. 23 Abs. 1 HAÜ wird die Adoption in allen Vertragsstaaten kraft Gesetzes, also auch ohne Anerkennungsverfahren, anerkannt, wenn die zuständige Behörde des Staates, in dem die Annahme erfolgt ist, das Zustandekommen der Adoption in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen bescheinigt. Die Anerkennung kann gemäß Art. 24 HAÜ in einem Vertragsstaat nur dann versagt werden, wenn die Adoption in offensichtlichem Widerspruch zum ordre public dieses Vertragsstaates steht. Um eine verbindliche Klärung bezüglich des Bestands und des Inhalts der im Ausland durchgeführten Adoption herbeizuführen, wird daher häufig auch in den Fällen der nach dem HAÜ durchgeführten und bescheinigten Adoptionen in Deutschland nochmals ein Anerkennungsverfahren nach dem Adoptionswirkungsgesetz (AdWirkG) durchgeführt.

2. Verfahren nach dem Adoptionswirkungsgesetz

Vor Inkrafttreten des Adoptionswirkungsgesetzes am 1.1.2002 gab es kein förmliches Verfahren zur Anerkennung im Ausland durchgeführter Adoptionen. Rechtssicherheit konnte nur durch eine Wiederholung der Adoption im Inland herbeigeführt werden.

Das Adoptionswirkungsgesetz sieht zwei Verfahren vor, nämlich das Anerkennungs- und Wirkungsfeststellungsverfahren (§ 2 AdWirkG) und das Umwandlungsverfahren (§ 3 AdWirkG). Voraussetzung für beide Verfahren ist, dass der Angenommene im Zeitpunkt der Adoption das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte (§ 1 Satz 2 AdWirkG). Im Übrigen fallen unter das Adoptionswirkungsgesetz alle Arten der Adoption, also solche, die schwache oder starke Wirkungen zeigen, und auch Vertragsadoptionen.²⁵ In zeitlicher Hinsicht gilt das Adoptionswirkungsgesetz auch für Adoptionsentscheidungen, die vor seinem Inkrafttreten ergangen sind und die bislang im Inland nicht wiederholt wurden.²⁶

²³ Die jeweils aktuelle Liste der Vertragsstaaten des HAÜ kann auf der Homepage der Haager Konferenz (http://hcch.e-vision.nl/index_en.php) eingesehen werden.

²⁴ Darstellung im Einzelnen: Süß, MittBayNot 2002, 88.

²⁵ Hölzl, StAZ 2003, 289.

²⁶ Hölzl, StAZ 2003, 289.

a) Anerkennungs- und Wirkungsfeststellungsverfahren

Das Anerkennungs- und Wirkungsfeststellungsverfahren ist in § 2 AdWirkG geregelt. Es wird nur auf Antrag eingeleitet, wobei eine notarielle Beurkundung des Antrags nicht erforderlich ist. Zu beachten ist, dass das Verfahren fakultativ ist, da auch ohne gerichtliche Feststellung nach § 2 AdWirkG eine im Ausland durchgeführte Adoption ihre Rechtswirkungen im Inland entfaltet, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Anerkennung oder Wirksamkeit vorliegen.

Das Adoptionswirkungsgesetz liefert keinen eigenen Prüfungsmaßstab für die Anerkennung bzw. Wirksamkeit der Adoption²⁷. Für die Frage, anhand welcher Normen die Prüfung zu erfolgen hat, ist zu unterscheiden zwischen Adoptionen, die in einem Konventionsstaat erfolgt sind (diese sind nur auf einen möglichen ordre public-Verstoß hin zu untersuchen, Art. 24 HAÜ), und Adoptionen, die in einem Nicht-Vertragsstaat des HAÜ erlassen worden sind. Hinsichtlich Letzterer ist weiter zu unterscheiden, ob eine ausländische Dekret-Adoption (eine durch gerichtlichen oder behördlichen Beschluss ergangene Adoption) anerkannt werden soll oder ob die Wirksamkeit einer Vertragsadoption festgestellt werden soll. Dekretadoptionen werden am Maßstab der in § 109 FamFG normierten Anerkennungsausschlussgründe geprüft, Vertragsadoptionen anhand des durch Art. 22 Abs. 1, 23 EGBGB berufenen Rechts beurteilt.²⁸

Stellt das Gericht in einem ersten Schritt die Anerkennung einer Dekretadoption bzw. die Wirksamkeit einer Vertragsadoption fest, so ist in einem weiteren Schritt der Wirkungsumfang nach § 2 Abs. 2 AdWirkG festzulegen. Insoweit wird geprüft, ob das Eltern-Kind-Verhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Eltern durch die Annahme erloschen ist (§ 2 Abs. 1 Hs. 2 AdWirkG) oder ob dieses fortbesteht. Ist das bisherige Eltern-Kind-Verhältnis erloschen, wird nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AdWirkG festgestellt, dass das Annahmeverhältnis einem nach den deutschen Sachvorschriften begründeten Annahmeverhältnis gleichsteht. Besteht das bisherige Eltern-Kind-Verhältnis hingegen fort, so wird nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AdWirkG nur konstatiert, dass das Annahmeverhältnis in Ansehung der elterlichen Sorge und der Unterhaltspflicht des/der Annehmenden einem nach den deutschen Sachvorschriften begründeten Annahmeverhältnis gleichsteht. In letzterem Fall besteht die Möglichkeit, zu beantragen, dass das Kind die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften angenommenen Kindes erhält (§ 3 AdWirkG, Umwandlungsausspruch).

b) Umwandlungsausspruch

Voraussetzung für den Umwandlungsausspruch ist nach § 3 AdWirkG zunächst ein notariell beurkundeter Antrag (§ 4 Abs. 1 Satz 3 AdWirkG i. V. m. § 1752 Abs. 2 BGB). Daneben verlangt § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 AdWirkG, dass die Umwandlung dem Kindeswohl dient (Nr. 1), dass die erforderlichen Zustimmungen zu einer Annahme mit einer das Eltern-Kind-Verhältnis beendeten Wirkung erteilt sind (Nr. 2) und dass überwiegende Interessen des Ehegatten oder der Kinder des Annehmenden oder des Angenommenen nicht entgegenstehen (Nr. 3). Schließlich muss das Verfahren der Feststellung nach § 2 AdWirkG zuvor durchlaufen worden sein, wobei das Anerkennungs- bzw. Wirkungsfeststellungsverfahren mit dem Umwandlungsverfahren verbunden werden kann (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 AdWirkG).

Ein Umwandlungsverfahren kann nicht nur dann beantragt werden, wenn es sich bei der anzuerkennenden Adoption um eine solche mit schwachen Wirkungen handelt, sondern auch dann, wenn die Adoption zwar zur Beendigung des ursprünglichen Eltern-Kind-Verhältnisses geführt hat, das Annahmeverhältnis jedoch in seinen übrigen Wirkungen hinter denjenigen einer deutschen Minderjährigenadoption zurückbleibt (§ 3 Abs. 2 AdWirkG), also etwa dann, wenn das ausländische Adoptionsstatut kein Verwandtschaftsverhältnis zu den Angehörigen der Adoptiveltern vorsieht.²⁹ Nach den Gesetzesmaterialien kann ein Umwandlungsverfahren nach § 3 Abs. 2 AdWirkG auch dazu genutzt werden, von den namensrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des § 1757 Abs. 2-4 BGB Gebrauch zu machen. Da die Durchführung eines Umwandlungsverfahrens jedoch in der Regel recht aufwendig ist (notarielle Beurkundung und Beurteilung des Kindeswohls sowie die Feststellung, dass keine Interessen der Angehörigen entgegenstehen mit Stellungnahme des Jugendamtes)³⁰, ist es häufig einfacher, den Weg der öffentlichrechtlichen Namensänderung zu gehen.

Muster: Kombiniertes Antrag auf Anerkennung/Wirksamkeitsfeststellung und Umwandlungsausspruch³¹

Verhandelt am (...) in (...)

Vor dem Notar (...) erschienen:

- 1) Die Eheleute (...);
- 2) Das Kind (...), geb. am (...), vertreten durch die Erschienenen zu 1 als seine gesetzlichen Vertreter.

Die Erschienenen wiesen sich aus durch (...).

I.

Die Erschienenen zu 1 erklärten:

Gemäß Beschluss des Gerichts in (...) vom (...), (Az. [...]), ist das Kind (...), geboren am (...), von uns an Kindes statt angenommen worden.

Wir gehen davon aus, dass durch die Annahme das Eltern-Kind-Verhältnis des Kindes (...) zu seinen bisherigen Eltern erloschen ist. Für den Fall, dass dies nicht so sein sollte, soll das Kind (...) im Wege der Umwandlung nach § 3 AdWirkG die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften adoptierten Kindes erhalten.

II.

Die Eheleute (...) beantragen beim Familiengericht in (...) festzustellen,

1. dass die Annahme des Kindes (...) durch (...) gemäß Beschluss des Gerichts in (...) vom (...), (Az. [...]), anzuerkennen (Anm.: Bei Vertragsadoption zu ersetzen durch „wirksam“) ist,
2. dass das Eltern-Kind-Verhältnis des Kindes (...) zu seinen leiblichen Eltern durch die unter Ziffer 1 genannte Annahme erloschen ist,
3. hilfsweise für den Fall, dass das Eltern-Kind-Verhältnis zu den bisherigen Eltern durch die Annahme nicht erloschen ist oder für den Fall, dass die Wirkungen der An-

²⁷ S. Lorenz in FS Sonnenberger, S. 508.

²⁸ Vgl. im Einzelnen: Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Rdnr. 257 ff.

²⁹ Staudinger/Winkelsträter, FamRBint 2006, 13.

³⁰ Hölzl, StAZ 2003, 196.

³¹ Angelehnt an das Muster von Emmerling de Oliveira in Würzburger Notarhandbuch, Teil 7, Kap. 5 Rdnr. 95.

nahme von den nach den deutschen Sachvorschriften vorgesehenen Wirkungen trotz Erlöschens des Eltern-Kind-Verhältnisses abweichen, auszusprechen, dass das Kind (...) die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften angenommenen Kindes der Eheleute (...) erhält.

4. dass das Kind (...) den Namen (...) als Geburtsnamen erhält.

Der Notar wird damit betraut, den Antrag beim Familiengericht einzureichen.

III.

Das Kind (...) vertreten durch die Erschienenen zu 1, erteilt seine Zustimmung dazu, dass es die Rechtsstellung eines nach den deutschen Sachvorschriften angenommenen Kindes der Eheleute (...) erhält.

IV.

Der Notar hat auf Folgendes hingewiesen:

Die Feststellungen nach § 2 AdWirkG wirken nicht gegenüber den bisherigen Eltern des Kindes, sofern diese nicht am Verfahren beteiligt werden.³² Stellt das Gericht fest, dass das Annahmeverhältnis einem nach den deutschen Sachvorschriften begründeten Annahmeverhältnis gleichsteht, so hat das Kind – insbesondere im Hinblick auf den Unterhalt und Erb- und Pflichtteilsrechte – die gleiche Rechtsstellung wie ein nach deutschem Recht adoptiertes Kind.

Mit der Umwandlung erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu seinen bisherigen Eltern und Verwandten. Durch die Umwandlung erlangt das Kind die rechtliche

Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Beteiligten zu 1 nach deutschem Recht, was mit Rechten und Pflichten – vor allem im Unterhalts- und Erbrecht – verbunden ist.

3. Internationale und örtliche Zuständigkeit

Auch im Anwendungsbereich des Adoptionswirkungsgesetzes richtet sich die internationale Zuständigkeit nach § 101 FamFG, vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 AdWirkG. Für Anträge nach §§ 2, 3 AdWirkG ist örtlich das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk ein Oberlandesgericht seinen Sitz hat, für den Bezirk dieses Oberlandesgerichts; für den Bezirk des Kammergerichts entscheidet das AG Schöneberg (Zuständigkeitskonzentration, vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG).

4. Vorzulegende Unterlagen

Mit dem Antrag auf Anerkennung/Umwandlung sind folgende Unterlagen einzureichen:

- die originale, legalisierte Adoptionsentscheidung mit Übersetzung durch einen vereidigten Dolmetscher;
- die nach der Adoption ausgestellte Geburtsurkunde des Kindes (Original und Übersetzung);
- alle Unterlagen (Original und ggf. Übersetzung), die zur ordre public-Prüfung geeignet sind, z. B. alte Geburtsurkunde, Kindervorschlag, Adoptionseignungsbericht, Zustimmung von Vermittlungsstellen, Umstände, die die Zustimmung der leiblichen Eltern belegen, evtl. Schilderung des Ablaufs des ausländischen Adoptionsverfahrens;
- bei gleichzeitigem Umwandlungsantrag ggf. weitere Zustimmungserklärungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 AdWirkG (Zustimmung zu einer Adoption mit einer das Eltern-Kind-Verhältnis beendenden Wirkung).

³² Zur Reichweite der Entscheidungswirkungen vgl. § 4 Abs. 2 AdWirkG.

Neuere Entwicklungen im Bereich des reformierten Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechtes – Teil 2

Von Notarassessorin Dr. *Brigitte Bauer*, München, und Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Auslöser und Kernpunkt der zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Erbschaftsteuerreform war die vom BVerfG vorgegebene Bewertung jeglicher Vermögensgegenstände, also auch von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, mit dem Verkehrswert.¹ Die für die Bewertung gewerblicher Unternehmen neu geschaffenen Regeln haben zahlreiche Fragen aufgeworfen, die im vergangenen Jahr in der Literatur und in der Praxis diskutiert wurden.²

Der Beitrag schließt an den in MittBayNot 2010, 175 ff. veröffentlichten Beitrag zur Bewertung von Grundvermögen an und untersucht die Grundlagen der Neureglung zur Bewertung von betrieblichen Einheiten unter besonderer Berücksichtigung der dazu ergangenen Stellungnahmen der Finanzverwaltung.

I. Übersicht

Die Finanzverwaltung hat sich zur Bewertung von Betriebsvermögen und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in den gleich lautenden Ländererlassen vom 25.6.2009 zur „Anwendung der §§ 11, 95–109, 199 ff. BewG in der Fassung durch das ErbStRG“, BStBl I 2009, S. 698 – nachfolgend Unternehmensbewertungs-Erlass – geäußert. Die Bewertungsregeln

wurden durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz nicht verändert, lediglich der Basiszins gemäß § 203 Abs. 2 BewG wurde für das Jahr 2010 neu bestimmt: Er beträgt gemäß BMF-Schreiben vom 5.1.2010 nunmehr 3,98 % (2007: 4,02 %, 2008: 4,58 %³, 2009: 3,61 %⁴).⁵

³ BMF-Schreiben vom 17.3.2009.

⁴ BMF-Schreiben vom 7.1.2009.

⁵ Der Kapitalisierungsfaktor sinkt dadurch von 12,33 auf 11,79, d. h. der Wert des Unternehmens verringert sich gegenüber 2009 um ca. 4,4 %.

¹ Dazu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 92 ff.

² *Spiegelberger/Wartenburger*, ErbStB 2009, 98.

Jahr	Kapitalisierungs- zins	Kapitalisierungs- faktor
2007	8,52	11,74
2008	9,08	11,01
2009	8,11	12,33
2010	8,48	11,79

Zur „Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens nach dem Sechsten Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes“ existieren ebenso gleich lautende Ländererlasse vom 1.4.2009 mit Anlagen, veröffentlicht in BStBl I 2009, S. 552 – nachfolgend LuF-Erlass. Schließlich werden einige verfahrensrechtliche Fragen zur Wertfeststellung und Überwachung der Nachversteuerung in den gleich lautenden Ländererlassen vom 30.3.2009, BStBl I 2009, S. 546 – nachfolgend Feststellungs-Erlass – geregelt.

II. Regelungsbereiche im Bewertungsgesetz

Für die Ermittlung der Erbschaft- und Schenkungsteuer auf inländisches Betriebsvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften verlangt § 12 Abs. 2 und 5 ErbStG eine gesonderte Feststellung des Wertes gemäß § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BewG. Zuständig für dieses Feststellungsverfahren ist das FA, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung des Unternehmens befindet (§ 152 Nr. 2 und 3 BewG). Für die Bewertung von Anteilen an Kapitalgesellschaften verweisen die §§ 151, 157 Abs. 4 BewG auf § 11 Abs. 2 BewG. Für Betriebsvermögen gelangt man über die §§ 157 Abs. 5, 95, 96, 97 und 109 BewG ebenfalls zu § 11 Abs. 2 BewG. Dieser regelt die Rangfolge der einzelnen Bewertungsverfahren und verweist ansonsten auf das vereinfachte Bewertungsverfahren gemäß §§ 199 ff. BewG. Damit sind insgesamt vier Regelungsbereiche des Bewertungsgesetzes zu berücksichtigen:

- Abgrenzung des Betriebsvermögens zu anderen Vermögenseinheiten (§§ 95 ff. BewG),
- Wahl der Bewertungsmethode (§ 11 BewG),
- Wertermittlung nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren (§§ 199 ff. BewG),
- Besteuerungsverfahren (§§ 151 ff. BewG).

§ 157 BewG dient hierbei gewissermaßen als Wegweiser, da der systematische Aufbau des Bewertungsgesetzes nicht geeignet ist, für sich selbst zu sprechen.

III. Umfang des Betriebsvermögens (§§ 95 ff. BewG)

1. Gewerbebetriebe und Freiberufler

Mit dem Umfang des für Erbschaft- und Schenkungsteuerzwecke⁶ als „Betriebsvermögen“ zu bewertenden Vermögens befassen sich die Abschnitte 8–16 des Unternehmensbewertungs-Erlasses. Dabei orientiert sich das Bewertungsrecht gemäß §§ 95, 96 BewG an den einkommensteuerlichen Gegebenheiten: Grundsätzlich ist all das, was an Aktiva und Passiva in der aktuellen Steuerbilanz enthalten ist, bewertungsrechtlich Betriebsvermögen – was freilich nicht bedeutet, dass auch die ertragsteuerlichen Wertansätze zu übernehmen wären, siehe dazu nachfolgend IV. Von diesem Grundsatz gibt

es jedoch Ausnahmen, da das Steuerbilanzrecht u. U. zu Ansätzen führt, die nicht dem wirtschaftlichen Gehalt entsprechen:⁷

- Immaterielle Wirtschaftsgüter sind, unabhängig von der handelsrechtlichen Behandlung gemäß § 248 Abs. 2 HGB, ertragsteuerlich nur dann im Anlagevermögen aktivierungsfähig, wenn sie entgeltlich erworben wurden (§ 5 Abs. 2 EStG). Bewertungsrechtlich stellen sie dennoch Betriebsvermögen dar und sind beispielsweise bei der Ermittlung des Substanzwertes (dazu nachfolgend IV.3) zu berücksichtigen.⁸
- Ein ertragsteuerlich nach § 7 Abs. 1 Satz 2 EStG aktivierter Geschäfts- und Firmenwert ist hingegen bewertungsrechtlich nur im Rahmen einer Ertragsbewertung relevant. Als Substanzwert ist er nicht anzusetzen.⁹
- Handelsrechtlich gebotene, aber steuerlich unzulässige Rückstellungen, insbesondere Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, vgl. §§ 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HGB, 5 Abs. 4 a EStG, sind als passives Betriebsvermögen ansatzfähig.¹⁰

Weitere Ausnahmen regeln die §§ 103, 137 BewG.

Die Anknüpfung an das Ertragsteuerrecht gilt grundsätzlich auch bei nicht bilanzierenden Gewerbetreibenden und Freiberuflern (Abschn. 9 Abs. 3 Unternehmensbewertungs-Erlass). Allerdings werden hier nach Auffassung der Verwaltung einige Vermögenspositionen zum Betriebsvermögen gezählt, die ertragsteuerlich nicht relevant sind.¹¹ So zählen zum Betriebsvermögen:

- Honoraransprüche von Freiberuflern für vollendete Leistungen oder nach Vertrag bzw. Gebührenordnung abrechenbare Teilleistungen,
- Forderungen und Verbindlichkeiten, die mit dem Betrieb in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen,
- Bargeld und Bankguthaben, die aus der betrieblichen Tätigkeit herrühren.

Damit wird für eine gewisse Gleichbehandlung zwischen bilanzierenden und nicht bilanzierenden Betrieben gesorgt. Allerdings dürfte die Abgrenzung, welche Guthaben „aus der Tätigkeit herrühren“ bei einem nicht bilanzierenden Unternehmer auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Hier besteht ein gewisses Gestaltungspotential, indem im Vorfeld z. B. einer Kanzleiübergabe Honoraransprüche noch nicht eingezogen bzw. die Erträge noch nicht von den Geschäftskonten entnommen werden. Das danach im Rahmen der Übergabe mit übertragene Barvermögen bzw. die entsprechenden Forderungen unterliegen der steuerlichen Vergünstigung als Betriebsvermögen.¹² Es handelt sich insbesondere nicht um Verwaltungsvermögen.¹³

⁷ Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 95 BewG Rdnr. 11.

⁸ Abschn. 4 Abs. 3 Satz 4, Abschn. 9 Abs. 1 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁹ Abschn. 4 Abs. 3 Satz 5, Abschn. 9 Abs. 1 Satz 4 Unternehmensbewertungs-Erlass.

¹⁰ Abschn. 4 Abs. 3 Satz 3, Abschn. 9 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 Unternehmensbewertungs-Erlass.

¹¹ Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 95 BewG Rdnr. 13.

¹² Vgl. zu den Rechtsfolgen Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 94 ff.

¹³ Wälzholz, DStR 2009, 1605; anders der frühere Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge, der jedoch nicht Gesetz geworden ist.

⁶ Die §§ 95 ff. BewG sind in ihrer Anwendung nicht auf die Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer beschränkt. Der Erlass regelt jedoch nur diesen Anwendungsfall, vgl. Abschn. 8 Unternehmensbewertungs-Erlass.

2. Mitunternehmerschaften

Auch bei der Bestimmung des Betriebsvermögens von gewerblichen oder freiberuflichen Personengesellschaften orientiert sich das Bewertungsrecht am Ertragsteuerrecht. Die hierfür maßgeblichen bewertungsrechtlichen Vorschriften gelten ohne weiteres auch für gewerblich geprägte Personengesellschaften i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, die an sich keine gewerbliche Tätigkeit ausüben.¹⁴ Erst auf der Ebene der erbschaftsteuerlichen Verschonungsnormen werden diese anders behandelt.¹⁵ Neben dem Gesamthandsvermögen ist daher auch das aktive und passive Sonderbetriebsvermögen als Betriebsvermögen anzusetzen (§ 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BewG). Nach Auffassung der Finanzverwaltung gehören folgende Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens nicht zum bewertungsrechtlichen Betriebsvermögen:

- Grundstücke, die ausschließlich oder nahezu ausschließlich der privaten Lebensführung der Gesellschafter dienen,¹⁶
- Darlehensforderungen gegen Gesellschafter, die weder zu einem betrieblichen Zweck noch zu fremdüblichen Konditionen gewährt worden sind.¹⁷

Diese jeweils an ertragsteuerlichen Gegebenheiten orientierte Verwaltungsauffassung ist auf Kritik gestoßen.¹⁸ In der Tat scheint § 97 Abs. 1 Satz 1 BewG („alle Wirtschaftsgüter, die den [...] gehören“) hinsichtlich des Gesamthandsvermögens nur auf die zivilrechtliche Zuordnung abzustellen. Nur hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens (Nr. 5 Satz 2) wird gesondert auf die ertragsteuerliche Zurechnung abgestellt. Die Auswirkungen der Verwaltungsauffassung zur Behandlung der o. g. Darlehensforderungen ist in einem Rechenbeispiel in Abschn. H 10 (2) des Unternehmensbewertungs-Erlasses dargestellt.

Für die Bewertung sieht § 97 Abs. 1 a BewG hier ein zweistufiges Verfahren vor:

Zunächst ist das Gesamthandsvermögen nach § 109 Abs. 2 BewG zu bewerten und so aufzuteilen, dass jedem Gesellschafter

- der Nominalbetrag seines Kapitalkontos und
- der nach dem Gewinnverteilungsschlüssel auf ihn entfallende Anteil am Unterschiedsbetrag zwischen dem gemeinen Wert des Gesamthandsvermögens und der Summe der Kapitalkonten

zugewiesen wird. Hinzu kommt der gemeine Wert des aktiven und passiven Sonderbetriebsvermögens des Gesellschafters. Die Summe aus alledem ist der Wert des Anteils des Gesellschafters. Dabei geht die Verwaltung davon aus, dass ein nicht mit Nachschusspflichten belasteter Kommanditanteil keinen negativen Wert haben kann,¹⁹ wobei fraglich ist, ob eine überschießende Außenhaftung (aufgrund einer eingetragenen höheren Haftsumme oder aufgrund von Rückzahlungen) einer Nachschusspflicht gleichgestellt werden kann:

¹⁴ Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 97 BewG Rdnr. 13.

¹⁵ Vgl. zum Begriff des Verwaltungsvermögens Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 94 f.

¹⁶ Abschn. 10 Abs. 1 Satz 5 Unternehmensbewertungs-Erlass; Abschn. H 4.2 Abs. 11 EStH; dazu Schmidt/Heinicke, § 4 EStG Rdnr. 175.

¹⁷ Abschn. 10 Abs. 2 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass, BFH BStBl II 1996, S. 642.

¹⁸ Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 97 BewG Rdnr. 18 ff.

¹⁹ Abschn. 12 Abs. 1 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass; krit. Gerlach, DStR 2010, 309.

Beispiel:

Der Kommanditist K ist mit einer Haftsumme von 500.000 € im Handelsregister als Gesellschafter der K-KG eingetragen. Er hat seine Pflichteinlage von 300.000 € (30 %) voll erbracht. Sein Kapitalkonto steht bei -150.000 €. Die Kapitalkonten der Mitgesellschafter liegen bei 50.000 € und 0 €. Der gemeine Wert des Gesellschaftsvermögens beträgt 200.000 €. Der gemeine Wert des Sonderbetriebsvermögens des K beträgt 100.000 €.

- Das negative Kapitalkonto (-150.000 €) wird dem K vorab zugerechnet.
- Der Unterschiedsbetrag zwischen der Summe der Kapitalkonten (-100.000 €) und dem Wert des Gesellschaftsvermögens (200.000 €), also insgesamt 300.000 €, wird nach dem Gewinnverteilungsschlüssel aufgeteilt. Auf K entfällt damit ein Anteil von 100.000 €.
- Es ergibt sich für den Anteil des K am Gesamthandsvermögen ein negativer Wert von -50.000 €.

Im Innenverhältnis trifft K keine Nachschusspflicht gegenüber seinen Mitgesellschaftern. Er haftet jedoch noch bis z. H. v. 200.000 € gegenüber Gesellschaftsgläubigern. Aufgrund des positiven Wertes des Gesamthandsvermögens würde die Verwaltungsauffassung die Anerkennung eines negativen Anteilswertes wohl verweigern und somit zu einem Anteilswert von 0 € den Wert des Sonderbetriebsvermögens von 100.000 € addieren. Der Gesamtwert wäre für K niedriger, wenn er im Vorfeld das aktive Sonderbetriebsvermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (Ausgleich seines Kapitalkontos) in das Gesamthandsvermögen überführt hätte.²⁰

Die Einzelbewertung des Sonderbetriebsvermögens führt freilich zu Komplikationen im Hinblick auf das Ertragswertverfahren, denn die auf das Sonderbetriebsvermögen entfallenden Erträge bzw. ersparten Aufwendungen erhöhen den Gewinn der Mitunternehmerschaft. Im Ansatz wird dieser Effekt bereits im vereinfachten Ertragswertverfahren berücksichtigt, denn § 202 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BewG sieht vor, dass Ergebnisse aus den Sonderbilanzen unberücksichtigt bleiben. Eine darüber hinausgehende Ergebniskorrektur lässt die Finanzverwaltung nur eingeschränkt, nämlich nach § 202 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BewG zu.²¹

Beispiel:

Der Kommanditist A überlässt an die A GmbH & Co. KG, an der er mit 100 % am Kapital beteiligt ist, ein ihm gehörendes Betriebsgrundstück zur Nutzung. Einkommensteuerlich und gewerbsteuerlich ist es gleichgültig, ob A dafür eine Miete/Pacht verlangt oder nicht: Dem entsprechenden Aufwand auf der Ebene der Gesellschaft steht ein gleich hoher Ertrag als Sonderbetriebseinnahme gegenüber. Erbschaftsteuerlich wird die Gesellschaft regelmäßig anhand ihres Ertrages bewertet, der im Fall einer entgeltlichen Grundstücksüberlassung gemäß § 202 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BewG um das (angemessene) Entgelt gemindert ist. Ist die Nutzungsüberlassung unentgeltlich, so kommt eine Minderung des Ertrages nach § 202 Abs. 1 Nr. 3 BewG in Betracht, da sich die unentgeltliche Nutzungsüberlassung auf den Ertrag (der Gesamthand!) aus-

²⁰ Was ertragsteuerlich nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG zu Buchwerten möglich ist, allerdings zu gesellschaftsrechtlichen Verschiebungen führt, die u. U. nicht gewollt sind.

²¹ Abschn. 11 Satz 6, 7 Unternehmensbewertungs-Erlass; kritisch dazu Daragan/Halaczinsky/Riedel, § 97 BewG Rdnr. 24.

wirkt und gesellschaftsrechtlich veranlasst ist.²² Folglich ist in beiden Varianten der Ertragswert aufgrund einer ortsüblichen Miete/Pacht für das Betriebsgrundstück verringert. Hinzu kommt beim Gesellschafter A der gemeine Wert seines Grundstückes, der gesondert ermittelt wird. Wenn man § 202 Abs. 1 Nr. 3 BewG so auslegt, droht die von *Riedel*²³ befürchtete Doppelbesteuerung nicht.

3. Bewertung von Betriebsgrundstücken (§ 99 BewG)

Grundbesitz, der im Eigentum einer Kapitalgesellschaft oder im Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft steht, gehört regelmäßig (zu den Ausnahmen siehe oben 2) vollständig zum Betriebsvermögen im bewertungsrechtlichen Sinn. Für gemischt genutzte Grundstücke und Gebäude eines Einzelunternehmens und im Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers kommt es zu einer Aufteilung nach ertragsteuerrechtlichen Grundsätzen.²⁴ Entsprechendes gilt für die Zuordnung von Schulden, die mit Betriebsgrundstücken in Zusammenhang stehen.²⁵

Beispiel:

Die A KG betreibt ein Handwerksunternehmen. Im Gesamthandsvermögen befinden sich ein Grundstück mit Lagerhaus sowie ein Waldgrundstück, das gelegentlich für Betriebsausflüge genutzt wird. Der Kommanditist A ist Eigentümer eines Grundstückes, auf dem sich sowohl sein Wohnhaus als auch das Betriebsgebäude der KG befinden. Er übergibt seinen Kommanditanteil sowie das ihm gehörende Grundstück an seine Tochter.

Das Wohngebäude und der zugehörige Anteil an Grund und Boden sind als Privatvermögen zu bewerten.²⁶ Das Lagerhaus und der zugehörige Grundstücksanteil sind betriebsnotwendiges Vermögen und gehen daher in die Ertragswertbestimmung der KG ein (dazu nachstehend IV. 2). Zu einer gesonderten Bewertung kommt es hier nur, wenn der Gesamtbetrieb mit dem Substanzwert als Mindestwert bewertet wird (dazu IV. 3) oder wenn es sich um sog. junges Betriebsvermögen handelt. In diesem Fall finden nach § 99 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BewG die §§ 176 ff. BewG zur Grundbesitzbewertung entsprechende Anwendung.²⁷ Das Waldgrundstück ist nicht betriebsnotwendig (§ 200 Abs. 2 BewG) und wird daher nach § 99 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 BewG nach den Regeln für land- und forstwirtschaftliches Vermögen (§§ 158 ff. BewG) gesondert bewertet.²⁸ Ertrag und Aufwand dieses Grundstückes sind für Zwecke der Ertragsbewertung herauszurech-

nen (§ 202 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 lit. f) und Nr. 2 lit. f) BewG). Für das im Sonderbetriebsvermögen des A befindliche Betriebsgebäude samt Grundstücksanteil gelten die unter 2. dargestellten Grundsätze.

4. Betriebliche Schulden (§ 103 BewG)

Betriebliche Schulden bzw. die dadurch verursachten Aufwendungen fließen in die Unternehmensbewertung ein und werden daher – außer im Fall der Substanzbewertung – nicht gesondert bewertet. Demgegenüber sind private Schulden²⁹ bei der Erbschaftsteuer als Nachlassverbindlichkeit (§ 10 Abs. 5 und 6 ErbStG) und bei der Schenkungsteuer – sofern sie übernommen werden – als Gegenleistung nach den Grundsätzen der gemischten Schenkung abzugsfähig.³⁰ § 103 BewG regelt nunmehr, dass die ertragsteuerliche Zuordnung³¹ als Betriebsschuld für Bewertungszwecke allein nicht ausreicht, vielmehr wird ein „wirtschaftlicher Zusammenhang“ mit dem Betrieb bzw. dem Betriebsvermögen verlangt. Hierfür ist maßgeblich, ob die Schulden unmittelbar und ursächlich auf Vorgängen beruhen, die Betriebsvermögen betreffen.³² Diese Kriterien unterscheiden sich allerdings nicht grundsätzlich von der ertragsteuerlichen Zuordnung, so dass die Bedeutung des § 103 Abs. 1 BewG eingeschränkt ist. Bestimmte in der ertragsteuerlichen Bilanz gewinnmindernd ansatzfähige Rücklagen können gemäß § 103 Abs. 2 BewG nicht als Passivposten abgesetzt werden; dies betrifft insbesondere die Reinvestitionsrücklagen nach § 6 b EStG.³³

5. Beteiligungen an Kapitalgesellschaften

Für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ergibt sich die Bewertung unmittelbar aus § 11 BewG, ohne dass es des Umweges über die §§ 95 ff. BewG bedarf. Durch die Verweisung in § 109 BewG sind Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften bewertungsrechtlich gleichgestellt, lediglich § 11 Abs. 1 BewG (Börsenkurs) passt für Personenunternehmen von vornherein nicht. Eine Besonderheit bei der Bewertung von Kapitalgesellschaftenanteilen ist der sog. Paketzuschlag gemäß § 11 Abs. 3 BewG. Die Verwaltung hält einen Zuschlag bis zu 25 % für angemessen, wobei auch höhere Zuschläge im Einzelfall möglich sein sollen.³⁴ Danach sind Beteiligungswerte für Kapitalgesellschaften ggf. zu korrigieren, wenn die Größe der betroffenen Beteiligungen einen besonderen Einfluss auf die Gesellschaft ermöglicht. Während das Gesetz die Möglichkeit der Beherrschung der Gesellschaft als Beispiel anführt (also eine Mehrheitsbeteiligung), genügt nach Verwaltungsauffassung eine 25 % übersteigende Beteiligung.³⁵ Dabei stellt die Verwaltung klar, dass ein Paketzuschlag insbesondere dann angezeigt ist, wenn der Wert der Anteile nach § 11 Abs. 1 (Börsenkurs) festgestellt oder aus Verkäufen abgeleitet wurde. Im vereinfachten Ertragswertverfahren ist hingegen regel-

²² In diesem Sinne auch das Beispiel 2 in Abschn. H 22 (3) des Unternehmensbewertungs-Erlasses.

²³ A. a. O.

²⁴ Abschn. 13 Abs. 1 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass; die ertragsteuerlichen Grundsätze sind aus Verwaltungssicht insbesondere in Abschn. 4.2 EStR 2005 festgehalten; vgl. hierzu auch *Spiegelberger/Spindler/Wälzholz*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, Kap. 2 Rdnr. 44 ff.

²⁵ Abschn. 16 Unternehmensbewertungs-Erlass.

²⁶ Hierzu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 88 ff.; *dies.*, MittBayNot 2010, 175.

²⁷ Dies gilt nicht bei Sachleistungsansprüchen auf Übertragung eines Grundstückes, vgl. Abschn. 15 Abs. 5 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass, wobei nicht ersichtlich ist, inwiefern sich nach der Angleichung der Grundbesitzwerte an den Verkehrswert ein Unterschied zwischen dem „Wert des Gegenstands“ und dem Grundbesitzwert ergeben soll; zur alten Rechtslage BFH, BStBl II 1991, S. 620; 1991, S. 749; 1997, S. 820.

²⁸ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 99 BewG Rdnr. 10.

²⁹ Dies betrifft ebenso wie im Ertragsteuerrecht auch private Schulden, insbesondere Einkommensteuerschulden des Übergebers, auch wenn sie durch den Betrieb verursacht sind, vgl. Abschn. 15 Abs. 6 Unternehmensbewertungs-Erlass.

³⁰ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 99 BewG Rdnr. 14.

³¹ Dazu Abschn. R 4.2. EStR 2005.

³² BFH, BStBl II 1991, S. 911; BStBl II 1972, S. 414 (zum damaligen § 62 BewG); BStBl II 2000, S. 588.

³³ Weitere Beispiele in Abschn. 14 des Unternehmensbewertungs-Erlasses.

³⁴ Abschn. 7 Abs. 9 Unternehmensbewertungs-Erlass.

³⁵ Vgl. auch BFH, BStBl II 1974, S. 443. Im Einzelfall können auch geringere Anteile ab 10 % ausreichen, vgl. BFH/NV 2001, 426; *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 61.

mäßig kein Raum für einen Paketzuschlag.³⁶ Im Gutachten-Verfahren ist es Sache des Gutachters, diese Frage gleich mit zu klären. Problematisch sind Fälle, in denen das „Paket“ auf der Empfängerseite mehreren zugute kommt. Die differenzierende Lösung der Verwaltung hierzu überzeugt nicht:

- Bei einem Sachvermächtnis will die Verwaltung den Paketzuschlag entfallen lassen, wenn am Ende weder der Erbe noch der Vermächtnisnehmer einen hinreichend großen Teil erhalten.³⁷
- Geht die Beteiligung hingegen auf eine Erbengemeinschaft über, so soll der Paketzuschlag auch dann erhalten bleiben, wenn im Rahmen der Auseinandersetzung kleinere Anteile entstehen, und zwar unabhängig vom Grund der Aufteilung.³⁸

Beispiel:

Der Erblasser verfügt über eine Beteiligung von 30 % an einer börsennotierten Gesellschaft. Diese soll im Todesfall auf beide Kinder übergehen. Nach Vorstehendem würde eine Erbinsetzung beider Kinder (mit Teilungsanordnung) zu einem höheren Wertansatz führen als die Alleinerbinsetzung eines Kindes, beschwert mit einem Vermächtnis, dem Geschwisteranteil die Hälfte der Beteiligung abzutreten.

Insbesondere wenn eine (für jeden Erben durchsetzbare) Teilungsanordnung besteht, ist der wirtschaftliche Unterschied zur Vermächtnislösung nicht mehr erkennbar. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann der einzelne Erbe in der Erbengemeinschaft nichts anderes durchsetzen als deren Auseinandersetzung und damit den Verlust der Beteiligungsquote. Insofern ist der gesteigerte Einfluss der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft für ihn eher theoretischer Natur und kein wirtschaftlicher Mehrwert.³⁹

IV. Bewertungsmethoden (§ 11 BewG)

Für die Wahl des Bewertungsverfahrens bei Betriebsvermögen oder Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz folgende Reihenfolge vor:

1. Soweit für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ein Börsenkurs vorliegt, ist dieser gemäß § 11 Abs. 1 BewG zwingend für die Bewertung heranzuziehen, ggf. modifiziert um einen Paketzuschlag gemäß § 11 Abs. 3 BewG.
2. Bei Kapitalgesellschaften, deren Anteile nicht börsennotiert sind, und für Personenunternehmen aller Art ist der gemeine Wert nach § 11 Abs. 2 BewG zu ermitteln. Hierfür gilt folgende Rangfolge:
 - a. zunächst ist der Wert aus nicht länger als ein Jahr zurückliegenden Verkäufen unter fremden Dritten abzuleiten (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BewG);
 - b. nur soweit ein solcher Wert nicht verfügbar ist, ist der Wert anhand einer marktüblichen Methode zu schätzen; den Mindestwert bildet der Substanzwert.

1. Ableitung aus Verkäufen

Die Ableitung des gemeinen Wertes aus Verkäufen ist für die Mehrzahl der kleinen und mittelständischen Unternehmen ohne Bedeutung, da deren Anteile selten außerhalb des Gesellschafter- und Familienkreises veräußert werden. Einem

³⁶ Abschn. 7 Abs. 2 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass; *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 59.

³⁷ Abschn. 7 Abs. 5 Satz 1 Unternehmensbewertungs-Erlass.

³⁸ Abschn. 7 Abs. 4 Satz 1 Unternehmensbewertungs-Erlass.

³⁹ Kritisch auch *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 12 Rdnr. 327 ff.

Verkauf gleichgestellt ist zumindest bei einer GmbH auch eine Kapitalerhöhung, durch die ein neuer Gesellschafter der Gesellschaft beigetreten ist.⁴⁰

Der Verkauf wird nur berücksichtigt, wenn er

- weniger als ein Jahr zurückliegt,
- im gewöhnlichen Geschäftsverkehr stattfand.⁴¹ Dies sind Geschäfte, bei denen der Preis nach Marktgesichtspunkten ohne Zwang, Not, familiäre Rücksichtnahme o. ä. gebildet wurde.⁴²
- unter fremden Dritten abgeschlossen wurde. Wer ein „fremder Dritter“ ist, klärt weder das Gesetz noch der Unternehmensbewertungs-Erlass. Die Gesetzesbegründung und der Unternehmensbewertungs-Erlass schließen Verkäufe innerhalb der Familie nicht generell von der Berücksichtigung aus, wenn (ausnahmsweise) in einem solchen Fall der Kaufpreis wie unter fremden Dritten ausgehandelt wurde.⁴³

Ein einzelner Verkauf kann ungeachtet des Wortlauts („Verkäufe“) ausreichen, sofern er nicht nur einen sog. Zwerganteil betrifft oder der zu bewertende Anteil ebenfalls ein solcher Zwerganteil ist.⁴⁴ Der hierzu ergangenen Rechtsprechung⁴⁵ lässt sich nicht entnehmen, was unter einem solchen Zwerganteil zu verstehen ist. Jedenfalls sind hiermit Anteile gemeint, die weniger als 25 % der Stimmen vermitteln. Bei Aktien werden Schwellenwerte von 5 %, bei GmbH-Anteilen von 10 % vorgeschlagen.⁴⁶

Sofern solche Transaktionen vorliegen, ist der daraus abgeleitete Wert grundsätzlich verbindlich, wobei in der Literatur vorgebracht wird, dass Abweichungen im Einzelfall zulässig bleiben müssen, insbesondere wenn sich der Unternehmenswert durch außergewöhnliche Vorfälle in der Zwischenzeit deutlich verringert hat.⁴⁷ Ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben sind Abweichungen aufgrund § 11 Abs. 3 BewG (Paketzuschlag); siehe dazu vorstehend III.5.⁴⁸

2. Schätzung nach marktüblichen Methoden

Sofern eine Wertableitung aus Verkäufen nicht möglich ist – praktisch also in der überwiegenden Zahl der Fälle –, ordnet das Gesetz eine Schätzung (Unternehmensbewertung) an. Diese hat sich im Regelfall eines Verfahrens zu bedienen, das die Ertragsaussichten des Unternehmens berücksichtigt, was letztlich die Anwendung des Ertragswertverfahrens oder eines Discounted Cash flow-Verfahrens (DCF) bedeutet; insofern besteht also kein Wahlrecht des Steuerpflichtigen.⁴⁹ Alternative Verfahren (z. B. am Umsatz orientierte Multiplikatoren) können nur dann herangezogen werden, wenn sie im Ge-

⁴⁰ Abschn. 3 Abs. 1 Satz 4 Unternehmensbewertungs-Erlass unter Bezugnahme auf BFH, BStBl II 1993, S. 266, wobei nicht ersichtlich ist, warum Entsprechendes nicht auch für eine AG oder eine Publikums-KG gelten soll.

⁴¹ Abschn. 3 Abs. 1 Satz 6 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁴² BFH, BStBl II 1981, S. 353 (Verkauf im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung); 1986, S. 591 (Verkauf im Vorfeld einer Börseneinführung).

⁴³ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 26.

⁴⁴ Abschn. 3 Abs. 1 Satz 3 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁴⁵ BFH, BStBl II 1980, S. 234; BStBl II 1986, S. 591.

⁴⁶ *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 12 Rdnr. 290; *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 23.

⁴⁷ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 31; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 12 Rdnr. 293.

⁴⁸ Zur Berücksichtigung von Minderungen vgl. BFH, BStBl II 2009, S. 444 m. Anm. *Krämer*; GmbH-StB 2009, 152.

⁴⁹ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 Rdnr. 36.

schäftsverkehr üblich sind und wenn sie beim Verkauf des Unternehmens auch von einem potentiellen Erwerber herangezogen würden. Dies ist insbesondere bei Freiberuflern der Fall (Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater).⁵⁰ Die „Erwerberperspektive“ gilt allerdings auch hier nur für die Wahl der Methode, nicht für den Wert an sich, d. h. es kann nicht der tendenziell niedrige Wert angesetzt werden, den ein möglicher Interessent zunächst anbieten würde.⁵¹

Hinsichtlich der im Gesetz verwirrend ausgestalteten Frage, welches Rangverhältnis zwischen dem „vereinfachten Ertragswertverfahren“ der §§ 199 ff. BewG und einem „echten“ Ertragswertverfahren besteht,⁵² bringen die Ausführungen der Finanzverwaltung leider keine Klarheit. Abschn. 3 Abs. 2 des Unternehmensbewertungs-Erlasses scheint zunächst zu klären, dass es keinen allgemeinen Vorrang des sog. vereinfachten Ertragswertverfahrens nach §§ 199 ff. BewG gibt. Vielmehr kann der Steuerpflichtige nach Auffassung der Verwaltung wählen, ob er den Wert durch Vorlage eines Gutachtens erklärt oder nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelt. Dagegen regelt Abschn. 19 Abs. 3, dass das Finanzamt den nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelten Wert zugrunde zu legen hat, wenn dieser nicht offensichtlich unzutreffend ist. Für einen davon abweichenden (niedrigeren) Wertansatz trägt nach Abschn. 19 Abs. 7 der Steuerpflichtige die Feststellungslast.⁵³

Diese aus der Wiedergabe des unklaren Gesetzeswortlautes resultierenden Widersprüche lassen sich folgendermaßen auflösen: Im Rahmen seiner Steuererklärung kann der Steuerpflichtige sich für eine Bewertungsmethode entscheiden.⁵⁴ Legt er ein methodisch einwandfreies Ertragswertgutachten vor, so ist dies der Besteuerung zugrunde zu legen.⁵⁵ Entscheidet er sich für das vereinfachte Ertragswertverfahren, so ist dieses anzuwenden, sofern das Ergebnis nicht offensichtlich unzutreffend ist.⁵⁶ Hat sich der Steuerpflichtige für das vereinfachte Ertragswertverfahren entschieden, möchte jedoch einen davon abweichenden Wert festsetzen lassen, so trägt er dafür die Feststellungslast.⁵⁷ Möchte in diesem Fall hingegen das Finanzamt einen höheren Wert ansetzen, so trägt es hierfür die Feststellungslast,⁵⁸ d. h. die Finanzverwaltung

muss den Nachweis führen, dass der erklärte Wert offensichtlich unzutreffend ist.⁵⁹ Weiterhin stellt die Verwaltung klar, dass das Wahlrecht zum vereinfachten Ertragswertverfahren für die Bewertung von im Betriebsvermögen enthaltenen Beteiligungen gesondert ausgeübt werden kann.⁶⁰

3. Substanzwert

Die Wertuntergrenze stellt der Substanzwert dar (§ 11 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 BewG). Nach dem Gesetzeswortlaut ist nicht klar, ob sich diese Untergrenze auch auf den Fall der Wertermittlung anhand vorangehender Verkäufe bezieht. Der Unternehmensbewertungs-Erlass beantwortet diese Frage klar dahingehend, dass dieser Mindestwert nur für die Schätzung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG und für das vereinfachte Ertragswertverfahren gilt.⁶¹

Unter dem Substanzwert versteht das Gesetz den Verkaufswert eines jeden Einzelgegenstandes, also nicht die Wiederbeschaffungskosten. Zur Ermittlung des Substanzwertes enthalten die Abschnitte 4 und 5 des Unternehmensbewertungserlasses ergänzende Angaben und gewisse Vereinfachungen. In gar nicht wenigen Fällen kann die Bewertung mit dem Substanzwert zu einer erheblichen Überbewertung führen; denn hier wird ein Wert angesetzt, den der Steuerpflichtige, gleich wie er sich verhält, nicht realisieren kann: Liquidiert er das Unternehmen, so kann er die im Substanzwert enthaltenen Verkaufspreise für die Einzelgegenstände vereinnahmen – allerdings ist er dann mit den Liquidationskosten⁶² belastet, die ausweislich der Gesetzesbegründung⁶³ bei der steuerlichen Wertermittlung nur ansatzfähig sind, wenn die Liquidation (wohl: zur Zeit der Übertragung) bereits feststeht. Veräußert er das Unternehmen als Ganzes, so wird ein Erwerber, der an der Fortsetzung interessiert ist, nur den (niedrigeren) Ertragswert bieten; ein Erwerber, der das Unternehmen zerschlagen möchte, wird sich ebenfalls am Liquidationswert orientieren. In Extremfällen könnte hier wohl nur eine im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben vom Willen des Gesetzgebers abweichende Auslegung des Begriffs „Substanzwert“ weiterhelfen.⁶⁴

4. Zusammenfassung: Wahl der Bewertungsmethode

Zusammenfassend kann daher folgendes Rangverhältnis der Bewertungsmethoden ausgemacht werden:⁶⁵

1. Kurswert, soweit vorhanden,
2. Ableitung aus zeitnahen Verkäufen, soweit möglich,
3. Anwendung eines marktüblichen (Nicht-Ertragswert-) Verfahrens, falls einschlägig,
4. ansonsten Ertragswertverfahren,
5. alternativ nach Wahl des Steuerpflichtigen: vereinfachtes Ertragswertverfahren – soweit nicht offensichtlich unzutreffend,

⁵⁰ Ist dieses Kriterium nicht erfüllt, kommt eine Abweichung materiellrechtlich gar nicht in Betracht, so dass es auf die Feststellungslast nicht ankommt.

⁶⁰ Abschn. 20 Abs. 3 Satz 11 und 12 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁶¹ Ebenso *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 32.

⁶² Hierzu zählen z. B. latente Steuerlasten, aber auch Sozialplanleistungen, Abfindungen etc.

⁶³ BT-Drucks. 16/7918, Begründung, S. 65 zu Nr. 2.

⁶⁴ *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 14.

⁶⁵ Vgl. auch die Übersicht bei *Schiffers*, GmbH-StB 2010, 36.

⁵⁰ Solche Verfahren sind allerdings die Ausnahme. Die Mehrzahl der praktisch relevanten Bewertungsmethoden orientiert sich am Ertrag, bezieht jedoch andere Faktoren mit ein (z. B. den Substanzwert) oder blendet sie aus (z. B. die Finanzierungskosten bei der Anwendung eines EBIT-Multiples), vgl. *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 38.

⁵¹ *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 11 BewG Rdnr. 41.

⁵² Dazu schon *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 93.

⁵³ Kritisch zu einem damit möglicherweise gemeinten Wahlrecht der Verwaltung *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 199 BewG Rdnr. 6.

⁵⁴ Für ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen auch *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, §§ 11 Rdnr. 37; *Langemayr*, DStR 2009, 1387; *Hannes/Onderka*, ZEV 2009, 421; *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 13.

⁵⁵ Abschn. 3 Abs. 2 Satz 2 Unternehmensbewertungs-Erlass für Kapitalgesellschaftsanteile i. V. m. Abschn. 7 für Personenunternehmen.

⁵⁶ Versuch einer Konkretisierung dieses unscharfen Begriffes in Abschn. 19 Abs. 3–5 Unternehmensbewertungs-Erlass; kritisch *Wassermann*, DStR 2010, 183.

⁵⁷ Abschn. 19 Abs. 7 Unternehmensbewertungs-Erlass. Zu Recht weisen *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, § 199 BewG Rdnr. 6, darauf hin, dass dieser Fall kaum je einschlägig sein dürfte, da er gewissermaßen widersprüchliches Verhalten des Steuerpflichtigen voraussetzt. Wenn dieser das Ergebnis des vereinfachten Ertragswertverfahrens für unzutreffend hält, dann muss er eben ein Wertgutachten vorlegen und nicht das Ergebnis „umschreiben“. Einer Abweichung i. S. v. Abschn. 19 Abs. 7 bedarf es dann nicht, da gar kein im vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelter Wert vorliegt.

⁵⁸ Abschn. 19 Abs. 6 Unternehmensbewertungs-Erlass.

6. bei 3., 4. und 5.: Substanzwert als Mindestwert, nur ausnahmsweise Liquidationswert,
7. bei 1. und 2.: ggf. Paketzuschlag beachten.

V. Vereinfachtes Ertragswertverfahren (§§ 199 ff. BewG)

1. Prinzipien

Das vereinfachte Ertragswertverfahren nach den §§ 199 ff. BewG ist in der Literatur vielfach auf Kritik gestoßen. Dieses Verfahren der Unternehmensbewertung, das nach dem Willen des Gesetzgebers das früher bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften praktizierte „Stuttgarter Verfahren“ und die an der Ertragsteuerbilanz orientierte Bewertung bei Betriebsvermögen ersetzen soll, basiert auf folgenden Prinzipien:⁶⁶

- **Vergangenheitsbezug:** Während bei einem Verkauf des Unternehmens die Kaufpreisbildung maßgeblich von dem (seitens der Parteien erwarteten) künftigen Ertrag des Unternehmens abhängt, begnügt sich das vereinfachte Ertragswertverfahren mit einem Blick auf die Ergebnisse der drei vergangenen Wirtschaftsjahre.⁶⁷ Das Verfahren beruht also auf der Annahme, dass aus dem Ertrag der Vergangenheit auf die Ertragsentwicklung der Zukunft geschlossen werden kann – eine Annahme, die tendenziell wachsende Unternehmen begünstigt und schrumpfende Unternehmen benachteiligt⁶⁸ und auch im Hinblick auf die Vorgaben des BVerfG als bedenklich angesehen wird.⁶⁹
- **Typisierung:** Während ein Gutachter bei der Bewertung eines Unternehmens bestrebt sein wird, die maßgeblichen Parameter (nämlich Ertrag und Kapitalisierungszins) möglichst genau für das jeweilige Bewertungsobjekt zu ermitteln, sind nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren in wichtigen Punkten (z. B. Steuerbelastung und Zins) Pauschalsätze anzuwenden. So geht die Finanzverwaltung davon aus, dass der Ansatz der üblichen Steuerbelastung auch für freiberufliche Unternehmen herangezogen werden kann, die keiner Gewerbesteuer unterliegen.⁷⁰ Am deutlichsten wird die Typisierung des Gesetzgebers bei der pauschalen „Risikoprämie“ für unternehmerisches Engagement von 4,5 %. Dass dieser Faktor für alle Unternehmen (gleich welcher Branche und Region) angewendet werde soll, während andererseits – insbesondere bei der Bewertung von Immobilien und Land- und Forstwirtschaft – ausführliche Tabellen zu differenzierenden Wertansätzen führen sollen, ist nicht überzeugend.⁷¹ Insofern ist die häufige Kritik an der Typisierung im Rahmen dieses Verfahrens nicht überraschend.⁷²

⁶⁶ Zum Vergleich mit dem Verfahren nach IDW S 1 vgl. *Wassermann*, DStR 2010, 183.

⁶⁷ Nach *Wassermann*, DStR 2010, 183, ist eine Unternehmensbewertung unter Außerachtlassung der Ertragsaussichten nach h. M. in der Betriebswirtschaftslehre und der Unternehmensbewertungspraxis in Übereinstimmung mit der Berufsauffassung der Wirtschaftsprüfer nicht vorstellbar.

⁶⁸ *Wiese/Lukas*, GmbHR 2009, 57, 60.

⁶⁹ *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 13.

⁷⁰ Abschn. 22 Abs. 5 Satz 2 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁷¹ In diesem Sinne *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 13; während *Creutzmann/Heuer*, DB 2010, 1301, die gesetzliche Marktrisikoprämie noch für vertretbar halten.

⁷² *Viskorf*, ZEV 2009, 591; *Kohl*, ZEV 2009, 554; *Creutzmann*, DB 2008, 2784.

Gerade vor dem Hintergrund dieser Kritik kann das vereinfachte Ertragswertverfahren nur dann als tragbar angesehen werden, wenn dem Steuerpflichtigen stets die Möglichkeit verbleibt, den tatsächlichen Wert des Unternehmens durch ein Gutachten zu belegen und dieses der Steuer zu Grunde zu legen.⁷³

2. Funktionsweise

Die Funktionsweise des vereinfachten Ertragswertverfahrens wurde bereits in früheren Beiträgen dargestellt.⁷⁴ Im Unternehmensbewertungs-Erlass hat die Finanzverwaltung zu einigen Detailfragen Stellung genommen.

a) Ansatz der „Unternehmervergütung“

Zum Zweck der Gleichbehandlung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften ist es erforderlich, dass auch bei Ersteren ein (ertragsteuerlich nicht als Betriebsausgabe abzugsfähiger) Unternehmerlohn in die Ermittlung des Jahresertrages einbezogen wird. Nach Auffassung der Finanzverwaltung können hierfür wirtschaftlich begründete Tätigkeitsvergütungen, die als Vorabanteile aus dem Gewinn gezahlt werden, zum Ansatz kommen, soweit sie nach Art und Umfang angemessen sind.⁷⁵ Dennoch bleibt das Problem, dass ein solcher angemessener Unternehmerlohn z. B. bei Freiberuflern kaum sinnvoll zu ermitteln ist.⁷⁶

b) Gesonderte Bewertung

Weiterhin erläutert die Finanzverwaltung einige Fragen zur gesetzlich angeordneten gesonderten Bewertung. Gemäß § 200 Abs. 2–4 BewG sind nicht betriebsnotwendiges Vermögen⁷⁷, Beteiligungen an anderen Gesellschaften und sog. junges Betriebsvermögen gesondert zu bewerten, wobei für Einzelgegenstände der jeweilige gemeine Wert zu ermitteln ist, während bei Beteiligungen die oben dargestellten Bewertungsverfahren anzuwenden sind. Dabei ist das „nicht betriebsnotwendige Vermögen“ nicht identisch mit dem erbschaftsteuerlichen Verwaltungsvermögen; das „junge Betriebsvermögen“ nicht identisch mit dem „jungen Verwaltungsvermögen“.

Die Finanzverwaltung legt den Begriff des jungen Betriebsvermögens recht weit aus. Nach dem im Erlass wiedergegebenen Beispiel⁷⁸ gehören auch Wirtschaftsgüter, die innerhalb des maßgeblichen Zweijahreszeitraumes innerhalb des betrieblichen Bereichs verschoben worden sind (im Beispiel: Übertragung eines Betriebsgrundstückes aus dem Besitzunternehmen in das Betriebsunternehmen einer Betriebsaufspaltung⁷⁹), zum jungen Betriebsvermögen. Diese Frage ist für die Gestaltungspraxis insofern bedeutsam, als vor jeder Umstrukturierung geprüft werden muss, ob innerhalb der nächsten Jahre Übertragungen anstehen – was jedoch im Hinblick auf die Frage des Verwaltungsvermögens oder auf die 25%-Schwelle bei Kapitalgesellschaften ohnehin erforderlich ist.

⁷³ Siehe dazu oben IV. 2.

⁷⁴ Vgl. *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 92 ff.

⁷⁵ Abschn. 22 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 d) Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁷⁶ *Knief*, AnwBl 2010, 92.

⁷⁷ Zum Begriff Abschn. 20 Abs. 2 Satz 2 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁷⁸ Abschn. H 20 (5) Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁷⁹ Die Formulierung des Beispiels lässt auch die Deutung zu, dass die Betriebsaufspaltung nicht durch die Übertragung des Grundstücks beendet wurde, sondern vorher schon beendet war, was allerdings nicht sehr sinnvoll ist.

Eher klarstellender Natur sind auch die Ausführungen der Finanzverwaltung zur Behandlung von Schulden, die mit einer gesondert zu bewertenden Beteiligung verbunden sind:

- Bei einer Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft handelt es sich um negatives Sonderbetriebsvermögen, das nach § 97 Abs. 1 a BewG den Wert der Beteiligung an der Unterogesellschaft vermindert.⁸⁰ In die Bewertung der Oberogesellschaft fließen daher weder die Schulden noch die daraus resultierenden Aufwendungen unmittelbar ein.
- Bei einer Beteiligung an einer Kapitalogesellschaft hingegen werden die Schuldzinsen als Aufwand bei der Bewertung der Oberogesellschaft berücksichtigt und mindern insoweit deren Ertragswert. Bei der Bewertung der Beteiligung an der Unterogesellschaft spielen diese Schulden keine Rolle;⁸¹ insofern werden die für den Erwerb eines GmbH-Anteils aufgenommenen Schulden nicht gesondert ausgewiesen.

Da die Bewertung von Beteiligungen nach dem Gesetzeswortlaut stets (also unabhängig von der Höhe der Beteiligung) eine Unternehmensbewertung sämtlicher nachgeordneter OGesellschaften erforderlich machen würde, sind Vereinfachungen dringend erforderlich. In „Fällen von geringer Bedeutung“ ist die Verwaltung bereit, die durchschnittliche Bruttoausschüttung, multipliziert mit dem Kapitalisierungsfaktor, als Wert der Beteiligung anzuerkennen, wobei der Steuerbilanzwert nicht unterschritten werden darf.⁸² Diese Option soll jedoch nur eröffnet sein, wenn der Verwaltungsaufwand der Beteiligten außer Verhältnis zur steuerlichen Auswirkung steht und der festzustellende Wert unbestritten ist. Die Finanzverwaltung hätte es demnach in der Hand, eine echte Bewertung zu erzwingen, indem sie den mit der Vereinfachung festgestellten Wert bestreitet.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren seinem Namen nicht gerecht wird. Angesichts des hohen Steuersatzes sind allerdings die steuerlichen Auswirkungen der Bewertung – soweit die Steuerfreiheit nach §§ 13 a, 13 b ErbStG nicht erreicht werden kann – auch so massiv, dass einer Vereinfachung und Typisierung enge Grenzen gesetzt sind. Bei Unternehmen mit stark schwankenden Erträgen und in Zeiten der Rezession wird die Überbewertung beim vereinfachten Ertragswertverfahren die Regel sein. Insofern profitieren vom neuen Bewertungsrecht in erster Linie die Gutachter,⁸³ zumal parallel stets noch der Substanzwert als Mindestwert zu ermitteln ist.⁸⁴ Für die notarielle Praxis kann hier nur der Schluss gezogen werden, dass OGesellschaften, die nach einem einfachen Verfahren zur Berechnung von Abfindungen beim Ausscheiden eines OGeschafters suchen, mit dem Verfahren der §§ 199 ff. BewG nicht gut bedient sind.⁸⁵

VI. Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen (§§ 158–175 BewG)

Gänzlich neu gefasst wurden auch die Bestimmungen zur Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen, wenn sich die Bewertung auch hergebrachter Kategorien und

Begriffe bedient.⁸⁶ Grundlegend für die Bewertung ist hier die Abgrenzung zwischen dem Wirtschaftsteil einerseits und dem Wohnteil und den Betriebswohnungen andererseits.

1. Wohnteil und Betriebswohnungen

Zum Wohnteil gehören dabei die Gebäude oder Gebäudeteile, die vom Betriebsinhaber, seinen Angehörigen und den Anteilern zu Wohnzwecken genutzt werden (§ 160 Abs. 9 BewG). Dies gilt allerdings nur, wenn der Inhaber oder die zu seinem Haushalt gehörenden Angehörigen zumindest gelegentlich in dem Betrieb tätig sind.⁸⁷

Beispiel:

B hat mit der Landwirtschaft abgeschlossen und verpachtet die Nutzflächen sowie Betriebsgebäude an seinen Nachbarn N. Das Bauernhaus bewohnt er weiterhin selbst. Durch die Verpachtung wird das Gebäude mit Umgriff bewertungsrechtlich vom Betrieb gelöst und ist nicht mehr als Wohnteil, sondern als bebautes Grundstück zu bewerten.⁸⁸ Die Bewertungsregeln sind dieselben (nämlich die §§ 182 ff. BewG), allerdings entfällt der nach § 167 Abs. 3 BewG vorgesehene Wertabschlag von 15 %.⁸⁹

Betriebswohnungen sind solche, die von gegenwärtigen oder ehemaligen Arbeitnehmern des Betriebes oder deren Angehörigen bewohnt werden. Die Verwaltung fordert für die Anerkennung keine Vollzeitätigkeit, sondern zieht die Grenze bei jährlich 100 Arbeitstagen bzw. 800 Arbeitsstunden.⁹⁰ Auch für diese Wohnungen gilt der Wertabschlag von 15 %.

2. Wirtschaftsteil

Während also für Betriebswohnungen und den Wohnteil auf die aus dem Bereich des Grundvermögens bekannten Bewertungsverfahren zurückgegriffen werden kann, gelten für die Bewertung des Wirtschaftsteiles ganz andere Methoden, die sich – vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG überraschend – nur ausnahmsweise am Verkehrswert orientieren.⁹¹ Zum Wirtschaftsteil gehören auch die betrieblichen Schulden, nicht hingegen betriebliche Bargeldvorräte – diese stellen gewissermaßen Privatvermögen dar und werden daher nicht in die betriebliche Bewertung und auch nicht in die erbschaftsteuerliche Freistellung einbezogen.⁹² Ebenfalls nicht zum Wirtschaftsteil, sondern zum Grundvermögen, gehören u. U. Bauplatzgrundstücke, wobei die Verwaltung zur Erläuterung der hierzu geschaffenen Abgrenzungsnorm § 159 BewG auf Abschn. 2 Abs. 2–7 der Richtlinien für die Bewertung des Grundvermögens (BewRGr) vom 19.9.1966 verweist.⁹³

3. Ertragswertverfahren und Mindestwert

Nach der Systematik des § 162 BewG scheint die Wertermittlung anhand der Ertragsfähigkeit (Ertragswertverfahren, § 163 BewG) das Regelverfahren zu sein. Dieses Verfahren

⁸⁶ Halaczinsky, ErbStB 2009, 130, 130.

⁸⁷ Einzelheiten in Abschn. 26 LuF-Erlass.

⁸⁸ Abschn. 26 Abs. 7 Satz 2 LuF-Erlass.

⁸⁹ Dieser Abschlag wird gewährt, wenn zwischen dem Wohnteil und der Hofstelle eine räumliche Verbindung besteht, wobei die Verwaltung bei der Auslegung dieser Bedingung relativ großzügig ist, vgl. Abschn. 34 LuF-Erlass.

⁹⁰ Abschn. 25 Abs. 1 Satz 3 LuF-Erlass.

⁹¹ Gemäß § 165 Abs. 3 BewG darf der Verkehrswert allerdings nicht überschritten werden.

⁹² Halaczinsky, ErbStB 2009, 130, 131.

⁹³ Abschn. 4 Abs. 3 Satz 2 LuF-Erlass.

⁸⁰ Abschn. 20 Abs. 3 Satz 7 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁸¹ Abschn. 20 Abs. 3 Satz 5 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁸² Abschn. 20 Abs. 4 Unternehmensbewertungs-Erlass.

⁸³ Neufang, BB 2009, 2004.

⁸⁴ Knief/Weippert, Stbg. 2010, 1.

⁸⁵ Zur Auslegung von Altklauseln, die auf das ehemalige Stuttgarter Verfahren Bezug nehmen, vgl. Casper/Altgen, DStR 2008, 2319.

führt jedoch fast immer zu negativen Werten und findet daher nur in Ausnahmefällen Anwendung, nämlich nur dann, wenn⁹⁴

- der anzusetzende Reingewinn positiv ist (nur bei Großbetrieben relevant) und
- der Betrieb hohe Verbindlichkeiten hat.⁹⁵

Im Normalfall (Klein- und Mittelbetrieb) ist daher der Mindestwert nach § 164 BewG zu ermitteln; bei Stückländereien (§ 160 Abs. 7 BewG) ist das Verfahren zwingend.⁹⁶ Der Mindestwert wird für die zu bewertenden Betriebsgrundstücke anhand des Pachtwertes ermittelt. Hinzu kommt bei selbst bewirtschafteten Flächen (gleich ob im Eigentum stehend oder zugepachtet) ein pauschalierter Ansatz für das sog. Besatzkapital (§ 164 Abs. 4 BewG),⁹⁷ also für die Wirtschaftsgüter, die zur Bewirtschaftung der Fläche erforderlich sind. Abschn. H 30 des LuF-Erlasses enthält hierzu ausführliche Beispiele, welche die Anwendung des Bewertungsverfahrens verdeutlichen. Das dort wiedergegebene Beispiel 1, wonach sich für einen oberbayerischen Betrieb mit 50 ha Eigentum und 55 ha Zupachtflächen bei betrieblichen Verbindlichkeiten von 57.000 € ein Mindestwert von ca. 365.000 € ergibt, zeigt jedenfalls, dass die Bewertung mit dem Verkehrswert nichts zu tun hat.⁹⁸

4. Liquidationswert

Wird der Betrieb innerhalb einer Frist von 15 Jahren nach dem Bewertungsstichtag insgesamt veräußert, ohne dass es zu einer Reinvestition kommt, so wird der Liquidationswert nach §§ 162 Abs. 3, 166 BewG angesetzt, also der Verkehrswert aller Betriebsgrundstücke, abzgl. pauschalierter Liquidationskosten von 10 %. Dasselbe soll nach § 162 Abs. 4 BewG auch bei Betriebsaufgabe oder Veräußerung wesentlicher Wirtschaftsgüter gelten, allerdings nicht bei Betriebsverpachtung.⁹⁹ Diese Sanktion bleibt ohnehin weitgehend wirkungslos, da die Verwaltung auch die Veräußerung zum Zwecke der Schuldentilgung als unschädlich ansieht.¹⁰⁰ Abgesehen davon

⁹⁴ *Hutmacher*, ZNotP 2008, 218, 228.

⁹⁵ Bei hohen Verbindlichkeiten kann das Ertragswertverfahren, das keinen Schuldenabzug zulässt, zu einem höheren Wertansatz führen als das Mindestwertverfahren, bei dem nach § 164 Abs. 6 BewG die Verbindlichkeiten abzugsfähig sind.

⁹⁶ *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130, 133; vgl. Abschn. 28 Abs. 2 LuF-Erlass.

⁹⁷ *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130, 134.

⁹⁸ Der Ertragswert für denselben Betrieb liegt gar nur bei ca. 100.000 €, vgl. Abschn. H 29 Abs. 2 LuF-Erlass.

⁹⁹ *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130, 135.

¹⁰⁰ Abschn. 28 Abs. 5 Satz 4 LuF-Erlass.

führt der Verstoß gegen die 15-Jahres-Frist nur zur Bewertung mit dem Liquidationswert, nicht zum Wegfall der Betriebsvermögeenseigenschaft, d. h. nach Ablauf der erbschaftsteuerlichen 7-Jahres-Frist (Optionslösung) ist die Veräußerung unproblematisch, da die Steuerfreistellung auch den höheren Wertansatz nach § 166 BewG erfasst.¹⁰¹

5. Auslandsgrundstücke

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass parallel zu Vorstehendem noch ein viertes Bewertungsverfahren existiert: Für im Ausland belegenen Grundbesitz ist nach § 31 BewG der Verkehrswert anzusetzen.¹⁰² Die europarechtlichen Bedenken gegen diese Lösung werden insoweit gemildert, als auch für diese Grundstücke – unabhängig vom Wert – die Steuerbefreiung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG erlangt werden kann.

VII. Fazit

Eine am neuen Bewertungsrecht orientierte Unternehmensbewertung ist mit einem erheblichen Aufwand verbunden, und zwar auch bei Anwendung des „vereinfachten Ertragswertverfahrens“. Besonders unerfreulich ist dabei das Beharren des Gesetzgebers auf dem Substanzwert als Mindestwert.¹⁰³ In gar nicht wenigen Fällen wird sich die Bewertung im Nachhinein als völlig überflüssig darstellen, da ohnehin die §§ 13 a, 13 b ErbStG zur Steuerfreiheit führen. Relevant bleibt der Wert dennoch zur Abschätzung des Nachsteuer-Risikos und zur Bestimmung des Anteils des Verwaltungsvermögens nach § 13 b Abs. 3 Satz 4 ErbStG. Für die gestalterische Beratung kann daher auch in diesen Fällen die Frage nach dem Wert nicht ausgeblendet werden. Gerade in Zeiten wirtschaftlicher Schwankungen führt jedoch das Zusammenwirken des neuen Bewertungsrechtes mit den Steuerbefreiungs- und Nachversteuerungsregeln der §§ 13 a, 13 b ErbStG¹⁰⁴ zu einem kaum noch kalkulierbaren steuerlichen Ergebnis.¹⁰⁵ Eine vorausschauende Gestaltung kann jedoch zur Vermeidung von Bewertungsnachteilen beitragen, wobei die Weichen oft schon lange im Vorfeld der eigentlichen Übertragung gestellt werden können.

¹⁰¹ *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130, 134 f.

¹⁰² *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130, 132.

¹⁰³ Der Ansatz für den Bereich der Land- und Forstwirtschaft, nämlich den Substanzwert nur im Fall der Liquidation heranzuziehen, dann selbstverständlich auch unter Berücksichtigung der Liquidationskosten, erscheint schlüssig.

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85.

¹⁰⁵ *WirtschaftsWoche* vom 22.6.2009, S. 28.

Kostenrechtliche Behandlung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Photovoltaikanlagen

Von Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München

Die notarielle Praxis ist immer häufiger mit der Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zur Sicherung der Umsetzung von erneuerbaren Energiekonzepten befasst.¹ Nicht nur politische und gesetzliche Vorgaben, sondern auch finanzielle Fördermöglichkeiten sind Grund für die immer größer werdende Zahl derartiger Vorgänge, auch wenn die Einspeisevergütung mit Wirkung zum 1.7.2010 abgesenkt worden ist. Zunächst war die Bestellung von Dienstbarkeiten für Windkraftanlagen an der Tagesordnung, seit Anfang 2009 überwiegen Dienstbarkeiten für Photovoltaikanlagen. Andere Energieanlagen, wie z. B. Biogas- oder Biomasseanlagen sind seltener, da sie zumeist im Rahmen von landwirtschaftlichen Betrieben im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB betrieben werden und in aller Regel der Energieversorgung des eigenen Betriebes dienen. Die KostO enthält für die Wertbestimmung zu Grunddienstbarkeiten eine allgemeine gesetzliche Regelung (§ 22 KostO), die nach herrschender Meinung auch für die Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten anzuwenden ist.² Korrespondierend hierzu ist § 24 KostO maßgebend, da diese Dienstbarkeiten bekanntlich wiederkehrende Nutzungen sichern. Nicht nur die Berechnung des Jahreswertes der Dienstbarkeit, sondern auch der anzuwendende Multiplikator ist problematisch, vor allem wenn die Rechte und Ansprüche nicht nur für den Betreiber, sondern auch für die finanzierende Bank gesichert werden sollen. Die nachfolgenden Ausführungen geben zu den wesentlichen Fragen Lösungshinweise und werden durch Beispielsberechnungen verdeutlicht. Nicht selten ist in der Eintragungsbewilligung ein Geschäftswert von 500 € angegeben, der jedoch in aller Regel nicht zutrifft. Die Notarkasse hat in der 8. Auflage des Streifzugs durch die Kostenordnung erste Hinweise gegeben, die naturgemäß nicht alle Fallgestaltungen abdecken konnten.³

A. Allgemeine Bewertungsgrundsätze

I. Geschäftswert

1. Allgemein

Nach § 22 KostO bestimmt sich der Wert einer Grunddienstbarkeit nach dem Wert, den sie für das herrschende Grundstück hat. Ist der Betrag, um den sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer, so ist dieser höhere Betrag maßgebend. Ohne Belang ist es, aus welchem Grund eine Dienstbarkeit bestellt wird. Im Regelfall wird der Mehr- oder Minderwert durch einfache Schätzung zu bestimmen sein, sofern der Wert nicht feststeht oder keine bestimmten Werte bekannt sind. Hinweise zur Bestimmung eines Wertes auf der Grundlage einer Schätzung werden in der Literatur für übliche Fallgestaltungen gegeben.⁴

Sichert eine Dienstbarkeit z. B. wiederkehrende Nutzungen, muss ein Jahreswert ermittelt werden, der dann nach den Regeln des § 24 KostO zu multiplizieren ist.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind nach dem Wert zu bewerten, den das Recht für den Berechtigten hat. Auf die Wertminderung des belasteten Grundstücks kommt es hier im Gegensatz zur Grunddienstbarkeit nicht an, so dass der Wert einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Einzelfall sogar den Wert des Grundstücks übersteigen kann.⁵ Die Bewertung richtet sich daher nicht unmittelbar nach § 22 KostO; Nutzungsdienstbarkeiten fallen unter § 24 KostO, Unterlassungsdienstbarkeiten unter § 30 Abs. 1 KostO, hilfsweise unter § 30 Abs. 2 KostO.

Für die Nutzung von Grundstücken, Grundstücksteilflächen oder Gebäudeteilen zur Herstellung und zum Betrieb von

Photovoltaikanlagen werden regelmäßig beschränkte persönliche Dienstbarkeiten bestellt. Finanziert der Betreiber die Anlage, erfolgen zusätzliche sicherungshalbe Rechtseinräumungen für den Gläubiger, der unter bestimmten Voraussetzungen (Einstellung des Betriebes, Tod des Betreibers, Insolvenz usw.) die Anlage zur Tilgung seiner Forderungen selbst betreibt oder durch einen Dritten betreiben lassen will. Die Sicherung erfolgt entweder durch Eintragung einer Vormerkung oder durch die Einräumung einer aufschiebend bedingten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

2. Nutzungsdienstbarkeit

a) Grundsätze zur Wertbestimmung

Unter Nutzungsdienstbarkeiten sind alle Dienstbarkeiten nach § 1090 Abs. 1, Alt. 1 BGB zu verstehen. Für sie ist zunächst ein Jahreswert zu ermitteln. Steht der Jahreswert fest oder gibt es Anhaltspunkte für dessen Ermittlung, so ist dieser nach den Regeln des § 24 KostO zu vervielfältigen. Zum Vervielfältigen gemäß § 24 KostO siehe nachfolgend II. Wird eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Sicherung des Rechts bestellt, das Grundstück oder Teile des Grundstücks zur Errichtung und zum Betrieb einer Photovoltaikanlage zu nutzen und beschränkt sich die Urkunde auf die Eintragungsbewilligung, liegt eine nach den vorstehenden Regeln zu bewertende Nutzungsdienstbarkeit vor.

b) Nutzungsentgelt als Bewertungsgrundlage

Ergibt sich das zu zahlende Nutzungsentgelt aus der Eintragungsbewilligung selbst, ist die Bewertung unproblematisch. Diese Angaben können sich aber auch aus anderweitigen Unterlagen ergeben, z. B. aus einem Pachtvertrag, den die Beteiligten entweder mitbeurkunden lassen oder gesondert abschließen. Erhält der Eigentümer vom Berechtigten ein Entgelt, ist dieses maßgebend für die Berechnung des Geschäftswertes nach § 24 KostO, sofern es sich bei dem Entgelt um den üblichen und allgemein erzielbaren Nutzungswert handelt. Ist ein Entgelt vereinbart, muss das übliche Nutzungsentgelt vom Notar jedoch nicht immer ermittelt werden. Das ist nur dann erforderlich, wenn ihm ausreichende und plausible Anhaltspunkte für einen höheren Nutzungswert vorliegen. Wird kein Nutzungsentgelt vereinbart und liegen dem

¹ Siehe z. B. *Schwab*, Baurechtstage 2009, PiG (Partner im Gespräch), Band 84, 2009, S. 29 ff.; *Reymann*, DNotZ 2010, 84 ff.

² *Korintenberg/Schwarz*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 5 ff.

³ Streifzug durch die KostO, a. a. O., Rdnr. 1236 ff.

⁴ *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O., § 22 Rdnr. 4 für Zugangs- und Zufahrtsrecht zu Feld-, Baugrund- oder Gewerbegrundstücken, für Kommunmurerrechte, Fenster- und Lichtrechte, Wasserleitungs- und Kanalrechte, Gewerbebeschränkungen.

⁵ *Korintenberg/Schwarz*, KostO, a. a. O., § 22 Rdnr. 5 ff.

Notar keine Erkenntnisse über den üblichen Jahresnutzungswert vor, ist dieser nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung des Umfangs des Nutzungsrechts und aller sonstiger Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu schätzen.

c) Berechnung eines Nutzungsentgelts

Problematisch ist die Wertfindung, wenn sich die Nutzungsentschädigung weder aus der Eintragungsbewilligung, noch aus anderen für den Notar zugänglichen Unterlagen ergibt. Für diesen Fall ist der Notar auf anderweitige für ihn verwertbare Anhaltspunkte angewiesen. § 24 Abs. 4 KostO regelt den Grundsatz, dass der einjährige Wert von Nutzungen mit vier Prozent des Gegenstandswertes des belasteten Grundstücks oder Grundstücksteils angenommen werden kann, wenn kein anderweitiger Wert feststeht. Diese Regelung kann Bewertungsgrundlage für die Fälle sein, bei welchen die Dienstbarkeit zur Nutzung des gesamten Grundstücks berechtigt, z. B. zur Errichtung einer Solaranlage. Kaum umsetzbar wird diese Bewertungsmethode für eine Dienstbarkeit sein, die lediglich zur Nutzung eines Grundstücks- oder Gebäudeteils (z. B. Dach eines Wohnhauses oder einer Scheune) berechtigt.

Bei Nutzung einer Dachfläche kann bei fehlenden Anhaltspunkten über den Jahresnutzungswert der Umfang der Photovoltaikanlage als Grundlage dienen, siehe hierzu nachfolgend B. mit Beispielsberechnungen. Zwischen den Vertragsparteien wird ein Nutzungswert teilweise auch an die Zahl der in die Anlage eingefügten Module (KWp) angelehnt. Pro Modul ist derzeit eine Nutzungsvergütung zwischen 15 € und 25 € pro Jahr üblich. Die Höhe hängt letztlich von vielen Faktoren ab (Leistungsfähigkeit, Lage des Grundstücks usw.). Liegen keine gesicherten Angaben über die tatsächliche Höhe vor, kann ein Mittelwert von 20 € pro KWp/Jahr angenommen werden.

d) Einspeisevergütung

Die Einspeisevergütung spielt für die Bewertung jedenfalls unmittelbar keine Rolle, soweit sich aus der Eintragungsbewilligung keine diesbezüglichen Regelungen ergeben.⁶ Dies gilt für alle isolierten Dienstbarkeitsbestellungen, die nicht mit einem schuldrechtlichen Grundgeschäft zusammen beurkundet werden.⁷ Die Tatsache, dass Photovoltaikanlagen häufig an die Stromnetze der Energieversorgungsunternehmen angeschlossen werden, führt nicht dazu, dass die Einspeisevergütung für die durch die Dienstbarkeit gesicherte Nutzungsberechtigung als Wertgrundlage heranzuziehen ist. Die Abnahmepflicht und die Pflicht zur Zahlung einer Einspeisevergütung hat ihre Grundlage im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).⁸ Für die Bewertung ist zudem das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Betreiber, nicht das Rechtsverhältnis des Betreibers zum Energieversorger, maßgebend. Die Einspeisevergütung könnte allerdings Ausgangswert für die Festsetzung des Jahreswertes einer Nutzungsdienstbarkeit sein. Dieser liegt im Allgemeinen zwischen 3 % und 5 % der jährlichen Einspeisevergütung (Berechnungshinweise siehe bei den Beispielen unter Abschn. B.). Etwas anderes könnte je nach Fallgestaltung gelten, wenn zugleich ein Sicherungsvertrag (siehe hierzu Abschn. B.) mitbeurkundet und/oder die Einspeisevergütung ganz oder teilweise in der Urkunde abgetreten wird oder Vertragsgrundlage ist.

⁶ Wie hier, OLG München, MittBayNot 2008, 320 = ZNotP 2008, 174 m. Anm. Tiedtke.

⁷ MünchKommBGB/Falkenberg, 4. Aufl. 2004, § 1018 BGB Rdnr. 4; Schwab, a. a. O., Fn. 1.

⁸ EEG vom 25.10.2008, BGBl I, S. 2074, zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 11.8.2010, BGBl I, S. 1163.

e) Gebühr

Die Beurkundung oder der Entwurf der Eintragungsbewilligung löst eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO aus, bei Entwurf i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Voraussetzung ist jedoch, dass nur die formellen Grundbucheklärungen Inhalt der Urkunde sind. Bei Entwurffertigung ist die erste Beglaubigung einer Unterschrift auf dem Entwurf durch den Notar, der den Entwurf gefertigt hat, gemäß § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO gebührenfrei. Die Beglaubigung mehrerer Unterschriften in einem Vermerk gilt als eine Beglaubigung. Weitere gesonderte Unterschriftsbeglaubigungen lösen Gebühren nach § 45 KostO aus.

Bei Mitbeurkundung schuldrechtlicher Grundlagen oder Verpflichtungen entsteht entweder eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO (bei einseitigen Erklärungen) oder eine $\frac{20}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO (bei vertraglichen Vereinbarungen). Haben Bewilligung und schuldrechtliche Erklärungen verschiedene Werte, ist bei Berechnung der Gebühren § 44 Abs. 1 KostO zu beachten (siehe hierzu die Berechnungsbeispiele in Abschn. B.).

3. Dienstbarkeit und Sicherungsabrede (Sicherungsdienstbarkeit)

a) Grundsätze

Von der isolierten Nutzungsdienstbarkeit (siehe vorstehend 2.) sind die Sicherungsdienstbarkeiten zu unterscheiden. Im Gegensatz zur isolierten Dienstbarkeit wird die Sicherungsabrede die Dauer der Dienstbarkeit regelmäßig vom Bestand eines Nutzungsverhältnisses (z. B. Pachtverhältnis) abhängig machen.⁹ Die kostenrechtliche Behandlung einer Urkunde richtet sich nach deren Inhalt, da die KostO Sekundärgesetz ist. Was nicht Inhalt einer Urkunde ist, darf auch nicht bewertet werden. Das der Dienstbarkeit zugrundeliegende Schuldverhältnis kann damit nur bewertet werden oder auf die Bewertung Einfluss nehmen, wenn dieses mitbeurkundet oder in der Bewilligungsurkunde darauf Bezug genommen wird. Auch wenn in der notariellen Praxis Sicherungsdienstbarkeiten überwiegen, fehlt es häufig an einer entsprechenden Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundgeschäftes oder der Sicherungsabrede. Ist dies der Fall, sind die Bewertungsgrundsätze einer Nutzungsdienstbarkeit maßgebend.

b) Gegenstandsgleichheit von Grundgeschäft und Dienstbarkeit

Bei Beurkundung des schuldrechtlichen Grundgeschäftes ist die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gegenstandsgleiches Durchführungsgeschäft gemäß § 44 Abs. 1 KostO. In diesem Falle ist nur der schuldrechtliche Vertrag zu bewerten, die Dienstbarkeit bleibt unbewertet, ähnlich wie bei Beurkundung eines Darlehensvertrages mit Bestellung einer Sicherungsgrundschuld. Das Grundgeschäft bildet den Hauptvertrag, dessen Wert ist als Geschäftswert für die gesamte Urkunde maßgebend, auch wenn für sich betrachtet für die Dienstbarkeit bei isolierter Einräumung ein höherer Wert in Betracht käme.¹⁰ Es fällt anstelle der $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO eine $\frac{20}{10}$ -Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an.

⁹ Zur Ausgestaltung siehe insbesondere Schwab, a. a. O., Fn. 1.

¹⁰ BGH, DNotZ 2006, 715 = MittBayNot 2006, 525 = NotBZ 2006, 198 = ZNotP 2006, 277 = RNotZ 2006, 246, für den vergleichbaren Fall der Beurkundung eines Kaufvertrages mit Durchführungserklärungen.

c) Das schuldrechtliche Vertragsverhältnis

Zur Montage einer Photovoltaikanlage auf fremdem Grund und Boden ist eine Vereinbarung zwischen Eigentümer und Betreiber notwendig, welche den Umfang und die Modalitäten der Nutzung regelt. Hierbei handelt es sich typischerweise um Miet- oder Pachtverträge. Bewertungsgrundlage ist die vom Betreiber zu zahlende Pacht, multipliziert mit der Jahreszahl der vereinbarten Pachtdauer (im Regelfall 21 Jahre) oder nach den sonstigen Vorgaben gemäß § 25 Abs. 1 KostO.

Finanziert der Eigennutzer (Eigentümer und Betreiber sind identisch) die Energieanlage, wird anstelle des Pachtvertrages häufig der Darlehensvertrag beurkundet und zur Sicherung des Gläubigers eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Eintragung bewilligt, die ein Nutzungs- und Betriebsrecht für den Gläubiger sichert, falls der Eigentümer den Betrieb einstellt, vor der vollständigen Tilgung des Darlehens stirbt oder am Betrieb aus anderweitigen Gründen gehindert ist (z. B. Insolvenz, Verkauf des Grundstücks oder der Anlage). Der Geschäftswert ist in diesem Fall der Nominalbetrag des gewährten Darlehens, wobei gemäß § 18 Abs. 2 KostO die Zinsen unberücksichtigt bleiben. Tritt der Eigentümer seine Einspeisevergütung an den Gläubiger ab, handelt es sich um eine Vertragsbedingung des Darlehensvertrages.

Es fällt stets eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO.

4. Eigentümerdienstbarkeit

Die Bestellung und Eintragung einer Eigentümerdienstbarkeit ist zulässig, es genügt ein eigenes schutzwürdiges wirtschaftliches oder ideelles Interesse des Berechtigten oder die Förderung eines fremden Interesses.¹¹ Ein schutzwürdiges Eigeninteresse wird vor allem angenommen, wenn ein Weiterverkauf der Energieanlage beabsichtigt wird.

Bewertungsrechtlich ergeben sich gegenüber einer Nutzungsdienstbarkeit keine Besonderheiten. Die Mitbeurkundung eines schuldrechtlichen Grundgeschäftes scheidet hier naturgemäß wegen Personenidentität des Eigentümers und Betreibers aus, so dass es bei einer ^{5/10}-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO, verbleibt. Denkbar ist allerdings auch hier die Mitbeurkundung z. B. eines Darlehensvertrages mit einem finanzierenden Gläubiger. Für diesen Fall gelten die Ausführungen gemäß 3. c).

II. Bestimmte oder unbestimmte Dauer, unbeschränkte Dauer, Mehrheit von Rechten

1. Grundsätze

a) Allgemein

§ 24 KostO bestimmt den Geschäftswert für wiederkehrende oder dauernde Nutzungen oder Leistungen, soweit die KostO nicht durch Spezialnorm etwas anderes bestimmt. So gilt § 24 KostO nicht für Miet- oder Pachtverträge, für sie gilt die eigene Norm des § 25 KostO. Zunächst ist für eine Berechnung nach § 24 KostO ein Jahreswert zu ermitteln (vgl. vorstehend I.), der dann zu multiplizieren ist, je nachdem, ob es sich um Nutzungen oder Leistungen auf bestimmte, unbestimmte oder unbeschränkte Dauer handelt. Wird das Recht einer natürlichen Person eingeräumt, sind weitere Besonderheiten zu beachten. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt mit dem Tod des Berechtigten (§ 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061

BGB), deshalb ist auch bei Vereinbarung einer bestimmten Dauer höchstens der für das Lebensalter anzunehmende Vervielfältiger gemäß § 24 Abs. 2 KostO maßgebend. Schließlich bestimmt sich der Geschäftswert gemäß § 24 Abs. 3 KostO höchstens nach dem 5-fachen Jahresbetrag, wenn das Recht z. B. einem nahen Verwandten, dem Ehegatten oder dem Lebenspartner¹² eingeräumt wird. Dies gilt nicht für die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit¹³ und auch nicht, wenn der Berechtigte eine GbR ist, selbst dann nicht, wenn die Gesellschafter in einem der Sonderbestimmungen nach § 24 Abs. 3 KostO entsprechenden Verwandtschaftsverhältnis zum Eigentümer stehen.¹⁴ § 24 KostO begrenzt darüber hinaus den Vervielfältiger auf höchstens 25, auch für Rechte von bestimmter oder unbeschränkter Dauer.

b) Bestimmte Dauer

Wird eine Dienstbarkeit auf eine bestimmte Dauer bestellt und ergibt sich diese aus der Eintragungsbewilligung selbst, ist der Geschäftswert nach § 24 Abs. 1 a) KostO zu berechnen. Maßgebend ist der nach der Dauer multiplizierte Jahreswert, maximal der 25-fache Jahreswert. Die in einem (nicht mitbeurkundeten) Pachtvertrag vereinbarte Laufzeit (erfahrungsgemäß 20 oder 21 Jahre) kann daher nur dann herangezogen werden, wenn in der Eintragungsbewilligung zumindest eine Bezugnahme auf den Pachtvertrag erfolgt. Eine Mitbeurkundung des Pachtvertrages ist nicht notwendig. Ist der Berechtigte eine natürliche Person, ist zusätzlich § 24 Abs. 2 KostO zu beachten. Auch bei Vereinbarung einer bestimmten Laufzeit kann maximal der für das Lebensalter maßgebliche Multiplikator angenommen werden, bei Vorlage der Voraussetzungen des sog. Verwandtenprivilegs nach § 24 Abs. 3 KostO höchstens der 5-fache Jahresbetrag.

c) Unbestimmte Dauer

Eine unbestimmte Dauer liegt vor, wenn das Recht bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses wegfallen soll, der Zeitpunkt selbst aber ungewiss ist. In diesem Fall ist gem. § 24 Abs. 1 b) KostO der 12^{1/2}-fache Jahresbetrag als Geschäftswert anzunehmen. Es muss sich aber aus der Eintragungsbewilligung selbst ergeben, dass z. B. die Dienstbarkeit bei Kündigung oder bei Beendigung eines anderen Schuldverhältnisses erlischt. Bei Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundgeschäftes ist dies unproblematisch. Die Besonderheiten bei Einräumung des Rechtes für eine natürliche Person oder einen nahen Verwandten sind zu beachten, wenn die Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 KostO vorliegen, wie vorstehend unter b) ausgeführt.

d) Unbestimmte Dauer mit einer Mindestlaufzeit

Die vorstehend unter c) dargelegten Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn das Recht für eine bestimmte Zeit bestellt wird mit der Maßgabe, dass es sich automatisch verlängert, wenn keine Kündigung erfolgt. Ist allerdings in der Eintragungsbewilligung eine bestimmte (längere) Mindestlaufzeit als der Multiplikator 12^{1/2} festgelegt, ist diese maßgebend.¹⁵ Für natürliche Personen und nahe Verwandte gelten die gleichen Einschränkungen wie unter b) und c) dargelegt.

¹² Lebenspartner eingetragener Lebenspartnerschaften.

¹³ *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O., § 24 Rdnr. 68.

¹⁴ Dies dürfte seit Zuerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit für die GbR, BGH unstreitig sein, vgl. *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O., § 24 Rdnr. 69 m. Hinw. auf OLG Zweibrücken, MittBayNot 2004, 468; OLG München, MittBayNot 2009, 163.

¹⁵ Siehe hierzu *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O. § 24 Rdnr. 39, 40 und 41.

¹¹ BGHZ 41, 209; NJW 1964, 1226; DNofZ 1964, 493; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1200; *Schwab*, a. a. O., Fn. 1.

e) Rechte auf Lebenszeit, Verwandtenprivileg

Wird die Dienstbarkeit für eine natürliche Person bestellt, ist in jedem Fall § 24 Abs. 2 KostO zu beachten, da eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Tod des Berechtigten erlischt (§ 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB). Der gemäß § 24 Abs. 2 KostO nach dem Lebensalter des Berechtigten maßgebende Multiplikator darf keinesfalls überschritten werden, auch wenn in der Eintragungsbewilligung eine bestimmte Dauer oder eine längere Mindestlaufzeit vereinbart ist. Bestellt der Eigentümer eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für einen nahen Verwandten, muss auch § 24 Abs. 3 KostO beachtet werden.

f) Unbeschränkte Dauer

Unbeschränkte Dauer liegt vor, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung keine bestimmte Laufzeit ergibt, die Dienstbarkeit wegen nicht geregelter Auflösungsmöglichkeiten, wie z. B. durch Kündigung, auch nicht von unbestimmter Dauer ist (§ 24 Abs. 1 b KostO) und auch § 24 Abs. 2 oder 3 KostO nicht einschlägig sind. Dies betrifft vor allem beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, bei denen der Berechtigte eine juristische Person ist (z. B. Betreiber-GmbH, Bank, Sparkasse). Keine unbeschränkte Dauer liegt bei derartigen Dienstbarkeiten vor, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung die Dauer z. B. durch Anknüpfung an einen Pacht- oder Darlehensvertrag ergibt (dann bestimmte Dauer) oder Auflösungsmodalitäten enthalten sind (z. B. Kündigung, dann unbestimmte Dauer). Die unbeschränkte Dauer im kostenrechtlichen Sinne ergibt sich praktisch per Definition. Wird eine Grunddienstbarkeit bestellt, liegt immer unbeschränkte Dauer vor.

2. Einzelrecht, mehrere Einzelrechte

Ein Einzelrecht liegt vor, wenn der Berechtigte allein über das Recht bestimmen kann. Werden mehrere Einzelrechte eingeräumt, ist der Jahreswert jedes einzelnen Rechtes gesondert festzustellen, danach sind die Werte zu multiplizieren und gemäß § 44 Abs. 2 a KostO zu addieren, wenn die Rechtseinräumung in einer Urkunde erfolgt. Sichern mehrere Dienstbarkeiten den gleichen Rechtsgrund, kann derselbe Gegenstand gemäß § 44 Abs. 1 KostO vorliegen, unabhängig davon, ob die Ausübung der Dienstbarkeiten gleichrangig erfolgt oder eine Dienstbarkeit aufschiebend bedingt erst durch den Wegfall der ersten Dienstbarkeit ausgeübt werden kann (vgl. nachfolgend 4.).

3. Gesamtrecht

Räumt der Eigentümer eine Dienstbarkeit mehreren Berechtigten als Gesamtrecht ein (z. B. für den Betreiber und dessen finanzierenden Gläubiger), darf der höchste in Betracht kommende Vervielfältiger nicht überschritten werden, d. h. bei unbeschränkter Dauer ist maximal der 25-fache, bei unbestimmter Dauer höchstens der 12^{1/2}-fache Jahresbetrag als Geschäftswert maßgebend. Ist das Recht mehreren natürlichen Personen eingeräumt, ist der Jahreswert nach dem für den jüngsten Berechtigten gemäß § 24 Abs. 2 KostO anzunehmenden Vervielfältiger zu berechnen. § 24 Abs. 3 KostO ist bei Rechtseinräumung für nahe Verwandte zu beachten.

4. Auflösend bedingte und aufschiebend bedingte Dienstbarkeiten, Vormerkung

Werden Dienstbarkeiten zuerst für den Betreiber und für den Fall, dass der Betreiber die Dienstbarkeit nicht mehr ausübt (oder ausüben kann) oder die Dienstbarkeit aus anderen Gründen erlischt (z. B. Aufhebung, Tod des Berechtigten), für

dessen finanzierenden Gläubiger bestellt, darf ebenfalls der höchste Multiplikator 25 nicht überschritten werden.

Die (erste) Dienstbarkeit für den Betreiber ist weder auflösend noch aufschiebend bedingt. Dagegen steht die für den Gläubiger bestellte Dienstbarkeit in aller Regel unter der Bedingung, dass sie erst und nur dann entsteht, wenn die Dienstbarkeit für den Betreiber vor Ablauf der vereinbarten Dauer wegfallen sollte. Diese aufschiebenden Bedingungen sind nach § 24 Abs. 5 KostO durch einen angemessenen Abschlag zu berücksichtigen. Da die Wahrscheinlichkeit des Bedingenseintritts nicht einschätzbar ist, kann ein Wertabschlag von 50 % auf den nach den allgemeinen Vorschriften errechneten Wert empfohlen werden.¹⁶ Die gleichen Grundsätze sind anzuwenden, wenn für den Gläubiger anstelle einer aufschiebend bedingten Dienstbarkeit eine Vormerkung zur Eintragung bewilligt wird. Eine Vormerkung hat den gleichen Wert wie das Recht, das durch die Vormerkung gesichert wird. Insgesamt darf aber auch bei diesen Konstellationen der maximal in Betracht kommende Multiplikator nicht überschritten werden (25 bei bestimmter oder unbeschränkter Dauer, 12^{1/2} bei unbestimmter Dauer).

Beispiel 1:

Der Eigentümer räumt für Herrn Maier (56 Jahre alt, mit dem Eigentümer weder verwandt noch verschwägert) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Errichtung, zum Betrieb und zur Instandhaltung einer Photovoltaikanlage ein. Die Eintragungsbewilligung enthält keine Bestimmungen über die Laufzeit der Dienstbarkeit. Da die Dienstbarkeit jedoch mit dem Tod des Berechtigten erlischt, ist der Multiplikator nach § 24 Abs. 2 KostO maßgebend. Bei einem Lebensalter von 56 Jahren kommt der 11-fache Jahreswert in Betracht. Für die zugunsten des Gläubigers (Bank oder Sparkasse) bestellte aufschiebend bedingte Dienstbarkeit gilt gemäß § 24 Abs. 1 b KostO der Multiplikator 25, darauf ist gemäß § 24 Abs. 5 KostO ein Abschlag von 50 % vorzunehmen, so dass für diese Dienstbarkeit der 12^{1/2}-fache Jahreswert maßgebend ist. Insgesamt ist für beide Dienstbarkeiten der 23^{1/2}-fache Jahreswert anzunehmen. Dass der 25-fache Jahresbetrag (vgl. hierzu II. 1. f) insgesamt nicht überschritten werden darf, ist beachtet.

Bei einem Lebensalter des Berechtigten von 36 Jahren, käme der Vervielfältiger 18 in Betracht, wodurch die Berechnung des vorstehenden Sachverhaltes wie folgt vorzunehmen wäre:

- Dienstbarkeit für den Berechtigten 12^{1/2}-facher Jahreswert (Multiplikator nach Lebensalter ist höher) und
- aufschiebend bedingte Dienstbarkeit für den Gläubiger 25-facher Jahreswert, darauf Abschlag 50 % = 12^{1/2}-facher Jahreswert,

insgesamt der 25-fache Jahreswert.

Beispiel 2:

Die Dienstbarkeit wird zugunsten der ABC-Solartechnik GmbH, die aufschiebend bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die XY-Bank eingeräumt. In diesem Falle ist wie folgt vorzugehen: Dienstbarkeit für den Betreiber, Multiplikator 25, Dienstbarkeit für die Bank ebenfalls Multiplikator 25, darauf wegen der aufschiebenden Bedingung Abschlag von 50 %, somit 12^{1/2}, jedoch insgesamt begrenzt auf den 25-fachen Jahresbetrag.

¹⁶ So auch OLG München, MittBayNot 2008, 320 = ZNotP 2008, 174 m. Anm. Tiedtke; BayObLG, MittBayNot 1987, 214 m. Anm. Frank, für den vergleichbaren Fall der Einräumung einer Option, deren Ausübung vom Verlangen des Berechtigten abhängt.

III. Gebühr

Die Gebühr für die Urkunde über die Bestellung einer Dienstbarkeit richtet sich nach dem Inhalt der Urkunde. Bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung fällt eine $\frac{1}{4}$ Gebühr nach § 45 KostO, max. 130 € an.

Im Übrigen gilt Folgendes:

- Bei Entwurffertigung, Bewertung nach den Grundsätzen des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO;
- bei Überprüfung eines dem Notar vorgelegten Entwurfs, Bewertung nach den Grundsätzen des § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO;
- bei vertraglichen Vereinbarungen und Entwurffertigung oder Beurkundung durch den Notar, $\frac{20}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO, bei Entwurf i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die beschränkte(n) persönliche(n) Dienstbarkeit(en) sind je nach Fallgestaltung wohl in aller Regel Durchführungserklärungen und nicht gesondert zu bewerten. Jeder Einzelfall muss aber für sich beurteilt werden.
- Wird eine Dienstbarkeit für den Betreiber bestellt und verpflichtet sich der Eigentümer gegenüber dem finanzierenden Gläubiger auf dessen Verlangen eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit zu bestellen, die durch eine Vormerkung gesichert wird, fällt für die Eintragungsbewilligung über die Dienstbarkeit für den Betreiber eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr an und für die Verpflichtung zur Dienstbarkeitsbestellung eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO. Ein Vertrag mit der $\frac{20}{10}$ -Gebühr dürfte in aller Regel nicht vorliegen, da die Verpflichtung nur durch den Eigentümer eingegangen wird (auch kein Angebot, § 37 KostO wäre nur anwendbar, wenn der gesamte Vertrag beurkundungspflichtig wäre). Bei der Berechnung der Gebühren ist § 44 Abs. 2 b KostO zu beachten.

B. Beispielfälle mit Berechnungen

I. Grundlagen

Den nachfolgenden Berechnungen werden folgende Werte zugrunde gelegt:

- Anschaffungskosten pro KWp¹⁷ durchschnittlich 3.000 €,
- Photovoltaikanlage mit 50 KWp, Anschaffungskosten insgesamt 150.000 €,
- Einspeisevergütung je KWp pro Jahr durchschnittlich ca. 320 € (beruht auf einer KW-Stunde von durchschnittlich 35 Cent),
- Einspeisevergütung für eine Photovoltaikanlage mit 50 KWp damit 16.000 €,
- Nutzungsentgelt auf der Basis der Einspeisevergütung zwischen 3 % und 5 % jährlich, für die nachfolgenden Berechnungen wird vom Durchschnittswert von 4 % ausgegangen,
- Nutzungsentgelt Alternativ pro KWp jährlich ca. 15 € bis 25 €, Mittelwert 20 €, bei einer Anlage mit 50 KWp damit Nutzungsentgelt bei jährlich ca. 1.000 €.

II. Eigentümerdienstbarkeit für eine KG

Der Eigentümer, die ABC Baustoffe GmbH & Co. KG, bestellt für sich selbst auf dem Grundstück Fl. Nr. 100 eine

beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung von Photovoltaikanlagen. Sie beabsichtigt den Verkauf des belasteten Grundstücks, will aber auch danach die Photovoltaikanlage weiterhin selbst betreiben.

Die Dienstbarkeit hat folgenden wesentlichen Inhalt: Das Recht, alle zum ordnungsgemäßen Betrieb notwendigen Anlagen zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten, zu erneuern und ggf. durch eine andere Anlage zu ersetzen. Das Recht, das Grundstück zu diesem Zweck zu betreten und zu befahren usw. Der Berechtigte hat die Pflicht, alle zum ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage erforderlichen Maßnahmen auf seine Kosten vorzunehmen. Er hat weiter das Recht, die zum Anschluss an das öffentliche Netz usw. erforderlichen Leitungen zu verlegen.

Aus der Urkunde ergibt sich weder eine Dauer der Dienstbarkeit, noch der Umfang der Photovoltaikanlage. Eine Nutzungsentschädigung ist bei einer Eigentümerdienstbarkeit naturgemäß nicht zu zahlen.

Die vom Notar entworfene Eintragungsbewilligung wird vom Eigentümer unterschrieben und dessen Unterschrift beglaubigt.

Die vom Notar ermittelten Bewertungsgrundlagen entsprechen den Grundlagen nach Abschn. B. I.

Bewertung:

Es liegt eine Nutzungsdienstbarkeit vor. Der Jahresnutzungswert kann mit 4 % der Einspeisevergütung angenommen werden (vgl. A. I. 2. c)). Die jährliche Einspeisevergütung beträgt bei einer Anlage mit 50 KWp 16.000 €, 4 % hiervon betragen 640 €. Bei Berechnung des Jahresnutzungsentgeltes auf der Basis von 20 € pro KWp beträgt der Jahreswert 1.000 €.

Für die Eintragungsbewilligung fällt eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a i. V. m. § 145 Abs. 1 KostO an. Es liegt unbeschränkte Dauer vor, so dass der 25-fache Jahreswert maßgebend ist.

Bewertung daher Jahreswert 1.000 € x 25 =	25.000 €
$\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO =	42 €.

III. Eigentümerdienstbarkeit für eine natürliche Person und Vormerkung für den Gläubiger mit Sicherungsabrede

Der Eigentümer (56 Jahre alt) bestellt für sich selbst auf dem Grundstück Fl. Nr. 100 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung von Photovoltaikanlagen. Die Dienstbarkeit hat den gleichen Inhalt wie bei Beispielfall zu Abschn. II. Der Eigentümer hat die Photovoltaikanlage finanziert. Der Gläubiger verzichtet auf die Eintragung einer Grundschuld, weil die Veräußerung des Grundstücks beabsichtigt ist.

Für den Fall, dass der finanzierende Gläubiger dies verlangt, verpflichtet sich der Eigentümer eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten eines von dem Gläubiger benannten Dritten zu bestellen. Die zu bestellende Dienstbarkeit hat den gleichen Inhalt, wie die Dienstbarkeit, die der Eigentümer für sich selbst bestellt hat. Zur Sicherung dieses Anspruchs bewilligt und beantragt der Eigentümer zugunsten des Gläubigers die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung.

Sodann erklärt der Eigentümer eine Sicherungsabrede, wonach die dem Gläubiger eingeräumten Rechte zur Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche gegen den Be-

¹⁷ Quelle: Internetrecherche bei Activity Solar – www.Activity-photovoltaik.de.

treiber aus einer Kreditgewährung dienen, die im Zusammenhang mit der Finanzierung der Photovoltaikanlage steht.

Die vom Notar entworfene Eintragungsbewilligung wird nur vom Eigentümer unterschrieben und dessen Unterschrift beglaubigt.

Aus der Urkunde ergibt sich weder eine Dauer der Dienstbarkeit, noch der Umfang der Photovoltaikanlage, noch die Höhe des für die Errichtung der Anlage aufgenommenen Kredites. Eine Nutzungsentschädigung ist bei einer Eigentümerdienstbarkeit naturgemäß nicht zu zahlen. Dem Notar wird neben den Grundlagen gemäß Abschn. B. I. eine Kreditaufnahme von 150.000 € wegen Vollfinanzierung mitgeteilt.

Bewertung:

Es liegt eine Nutzungsdienstbarkeit vor. Die Berechnung des Jahreswertes erfolgt wie vorstehend unter II., der Jahreswert beträgt demnach 1.000 €. Bei Einräumung einer Dienstbarkeit durch den Eigentümer für sich selbst ist § 24 Abs. 3 KostO nicht anwendbar, jedoch ist § 24 Abs. 2 KostO zu beachten.¹⁸ Der Geschäftswert für die Eigentümerdienstbarkeit entspricht in diesem Falle dem 11-fachen Jahreswert (Multiplikator bei einem Lebensalter des Berechtigten von 56 Jahren).

Die Einräumung der Eigentümerdienstbarkeit erfolgt durch Eintragungsbewilligung. Für diese fällt eine ⁵/₁₀-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO an.

Die Verpflichtung des Eigentümers gegenüber seinem Gläubiger, auf dessen Verlangen eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit für einen benannten Dritten einzuräumen, ist gegenstands-gleich, löst aber als einseitige Erklärung eine ¹⁰/₁₀-Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO aus. Die aufschiebende Bedingung ist durch einen Abschlag von 50 % zu berücksichtigen. Die Sicherungsabrede ist gegenstands-gleich mit der Verpflichtung zur Einräumung der Dienstbarkeit zugunsten des Gläubigers.

Es sind folgende Berechnungen gegenüberzustellen:

Wert der Dienstbarkeit für den Eigentümer	
Jahreswert 1.000 € x 11 =	11.000 €
hieraus ⁵ / ₁₀ -Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO =	27 €
Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger, 1.000 € x 25, jedoch Abschlag gemäß § 24 Abs. 5 KostO von 50 % =	12.500 €
hieraus ¹⁰ / ₁₀ -Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1, 36 Abs. 1 KostO =	60 €.

Die aus dem Gesamtwert von 23.500 € zu erhebende ¹⁰/₁₀-Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO beträgt 84 € und ist damit für den Kostenschuldner günstiger als die getrennte Berechnung der Gebühren und ist daher maßgebend.

Bei den vorgenannten Berechnungen ist beachtet, dass die maximale Gesamtlaufzeit von 25 Jahren nicht überschritten wird (11 + 12,5 = 23,5).

IV. Dienstbarkeit für den Sohn des Eigentümers und Vormerkung für den Gläubiger mit Sicherungsabrede

Bei Vorlage des gleichen Sachverhaltes wie unter III., jedoch mit dem Unterschied, dass der Eigentümer die Dienstbarkeit seinem Sohn (30 Jahre) einräumt, ist § 24 Abs. 3 KostO an-

wendbar. Der Geschäftswert für die Dienstbarkeit bestimmt sich in diesem Falle nach dem 5-fachen Jahresbetrag.

Es sind folgende Berechnungen gegenüberzustellen:

Wert der Dienstbarkeit für den Sohn des Eigentümers	
Jahreswert 1.000 € x 5 =	5.000 €
hieraus ⁵ / ₁₀ -Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO =	21 €
Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger, 1.000 € x 25, jedoch Abschlag gemäß § 24 Abs. 5 KostO von 50 % =	12.500 €
hieraus ¹⁰ / ₁₀ -Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO =	60 €.

Die aus dem Gesamtwert von 17.500 € zu erhebende Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 KostO beträgt 72 € und ist damit für den Kostenschuldner günstiger als die getrennte Berechnung der Gebühren und daher maßgebend.

Bei den vorgenannten Berechnungen ist beachtet, dass die maximale Gesamtlaufzeit von 25 Jahren nicht überschritten wird (5 + 12,5 = 17,5).

V. Dienstbarkeit für eine natürliche Person und aufschiebend bedingte Dienstbarkeit für den Gläubiger ohne Sicherungsabrede, jedoch Bezugsnahme auf den Pachtvertrag

Der Eigentümer (Herr Maier) bestellt für Herrn Müller (56 Jahre alt) auf dem Grundstück Fl. Nr. 100 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung von Photovoltaikanlagen.

Der Inhalt der Dienstbarkeit entspricht demjenigen, wie bei der unter vorstehend I. bestellten Eigentümerdienstbarkeit. Der Berechtigte hat mit dem Eigentümer einen Pachtvertrag geschlossen auf die Dauer von 21 Jahren. Die Dienstbarkeit wird für die Dauer des Pachtverhältnisses geschlossen, danach soll die Dienstbarkeit gelöscht werden. Nach den Vereinbarungen im Pachtvertrag, der jedoch nicht Gegenstand der Eintragungsbewilligung ist, beträgt die jährliche Pacht 1.200 €.

Der Berechtigte hat die Herstellungskosten in voller Höhe über eine Bank finanziert.

Der Eigentümer bestellt zugunsten des Gläubigers des Berechtigten eine aufschiebend bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Die Dienstbarkeit wird auf die gleiche Dauer bestellt und hat denselben Inhalt. Der Berechtigte ist zur Ausübung der Dienstbarkeit nur berechtigt, wenn der Berechtigte der vorbestellten Dienstbarkeit vor Ablauf der bestimmten Dauer verstirbt, den Betrieb einstellt oder in Insolvenz gerät. Sicherungsabreden oder Ähnliches sind nicht Inhalt der Eintragungsbewilligung.

Die Ausübung der Dienstbarkeit kann Dritten überlassen werden.

Die vom Notar entworfene Eintragungsbewilligung wird nur vom Eigentümer unterschrieben und dessen Unterschrift beglaubigt.

Bewertung:

Es liegt die Bestellung von Nutzungsdienstbarkeiten vor. Die im Pachtvertrag vereinbarte Gegenleistung liegt über dem üblichen Nutzungsentgelt und ist daher der Bewertung zugrunde zu legen.

Für die Einräumung der Dienstbarkeit für Herrn Müller liegt eine bestimmte Dauer vor (21 Jahre). Der Multiplikator be-

¹⁸ Korintenberg/Schwarz, a. a. O., § 24 Rdnr. 69.

stimmt sich jedoch unter Beachtung des § 24 Abs. 2 KostO. Bei einem Lebensalter von 56 Jahren beträgt der Multiplikator 11. Geschäftswert somit $1.200 \text{ €} \times 11 = 13.200 \text{ €}$.

Die aufschiebend bedingte Dienstbarkeit für den Gläubiger ist nach den gleichen Grundsätzen wie vorstehend unter I. dargelegt zu bewerten. Bei einem Jahreswert von $1.200 \text{ €} \times 21$ (Dauer) ergibt sich ein Wert von 25.200 € und unter Berücksichtigung eines Abschlags von 50 % ein Geschäftswert von 12.600 € .

Da lediglich eine Eintragungsbewilligung vorliegt, fällt eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO an.

Geschäftswerte:

– beschränkte persönliche Dienstbarkeit für Herrn Müller	13.200 €
– beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Gläubiger	<u>12.600 €</u>
Gesamtgeschäftswert	25.800 €

jedoch insgesamt begrenzt auf $1.200 \text{ €} \times \text{Dauer von 21 Jahren} = 25.200 \text{ €}$

hieraus $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO = 42 €.

VI. Dienstbarkeit für eine natürliche Person und aufschiebend bedingte Dienstbarkeit für den Gläubiger ohne Sicherungsabrede, jedoch keine Bezugnahme auf den Pachtvertrag

Es werden die gleichen Dienstbarkeiten bestellt, wie vorstehend unter V., jedoch mit dem Unterschied, dass sich keine Dauer aus der Eintragungsbewilligung selbst ergibt und auch keine Bezugnahme auf den Pachtvertrag erfolgt.

Für die Bewertung der ersten Dienstbarkeit ergeben sich keine Unterschiede, da § 24 Abs. 2 KostO anzuwenden ist und der Multiplikator 11 anzunehmen ist. Der Geschäftswert beträgt also $1.200 \text{ €} \times 11 = 13.200 \text{ €}$.

Für die aufschiebend bedingte Dienstbarkeit zugunsten des Gläubigers (juristische Person) liegt eine unbeschränkte Dauer gemäß § 24 Abs. 1 b KostO vor. Maßgebend ist der 25-fache Jahresbetrag. Bei einem Jahreswert von $1.200 \text{ €} \times 25$ ergibt sich ein Wert von 30.000 € und unter Berücksichtigung eines Abschlags von 50 % ein Geschäftswert von 15.000 € .

Bewertung:

Da lediglich eine Eintragungsbewilligung vorliegt, fällt eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO an.

Geschäftswerte:

– beschränkte persönliche Dienstbarkeit für Herrn Müller	13.200 €
– beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Gläubiger	<u>15.000 €</u>
Gesamtgeschäftswert	28.200 €

hieraus $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO = 45 €.

VII. Dienstbarkeit für den Gläubiger

Der Eigentümer, die ABC Baustoffe GmbH & Co. KG, beabsichtigt auf dem Grundstück Fl. Nr. 100 die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung einer Photovoltaikanlage. Diese Anlage wird mit Hilfe eines Darlehens der Volksbank X i. H. v. 150.000 € finanziert.

Der Notar beurkundet einen Darlehensvertrag. Das Darlehen ist mit jährlich 6 % zu verzinsen und in 21 Jahren nach näher festgelegten Monatsraten zu tilgen. Der Eigentümer unterwirft sich wegen aller Ansprüche aus dem Darlehensvertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Zur weiteren Sicherung tritt der Eigentümer seine Einspeisevergütung an den Gläubiger ab. Die Volksbank X verzichtet auf die Eintragung einer Grundschuld, will aber den Betrieb der Anlage sicherstellen, falls der Eigentümer verstirbt, den Betrieb einstellen will, den Verkauf des Grundstücks beabsichtigt oder in Insolvenz gerät. Zu diesem Zweck bestellt der Eigentümer in gleicher Urkunde zugunsten des Gläubigers eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Die Dienstbarkeit kann vom Gläubiger nur bei Eintritt eines vorgenannten Ereignisses ausgeübt werden.

Die Dienstbarkeit hat folgenden wesentlichen Inhalt:

Das Recht, alle zum ordnungsgemäßen Betrieb notwendigen Anlagen zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten, zu erneuern und ggf. durch eine andere Anlage zu ersetzen. Das Recht, das Grundstück zu diesem Zweck zu betreten und zu befahren usw. Der Berechtigte hat die Pflicht, alle zum ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage erforderlichen Maßnahmen auf seine Kosten vorzunehmen. Er hat weiter das Recht, die zum Anschluss an das öffentliche Netz usw. erforderlichen Leitungen zu verlegen.

Die Ausübung der Dienstbarkeit kann Dritten überlassen werden.

Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt ist der Darlehensvertrag das Hauptgeschäft. Der Geschäftswert beträgt 150.000 € (§ 39 Abs. 1 KostO), die Zinsen bleiben gemäß § 18 Abs. 2 KostO außer Ansatz. Die Bestellung der Dienstbarkeit ist gegenstandsgleiches Sicherungsgeschäft, die Abtretung der Einspeisevergütung unselbständige Vertragsbedingung.

Zu erheben ist eine $\frac{20}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO i. H. v. 564 € .

VIII. Dienstbarkeit für einen Solarpark

Herr Müller ist Eigentümer von landwirtschaftlichen Grundstücken von 5 ha. Diese Grundstücke werden nicht mehr landwirtschaftlich genutzt. Die Berechtigte hat mit dem Eigentümer einen Pachtvertrag geschlossen auf die Dauer von 30 Jahren. Eine vorzeitige Auflösung ist nur aus wichtigem Grund zulässig. Im Pachtvertrag, der jedoch nicht Gegenstand der Eintragungsbewilligung ist und auf den auch nicht Bezug genommen wird, ist eine jährliche Pacht von 25.000 € vereinbart und entspricht dem üblicherweise erzielbaren Nutzungsentgelt.

Der Eigentümer bestellt zugunsten der Solarpark XY GmbH eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Errichtung, den Betrieb und die Unterhaltung einer Photovoltaikanlage. Die Dienstbarkeit wird für die Dauer des Pachtverhältnisses bestellt, danach soll die Dienstbarkeit gelöscht werden.

Die Dienstbarkeit hat folgenden wesentlichen Inhalt:

Das Recht, alle zum ordnungsgemäßen Betrieb notwendigen Anlagen zu errichten, zu betreiben, zu unterhalten, zu erneuern und ggf. durch eine andere Anlage zu ersetzen. Das Recht, das Grundstück zu diesem Zweck zu betreten und zu befahren usw. Alle zum ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage erforderlichen Maßnahmen hat der Berechtigte auf seine Kosten vorzunehmen. Er hat weiter das Recht, die zum Anschluss an das öffentliche Netz usw. erforderlichen Leitungen zu verlegen.

Bewertung:

Es liegt eine Nutzungsdienstbarkeit vor. Sie ist durch die Bezugnahme auf den Pachtvertrag von bestimmter Dauer (30 Jahre), jedoch muss § 24 Abs. 1 b KostO beachtet werden. Der Jahreswert ist deshalb gemäß § 24 Abs. 1 b KostO mit 25 (höchster Multiplikator) zu multiplizieren. Da lediglich eine Eintragungsbewilligung vorliegt, fällt eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO an.

Geschäftswert, § 24 Abs. 1 b KostO,
 Jahreswert 25.000 € x 25 = 625.000 €
 hieraus $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1
 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO = 501 €.

Bei Mitbeurkundung des Pachtvertrages kommt folgende Bewertung in Betracht:

Geschäftswert gemäß § 25 Abs. 1 KostO,
 bestimmte Laufzeit 30, jedoch höchstens
 der 25-fache Jahresbetrag = 625.000 €
 hieraus $\frac{20}{10}$ -Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO = 2.004 €.

Die mitbeurkundete Dienstbarkeit ist in diesem Falle gegenstandsgleiche Durchführungserklärung gemäß § 44 Abs. 1 KostO und löst keine weitere Gebühr aus.

Löschung von Vormerkungen im Lichte der Rechtsprechung des BGH zur „Aufladung“ von Vormerkungen

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

Der Beitrag befasst sich im Anschluss an den in diesem Heft abgedruckten Beschluss des OLG München vom 11.3.2010 – 34 Wx 007/10 –¹ mit der Amtslöschung einer Vormerkung wegen unzureichender Bindung des Schuldners eines vorgemerkten künftigen Anspruchs, und anhand des ebenfalls abgedruckten Beschlusses des OLG Köln vom 25.11.2009 – 2 Wx 98/09 –² mit der Löschung einer Vormerkung wegen Erlöschen des gesicherten Anspruchs. Beide Gerichte haben die Rechtsprechung des BGH zur „Aufladung“ von Vormerkungen in den Blick genommen, nach Meinung des Verfassers aber nicht die notwendigen Konsequenzen daraus gezogen.

1. Amtslöschung der Vormerkung wegen unzureichender Bindung des Schuldners infolge Widerrufsvorbehalts?³

Um vormerkbar zu sein, muss der künftige Anspruch bereits eine feste Rechtsgrundlage aufweisen, nämlich eine schuldrechtliche Bindung des Verpflichteten, der er sich nicht mehr durch bloße einseitige Willenserklärung entziehen kann.⁴ Im Beschluss des OLG München ging es um den künftigen Anspruch aus einem Verkaufsangebot. Dieser ist grundsätzlich vormerkbar.⁵ Im konkreten Fall mussten sich allerdings Bedenken gegen die Vormerkungsfähigkeit daraus ergeben, dass der Vater das Verkaufsangebot seiner vierzehnjährigen – also beschränkt geschäftsfähigen – Tochter gemacht und sich außerdem das Recht vorbehalten hatte, das Angebot jederzeit durch schriftliche Erklärung gegenüber der Angebotsempfängerin zu widerrufen.

a) Wirksamkeit des Angebots als Voraussetzung eines künftigen Anspruchs

Die Wirksamkeit des Angebots als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung hing zunächst davon ab, dass es der

Angebotsempfängerin zugegangen war.⁶ Das Angebot verpflichtete die Angebotsempfängerin zu nichts, sondern räumte ihr lediglich das Recht ein, das Angebot anzunehmen oder einen Dritten als Annahmehberechtigten zu benennen. Somit brachte das Angebot der Angebotsempfängerin ausschließlich rechtliche Vorteile. Demgemäß konnte der notwendige Zugang des Angebots nicht nur gegenüber der Angebotsempfängerin selbst bewirkt werden (§ 131 Abs. 2 Satz 2 BGB), sondern auch dadurch, dass ihr Vater das von ihm abgegebene Angebot im Namen der Adressatin als deren gesetzlicher Vertreter entgegennahm (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB); wegen der ausschließlichen Vorteilhaftigkeit des Angebots scheiterte eine solche Entgegennahme nicht an den §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB.⁷ Das Grundbuchamt hatte angesichts dessen keinen Anlass, an einem wirksamen Zugang des Angebots und an der Begründung eines künftigen Übereignungsanspruchs zu zweifeln.⁸

b) Widerrufsvorbehalt des Schuldners als Hindernis für die Vormerkung des Anspruchs?

Zweifel mussten sich jedoch aufdrängen, ob dieser künftige Anspruch ausreichenden Rechtsboden aufwies, um ihn vorzumerken. Im Einklang mit der herrschenden Meinung verneint das OLG München die Vormerkungsfähigkeit, wenn der Schuldner die spätere Entstehung des künftigen Anspruchs ohne weiteres durch bloße einseitige Willenserklärung ver-

¹ MittBayNot 2010, 471 (in diesem Heft).

² MittBayNot 2010, 473 (in diesem Heft).

³ Was nachfolgend zum Vorbehalt des freien Widerrufs ausgeführt ist, gilt gleichermaßen, wenn der Schuldner sich ein an keine weiteren Voraussetzungen gebundenes Rücktrittsrecht vorbehält.

⁴ Vgl. *Palandt/Bassenge*, 69. Aufl. 2010, § 883 Rdnr. 15; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 883 Rdnr. 186, 188.

⁵ BGH, NJW 2002, 213; *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 15.

⁶ Vgl. *Palandt/Ellenberger*, § 145 Rdnr. 1.

⁷ *Palandt/Diederichsen*, § 1795 Rdnr. 13 m. w. N.

⁸ Ein darüber hinausgehender Nachweis des Zugangs des Angebots in der Form des § 29 GBO wird bisher zu Recht nicht verlangt.

hindern kann.⁹ Weil der Vater sich das Recht vorbehalten hatte, sein Verkaufsangebot jederzeit nach Belieben zu widerrufen, erscheint es folgerichtig, die Vormerkbarkeit des durch eine Annahme entstehenden künftigen Übereignungsanspruchs mit dem OLG München zu verneinen. Allerdings bleibt dabei eine Besonderheit des konkreten Falls unbeachtet: Ein Widerruf des Verkaufsangebots war gegenüber der Angebotsempfängerin zu erklären; er musste ihr also zugehen, um wirksam zu werden. Solange die Angebotsempfängerin minderjährig war, konnte eine Widerrufserklärung ihr selbst nicht rechtswirksam zugehen, denn der Widerruf des Angebots war für sie alles andere als rechtlich vorteilhaft (§ 131 Abs. 2 BGB). Der anbietende Vater war durch die §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB daran gehindert, die eigene Widerrufserklärung für seine Tochter entgegenzunehmen oder gemäß § 131 Abs. 2 Satz 2 BGB der Entgegennahme durch seine Tochter zuzustimmen.¹⁰ Falls ihm die elterliche Sorge zusammen mit der Mutter oblag (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB), blieb fraglich, ob die Mutter seine Widerrufserklärung namens der Angebotsempfängerin entgegennehmen konnte. Die dem anderen Elternteil in § 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB eingeräumte alleinige Vertretungsmacht beim Empfang von Willenserklärungen war möglicherweise durch die §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, falls die Eltern miteinander verheiratet waren.¹¹ Selbst wenn die Eltern kein Ehepaar waren, wäre nach OLG Celle¹² die Mutter gleichwohl von der Vertretung bei Entgegennahme des Widerrufs ausgeschlossen gewesen. Für die Ansicht des OLG Celle spricht der Zweck des § 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB, dem Rechtsverkehr die Bewirkung des Zugangs von Erklärungen zu erleichtern.¹³ Wenn jedoch Erklärender und Erklärungsempfänger durch Elternschaft verbunden sind, besteht kein Anlass, ihnen die Erleichterungen zu gewähren, die das Gesetz Außenstehenden einräumt. Außerdem erfordert die Erklärung des einen Elternteils, z. B. eine Mahnung, häufig eine Reaktion durch beide gemeinsam vertretungsberechtigte Elternteile, die dem Erklärenden gegenüber gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB nicht erfolgen kann. Unter diesem Aspekt erscheint es interessengerechter, bei ausgeschlossener Vertretung durch einen Elternteil *stets* auch den anderen Elternteil als von der Vertretung ausgeschlossen zu betrachten.¹⁴

Besaß die Mutter keine passive Vertretungsmacht – was im Rahmen dieses Beitrags nicht abschließend beurteilt werden kann –, so konnte der Vater sein Angebot erst widerrufen, nachdem zur Entgegennahme des Widerrufs ein Ergänzungspfleger bestellt worden war. Bis dahin war er an sein Angebot gebunden. Eine solche Bindung entspricht ganz und gar der vorläufigen Bindung eines Anbietenden, dessen Angebot nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder nach Ablauf einer bestimmten Frist erlischt oder widerrufen wird. Der künftige Übereignungsanspruch aus einem derart auflösend bedingten oder befristeten Angebot kann durch Vormerkung

gesichert werden, weil der Schuldner bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung oder der Endfrist seine Bindung nicht abschütteln kann. Ein solcher Übereignungsanspruch verliert den Schutz durch die Vormerkung erst mit Eintritt der auflösenden Bedingung oder Frist. Erst ab diesem Zeitpunkt mußt die eingetragene Vormerkung zum bloßen Buchrecht. Falls der Widerruf nur gegenüber einem Ergänzungspfleger erklärt werden konnte, hätte der Anbietende zwar dessen Bestellung erreichen und damit den Weg freimachen können, um sich von seiner Bindung zu lösen. Er hätte dafür aber unvermeidlich eine gewisse Zeit benötigt, während der er in gleicher Weise gebunden blieb wie bei einem auflösend bedingten Angebot. Hätte er die Zeit bis zur Volljährigkeit der Angebotsempfängerin ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers verstreichen lassen, so wäre sein Widerrufsrecht erst ab diesem Zeitpunkt von keiner weiteren Voraussetzung mehr abhängig gewesen. Erst ab diesem Zeitpunkt wären dann die Vormerkbarkeit und der Vormerkungsschutz des künftigen Übereignungsanspruchs entfallen. Das OLG München hat bedauerlicherweise diese Besonderheiten des zu entscheidenden Sachverhalts und die daraus resultierenden Vertretungsfragen vernachlässigt.

c) Inhaltliche Unzulässigkeit der Vormerkung wegen des Widerrufsvorbehalts?

Unterstellt man, dass die Mutter der Angebotsempfängerin einen Widerruf des Angebots wirksam für diese entgegennehmen konnte, und dass der Schuldner aus diesem Grund nicht hinreichend gebunden war, um den künftigen Anspruch aus dem Angebot vorzumerken, so ist damit noch nicht entschieden, ob die gleichwohl eingetragene Vormerkung deswegen als inhaltlich unzulässiges Recht i. S. d. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu qualifizieren ist. Ihrem Inhalt nach unzulässig wäre z. B. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abschluss eines Mietvertrags oder zur Sicherung des Anspruchs auf Abbruch eines Gebäudes. Denn § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB erlaubt nur die Vormerkung von Ansprüchen auf Einräumung, Änderung oder Aufhebung dinglicher Grundstücksrechte. Ob eine Vormerkung ihrem Inhalt nach zulässig ist, hängt somit vom Ziel des vorzumerkenden Anspruchs ab. Daraus könnte man folgern: Wenn das Gesetz die inhaltliche Zulässigkeit einer Vormerkung von einem bestimmten Ziel des Anspruchs abhängig mache, so impliziere dies denknotwendig auch die Abhängigkeit von der Existenz eines vormerkbaren Anspruchs. In diesem Sinne sind wohl manche Äußerungen des Schrifttums zu verstehen.¹⁵

Die dafür als Beleg zitierte Entscheidung des BayObLG, Rpfleger 1981, 190, auf die sich auch das OLG München beruft, trifft darüber hinaus eine weitergehende Unterscheidung: Das Fehlen einer ausreichend gefestigten Rechtsgrundlage des vorzumerkenden künftigen Anspruchs führe zur inhaltlichen Unzulässigkeit der Vormerkung. Dagegen sei die Eintragung einer Vormerkung nicht inhaltlich unzulässig, sondern lediglich unrichtig, „wenn der zu sichernde Anspruch tatsächlich nicht besteht“. So sieht es offenbar auch das OLG München, wenn es von einer *zulässig*¹⁶ eingetragenen Vormerkung für nicht entstandene oder später wieder erloschene Rechte spricht und gleichzeitig die Vormerkung für einen schon begründeten, aber den Schuldner nicht hinreichend bindenden künftigen Anspruch für inhaltlich unzulässig erklärt. Diese Unterscheidung ist bemerkenswert genug, um nach

⁹ Vgl. *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 15; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 883 Rdnr. 194, 201; *Amann*, MittBayNot 2007, 13, 17.

¹⁰ Vgl. *Staudinger/Schilken*, 2009, § 181 Rdnr. 13.

¹¹ Bejahend OLG Celle, OLGR 2000, 192; verneinend BayObLG, FamRZ 1977, 141, 143 und die h. M., vgl. MünchKommBGB/*Wagenitz*, 5. Aufl. 2008, § 1795 Rdnr. 23; *JurisPK-BGB/Lafontaine*, 4. Aufl. 2008, § 1795 Rdnr. 21; *Erman/Saar*, 12. Aufl. 2008, § 1795 Rdnr. 3.

¹² OLG Celle (Fn. 11).

¹³ Vgl. BT-Drucks. 7/2060, S. 21; *Palandt/Diederichsen*, § 1629 Rdnr. 15.

¹⁴ Vgl. *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, 2007, § 1629 Rdnr. 52; *Palandt/Diederichsen*, § 1629 Rdnr. 21.

¹⁵ Z. B. *Demharter*, 27. Aufl. 2010, § 53 GBO Rdnr. 46; *Hügel/Holzer*, 2007, § 53 GBO Rdnr. 67; ebenso ohne Begründung *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 14.

¹⁶ Hervorhebung vom Verfasser.

ihrem tragenden Grund zu fragen. Denn es ist alles andere als einleuchtend, dass die (auf dem Widerrufsrecht beruhende) Schwäche eines immerhin bereits begründeten Anspruchs eine schärfere Sanktion erfährt, nämlich inhaltliche Unzulässigkeit, als die pure Nichtexistenz eines zu sichernden Anspruchs, die lediglich zur Unwirksamkeit der Vormerkung und Unrichtigkeit des Grundbuchs führt. Das OLG München begründet die härtere Sanktion des geringeren Mangels ebenso wenig wie ehemals das BayObLG, welches sich seinerseits auf *Ertl*¹⁷ beruft, der gleichfalls eine Begründung schuldig bleibt, und sich stattdessen auf Entscheidungen des RG¹⁸ und des BayObLG¹⁹ stützt, die beide mit der inhaltlichen Unzulässigkeit einer Vormerkung nichts zu tun haben. So ist eine Kette von Zitaten für eine kaum nachvollziehbare und nirgends begründete Unterscheidung entstanden.²⁰

Auf Rechtsansichten aus der Zeit vor der Entscheidung des BGH zur Wiederverwendung einer anspruchleeren Vormerkung²¹ kommt es aber ohnehin nicht mehr an. Seit der BGH an der Wiederaufladbarkeit der Vormerkung ungeachtet aller Kritik²² festgehalten hat,²³ führt kein Weg mehr daran vorbei, dass eine Vormerkung ohne vormerkbaren Anspruch keine inhaltlich unzulässige Eintragung, sondern lediglich eine unrichtige Eintragung ist. Der BGH folgert nämlich aus analoger Anwendung des § 879 Abs. 2 BGB, dass nicht nur die zur Entstehung der Vormerkung erforderliche Bewilligung (§ 885 BGB), sondern auch der zu sichernde Anspruch der Eintragung der Vormerkung nachfolgen könne. Sein Standpunkt ist eindeutig: „Im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung muss der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung dienen soll, weder fällig ... noch begründet sein. Wird eine Vormerkung vor der Begründung des zu sichernden Anspruchs in das Grundbuch eingetragen, entsteht sie mit der Begründung des Anspruchs. Umgekehrt erlischt die Vormerkung trotz Fortbestehens ihrer Eintragung im Grundbuch mit dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs. Die unabhängig von dem gesicherten Anspruch erfolgte oder fortbestehende Eintragung erlaubt es, eine erloschene Vormerkung durch einen neu begründeten Anspruch wieder „aufzuladen“ oder eine wegen Scheiterns der Begründung des zu sichernden Anspruchs zunächst unwirksame Vormerkung zur Entstehung zu bringen.“²⁴ Mit anderen Worten: Die Eintragung einer Vormerkung kann mangels eines vormerkbaren Anspruchs unrichtig und damit unwirksam sein oder werden; dadurch allein wird sie aber noch nicht zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung. Zwar ist jede ihrem Inhalt nach unzulässige Vormerkung unwirksam, aber nicht jede wegen Fehlens, Wegfalls oder unzureichender Bindungskraft des Anspruchs unwirksame Vormerkung inhaltlich unzulässig.

Es bleibt dabei, dass das Grundbuchamt keine Vormerkung eintragen darf, wenn es mit Sicherheit weiß, dass kein vormerkbarer (wenigstens künftiger) Anspruch besteht.²⁵ Die Eintragung hat aber nicht deswegen zu unterbleiben, weil sie

inhaltlich unzulässig wäre, sondern deshalb, weil dadurch das Grundbuch unrichtig würde.

Die Feststellung des OLG München, dass sich nur solche Vormerkungen zur „Aufladung“ eignen, deren Eintragung im Grundbuch nach ihrem Inhalt zulässig ist, trifft zu und steht – wie das OLG feststellt – in keinem Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH. Verkannt hat das OLG München jedoch, dass eine Vormerkung ohne vormerkbaren Anspruch keine inhaltlich unzulässige, sondern lediglich eine unrichtige und daher unwirksame Eintragung ist, die auf Antrag gemäß § 22 GBO gelöscht werden kann, dagegen nicht von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO.

2. Erstarren einer zunächst unwirksamen Vormerkung durch Wegfall eines freien Widerrufsrechts

Aufgeschreckt durch die Ersuchen der Gläubiger nachrangiger Zwangshypotheken, gegen die Vormerkung einen Amtswiderspruch einzutragen oder sie zu löschen, hat der Schuldner im entschiedenen Fall nachträglich gegenüber der Angebotsempfängerin auf sein Widerrufsrecht verzichtet. Diese Verzichtserklärung wurde mit ihrem Zugang bei seiner Tochter wirksam, weil sie für diese rein vorteilhaft war.²⁶

Wenn man mit dem OLG München davon ausgeht, der Vormerkung habe bis zum Verzicht auf das Widerrufsrecht kein vormerkungsfähiger Anspruch zugrunde gelegen, dann war die Vormerkung bis zum Verzicht auf das Widerrufsrecht unwirksam, also reines Buchrecht. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob infolge des Wegfalls des Widerrufsrechts die zunächst unwirksame Vormerkung zu einer wirksamen erstarrte, oder ob sie unwirksam blieb, bis sie durch eine neue Vormerkung ersetzt oder wenigstens durch eine neue materielle Bewilligung mit Wirkungskraft versehen worden wäre.

Wenn man mit dem OLG München eine Vormerkung für einen rechtsgeschäftlich begründeten Anspruch, der wegen des Widerrufsrechts des Schuldners nicht vormerkbar ist, als inhaltlich unzulässige Eintragung betrachtet, dann kann sich aus einer solchen Eintragung von vornherein keine wirksame Vormerkung mehr entwickeln, falls das Widerrufsrecht später erlischt.

Wie sich in Abschnitt 1. c) gezeigt hat, ist eine Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs, der zwar bereits rechtsgeschäftlich begründet ist, aber den Schuldner (noch) nicht hinreichend bindet, nicht inhaltlich unzulässig, sondern nur unwirksam. Gleichwohl besteht ein Unterschied zur Unwirksamkeit einer Vormerkung für einen künftigen Anspruch, dem noch nicht einmal ein wirksamer Begründungsakt zugrunde liegt, allerdings im umgekehrten Sinn, als das OLG München meint. Wird für einen noch gar nicht wirksamen begründeten Anspruch eine Vormerkung eingetragen, so bedarf es nach der Rechtsprechung des BGH einer erneuten materielle Bewilligung gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB, um den durch Novation nachträglich begründeten Anspruch unter den Schirm der bislang unwirksamen Vormerkung zu stellen. Im Gegensatz dazu führt das Erlöschen eines freien Widerrufsrechts des Schuldners zu keiner Novation des bereits wirksam begründeten Anspruchs. Der Anspruch bleibt vielmehr identisch. Er erstarrt lediglich zur Vormerkungsfähigkeit, weil der Schuldner nunmehr hinreichend gebunden ist. Anders als im Falle einer Novation wäre eine neue Bewilligung zur näheren Bezeichnung des Anspruchs (§ 885 Abs. 2

¹⁷ *Ertl*, Rpfleger 1977, 345, 354 linke Spalte.

¹⁸ RGZ 113, 229.

¹⁹ BayObLG, DNotZ 1958, 409, 413.

²⁰ Vgl. Fn. 15, *Hügel/Holzer*, a. a. O. unter zusätzlicher Berufung auf RGZ 145, 343, 355, das sich aber ebenso wenig mit einem fehlenden oder unzureichend gefestigten Anspruch befasst wie die dort sonst zitierte Rechtsprechung, sondern mit inhaltlicher Unzulässigkeit wegen Verstoßes gegen das Identitätsgebot.

²¹ BGH, DNotZ 2000, 639.

²² Dazu im Einzelnen *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 361 m. w. N.

²³ BGH, DNotZ 2008, 514 m. Anm. *Amann*, DNotZ 2008, 520.

²⁴ BGH, DNotZ 2008, 514, 515.

²⁵ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 885 Rdnr. 68 m. w. N.

²⁶ Vgl. Fn. 7.

BGB) funktionslos. Die bisher unwirksame Vormerkung wird daher ipso jure wirksam, sobald das freie Widerrufsrecht des Schuldners erloschen ist, allerdings nicht ex tunc, sondern nur ex nunc.²⁷ Gegen Zwischenrechte, die vor dem Erlöschen des freien Widerrufsrechts entstanden sind, und gegen ein zwischenzeitlich eröffnetes Insolvenzverfahren schützt sie also nicht.

3. Vormerkungsschutz und Amtslöschung in dem vom OLG München entschiedenen Fall

Wenn das Verkaufsangebot nur gegenüber einem Ergänzungspfleger, dagegen nicht gegenüber der Mutter der minderjährigen Angebotsempfängerin widerrufen werden konnte, war der Vormerkungsschuldner bis zur Bestellung des Ergänzungspflegers trotz des Widerrufsvorbehalts hinreichend gebunden, um den künftigen Übereignungsanspruch der Angebotsempfängerin vorzumerken. Die Bindung des Schuldners war in diesem Falle auflösend bedingt durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers. Durch den späteren Verzicht auf das freie Widerrufsrecht entfiel die auflösende Bedingung und wurde die Bindung des Schuldners bis zum Ablauf der dafür bestimmten Frist endgültig. Falls also der Widerruf nur gegenüber einem Ergänzungspfleger wirksam erklärt werden konnte, bestand im entschiedenen Fall seit dem Zugang des Verkaufsangebots ununterbrochen ein vormerkungsfähiger künftiger Anspruch der Angebotsempfängerin und damit Vormerkungsschutz gegen die erst später eingetragenen Zwangshypotheken.

Konnte dagegen der vorbehaltene Widerruf wirksam gegenüber der Mutter der Angebotsempfängerin erklärt werden, so war die Vormerkung zunächst unwirksam, jedoch ab dem Zugang des Verzichts auf das Widerrufsrecht bei der Angebotsempfängerin zu einer wirksamen erstarkt, im entschiedenen Fall allerdings zu spät, um gegen die zwischenzeitlich eingetragenen Zwangshypotheken noch etwas auszurichten.

Die vom OLG München bestätigte Amtslöschung der Vormerkung war in jeder dieser beiden Alternativen ungerechtfertigt. Das OLG München hat die Rechtsprechung des BGH zur Verwendung einer eingetragenen Vormerkung für einen neuen Anspruch erwähnt, jedoch für den entschiedenen Fall die m. E. nötigen Konsequenzen daraus nicht gezogen.

4. Löschung einer Vormerkung gegen den Nachweis, dass der gesicherte Anspruch erloschen ist

Das OLG Köln stützt sich ganz und gar auf die Rechtsprechung des BGH zum „Aufladen“ einer eingetragenen Vormerkung mit einem neuen oder modifizierten Anspruch. Selbst wenn der gesicherte Anspruch durch den Tod des Gläubigers erloschen sei, bestehe infolge dieser Rechtsprechung die Möglichkeit, dass der Schuldgrund ausgewechselt worden sei und die Vormerkung inzwischen einen Anspruch sichere, der durch den Tod des eingetragenen Berechtigten nicht erlösche.

In der Tat hat der BGH mit Urteil vom 7.12.2007²⁸ eine Erweiterung der Entstehungsgründe des gesicherten Anspruchs unter dem Schirm der bisherigen Vormerkung gestattet, „ohne dass es einer erneuten Eintragung bedürfte“, wenn Gläubiger, Schuldner und Anspruchsziel identisch bleiben und der Eigentümer die Erweiterung formfrei gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB bewilligt, wobei diese Bewilligung nicht einmal

dem Grundbuchamt zugehen muss, sondern bereits wirksam ist, wenn sie dem Vormerkungsberechtigten zugeht.²⁹ Eine solche Erweiterung braucht nicht unbedingt in der Vereinbarung weiterer oder anderer Entstehungsgründe des Anspruchs zu bestehen wie im Fall des BGH. Sie kann auch durch die schlichte Vereinbarung erfolgen, wonach der Tod des Gläubigers nicht mehr zum Erlöschen des im Übrigen unverändert gebliebenen Anspruchs führt. Derartige Vereinbarungen bezeichne ich als Extension des Anspruchs im Gegensatz zur Novation, bei welcher ein bisher unwirksamer oder erloschener Anspruch durch einen inhaltsgleichen neuen Anspruch ersetzt wird.³⁰ Falls ausweislich der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB)³¹ das Erlöschen des gesicherten Anspruchs durch den Tod des Gläubigers vereinbart war, kann eine Extension des Anspruchs in der Weise, dass er nunmehr vererblich ist, aus der Sicht des Grundbuchamts auf verschiedene Weise stattgefunden haben:

a) Am offenkundigsten für das Grundbuchamt und den Rechtsverkehr ist eine solche Extension, wenn die Beteiligten deren Eintragung in das Grundbuch bei der Vormerkung bewirkt haben. Obwohl eine derartige Eintragung laut BGH zur Wirksamkeit der Extension nicht erforderlich ist, gestattet der BGH, diese „gegebenenfalls im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen“.³² Gegen eine Eintragung der Extension des Anspruchs darf infolgedessen das Grundbuchamt kein mangelndes Rechtsschutzbedürfnis monieren.³³ Bei dieser Fallgestaltung ergibt sich bereits aus dem Grundbuch, dass der gesicherte Anspruch über den Tod des Gläubigers hinaus fortbesteht. Die Vormerkung kann nicht berichtigend gelöscht werden.

b) Unterlassen es die Beteiligten, die Extension des Anspruchs in das Grundbuch eintragen zu lassen, weil deren Wirksamkeit nicht von der Eintragung abhängt, so betrachtet es der BGH als zulässig und „angezeigt“, einem Irrtum über die erfolgte Extension vorzubeugen, indem die darüber errichtete Urkunde zu den Grundakten gegeben wird, wie es in dem vom BGH entschiedenen Fall geschehen ist.³⁴ Diese Äußerung des BGH bedeutet umgekehrt, dass das Grundbuchamt verpflichtet ist, die Urkunde über die Extension für den Verbleib in den Grundakten entgegenzunehmen, obwohl die Extension bei diesem Verfahren – anders als in der vorstehend unter a) dargestellten Fallgestaltung – nicht Inhalt des Grundbuchs wird.

Beantragt der Eigentümer bei dieser Fallgestaltung die Löschung der Vormerkung, weil der gesicherte Anspruch durch den Tod des Gläubigers erloschen sei, so ist das Grundbuchamt berechtigt, anhand der Grundakten zu prüfen, ob nicht eine Extension des Anspruchs zu dessen Vererblichkeit geführt hat, und bejahendenfalls den Antrag auf Löschung der Vormerkung von der Bewilligung der Erben und Erbnachweis abhängig zu machen.³⁵ Eine Rechtspflicht des Grundbuchamts, in den Grundakten nach einer Extension des Anspruchs zu forschen, besteht m. E. nicht, denn das Grundbuchamt braucht nur die Umstände zu prüfen, die von der Vermutung

²⁷ *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 201; *Amann*, MittBayNot 2007, 13, 18.

²⁸ BGH, DNotZ 2008, 514 m. Anm. *Amann*, DNotZ 2008, 520.

²⁹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 885 BGB Rdnr. 12 m. w. N.

³⁰ Näher zum Inhalt der beiden Begriffe *Amann*, DNotZ 2008, 522, 523.

³¹ In aller Regel identisch, aber nicht zu verwechseln mit der formfreien materiellrechtlichen Bewilligung gemäß § 885 BGB.

³² BGH, DNotZ 2000, 639, 643.

³³ Vgl. *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 201.

³⁴ BGH, DNotZ 2008, 514, 516 unten.

³⁵ Ebenso *Meikel/Böttcher*, 9. Aufl. 2004, § 22 GBO Rdnr. 90.

des § 891 Abs. 1 BGB umfasst werden, also den Inhalt des Grundbuchs einschließlich der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung.³⁶ Zu einer darüber hinausgehenden Durchsicht der Grundakten ist es nicht verpflichtet. Unterlässt es diese, so gleicht die Situation der nachfolgend unter c) behandelten Fallgestaltung.

c) Nach der Rechtsprechung des BGH genießt die Extension des gesicherten Anspruchs dahingehend, dass er ungeachtet des Todes des Gläubigers fortbesteht, aber auch dann den Schutz der Vormerkung, wenn der Eigentümer sie ausschließlich dem Vormerkungsgläubiger gegenüber gemäß § 885 Abs. 1 BGB bewilligt, ohne darüber im Grundbuch oder in den Grundakten etwas verlauten zu lassen.³⁷ Mit dieser Fallgestaltung hat sich das OLG Köln befasst.³⁸

Das OLG Köln geht dabei zutreffend davon aus, dass das Grundbuchamt nach § 891 BGB den Inhalt des Grundbuchs allen weiteren Eintragungen zugrunde zu legen hat,³⁹ mithin auch einer Löschung. Die in § 891 BGB aufgestellte Vermutung der Richtigkeit gilt sowohl für den Berechtigten als auch für den Inhalt eines eingetragenen Rechts⁴⁰ und für eingetragene Vormerkungen.⁴¹ Daher muss das Grundbuchamt auch bei der Entscheidung über den Antrag auf berichtigende Löschung einer Vormerkung von der Vermutung des § 891 BGB ausgehen. Es kommt also auf die Reichweite dieser Vermutung an.

Das OLG Köln meint, § 891 BGB gelte in der vorliegenden Fallgestaltung für die Löschung der Vormerkung bereits deswegen nicht, weil die Vermutungswirkung nur an das Grundbuch selbst anknüpfe, dagegen nicht an die Grundakten, die unverändert das Erlöschen des Anspruchs beim Tod des Berechtigten verlautbaren. Dahinter verbirgt sich ein Missverständnis: Zum Inhalt des Grundbuchs „selbst“, d. h. zum Inhalt des dort eingetragenen Rechts i. S. d. § 874 BGB, gehört zwar nicht jedweder Bestandteil der Grundakten, wohl aber der Inhalt der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung.⁴² Nur sonstige Bestandteile der Grundakten, wie etwa die gemäß der Rechtsprechung des BGH zu den Grundakten eingereichte Urkunde über die Extension des Anspruchs, genießen – wie in vorstehendem Abschnitt b) dargelegt wurde – keine Richtigkeitsvermutung i. S. d. § 891 BGB.

Außerdem meint das OLG Köln, Einzelheiten des vorgemerkten Anspruchs, insbesondere dessen Erlöschen im Todesfall, seien von der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht mitumfasst. Es stützt sich dabei auf die ganz herrschende Meinung, wonach bei der Eintragung einer Vormerkung der gesicherte Anspruch nur nach Schuldner, Gläubiger und Anspruchsziel gekennzeichnet werden muss, eine Angabe des Schuldgrundes dagegen nur erforderlich ist, wenn die Gefahr einer Verwechslung gleichartiger Ansprüche droht.⁴³

³⁶ Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB umfasst das eingetragene Recht wie es sich aus dem Grundbuch selbst und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) ergibt – vgl. *Palandt/Bassenge*, § 891 Rdnr. 2.

³⁷ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 885 Rdnr. 12 m. w. N.

³⁸ Ebenso *Heggen*, RNotZ 2008, 213, 217.

³⁹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 891 Rdnr. 83 ff. m. w. N.

⁴⁰ Vgl. *Palandt/Bassenge*, § 891 Rdnr. 6.

⁴¹ Die Vormerkung gilt als Recht i. S. d. § 891 BGB, wobei die Vermutung sich aber nicht auf das Bestehen des gesicherten Anspruchs erstreckt – vgl. *Staudinger/Gursky*, § 891 Rdnr. 16.

⁴² Fn. 31.

⁴³ Vgl. z. B. OLG Köln, FGPrax 2005,103; *Staudinger/Gursky*, § 885 Rdnr. 74 m. w. N.

Mit der Feststellung, dass weitergehende Angaben zur Konkretisierung und zum Inhalt des Anspruchs unnötig sind, ist aber nicht gesagt, solche Angaben seien unzulässig oder für den Inhalt des Grundbuchs bedeutungslos. Vor allem der für die grundbuchrechtliche Bewilligung einer Vormerkung geltende § 885 Abs. 2 BGB spricht eine andere Sprache. Danach „kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die (...) Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden“. Darin liegt nicht nur eine Ermächtigung an das Grundbuchamt, den gesicherten Anspruch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung näher zu bezeichnen, sondern auch eine Ermächtigung an die Beteiligten, die näheren Einzelheiten des Anspruchs in die Eintragungsbewilligung aufzunehmen. Das Gesetz zieht der dabei bestehenden Freiheit der Beteiligten keine Grenzen. Solche Grenzen, etwa dahingehend, der Anspruch dürfe nur insoweit konkretisiert werden, als es unbedingt nötig ist, um ihn von anderen Ansprüchen zu unterscheiden, würden nicht nur sinnlose Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschwören, sondern auch gänzlich der bisherigen Praxis widersprechen, die sich bei der Konkretisierung des Anspruchs so gut wie nie auf das für die Eintragung einer Vormerkung unentbehrliche Minimum beschränkt hat.⁴⁴ Aus § 885 Abs. 2 BGB lässt sich beim besten Willen kein Gebot herleiten, die Aussagen des Grundbuchs über die Einzelheiten des gesicherten Anspruchs auf das Minimum zu beschränken, das gerade noch seine Unterscheidung von anderen Ansprüchen ermöglicht. Andernfalls wäre z. B. bei Ansprüchen auf Übereignung einer noch nicht vermessenen Teilfläche nur das unverzichtbare Minimum der von den Beteiligten vorzunehmenden Bezeichnung der Teilfläche Grundbuchinhalt, dagegen nicht weitere die Grenzfindung erleichternde Angaben.

Mit anderen Worten: § 885 Abs. 2 BGB verpflichtet weder das Grundbuchamt noch die Beteiligten, mit Einzelheiten des gesicherten Anspruchs hinter dem Berg zu halten. Nicht zuletzt bestätigt die Entscheidung des BGH zur Extension des gesicherten Anspruchs diesen Standpunkt: Wenn im entschiedenen Fall die in der Eintragungsbewilligung verlautbarten Entstehungsgründe des Rückübereignungsanspruchs nicht Grundbuchinhalt gewesen wären, hätte sich nämlich die Frage überhaupt nicht gestellt, unter welchen Voraussetzungen diese Entstehungsgründe unter dem Schirm der bisherigen Vormerkung erweitert werden können. Denn eine Erweiterung der Entstehungsgründe des gesicherten Anspruchs lässt sich nur dann als inhaltliche Änderung der Vormerkung qualifizieren, wenn bereits die bisher in der Eintragungsbewilligung verlautbarten Entstehungsgründe Inhalt der Vormerkung und damit Inhalt des Grundbuchs i. S. d. § 891 BGB sind. Aus der Freiheit der Beteiligten, die Einzelheiten des vorzumerkenden Anspruchs über das unverzichtbare Minimum hinaus in der Eintragungsbewilligung zu verlautbaren, folgt inzident deren Rechtsmacht zu bestimmen, welche Einzelheiten des gesicherten Anspruchs von der Vermutung des § 891 BGB mitumfasst werden.

In dem vom OLG Köln entschiedenen Fall war eine etwa getroffene Vereinbarung, dass der Rückübereignungsanspruch beim Tod des Gläubigers erlischt, Inhalt der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, somit Inhalt des Grundbuchs

⁴⁴ Der vom OLG Köln (Fn. 43) entschiedene Fall bildet eine extreme Ausnahme, bei der nicht einmal die Mindestanforderungen der Konkretisierung des Anspruchs erfüllt waren. In der Praxis ist es ganz unüblich, dem Grundbuchamt die Urkunde, welche die Einzelheiten des Anspruchs enthält, vorzuenthalten und lediglich eine Eintragungsbewilligung vorzulegen, die sich auf die Mindestanforderungen zur Konkretisierung des Anspruchs beschränkt.

und infolgedessen Inhalt der Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB. Dies lassen *Heggen*⁴⁵, *Schöner/Stöber*⁴⁶ und *Streuer*⁴⁷, auf die sich das OLG beruft, unberücksichtigt. Das Grundbuchamt hatte daher bei der Entscheidung über den Löschungsantrag davon auszugehen, dass der gesicherte Anspruch mit dem Tod des Gläubigers erloschen ist, die Eintragung der Vormerkung infolgedessen unrichtig geworden ist. Nur wenn es positive Kenntnis von einer späteren Bewilligung des Eigentümers gehabt hätte, wonach die eingetragene Vormerkung einen nunmehr vererblichen Anspruch sichert, hätte es sich über die Vermutung des § 891 BGB hinwegsetzen müssen⁴⁸ und eine Löschungsbewilligung der Erben samt Erbnachweis verlangen dürfen. Der Umstand, dass eine „Aufladung“ der Vormerkung mit einem nunmehr vererblichen Anspruch ohne Verlautbarung im Grundbuch oder in den Grundakten stattgefunden haben kann, rechtfertigt ebenso wenig eine Beanstandung des Berichtigungsantrags wie bloße Vermutungen oder Zweifel des Grundbuchamts, ob dies tatsächlich geschehen ist.⁴⁹

Falls auf der Grundlage des § 891 BGB im Einzelfall tatsächlich eine Vormerkung wegen Versterbens des Berechtigten

gelöscht wird, obwohl sie inzwischen einen vererblichen Anspruch sichert, so haben die Beteiligten dies ihren eigenen freien Entscheidungen zuzuschreiben: Zum einen ihrer Entscheidung, über die grundbuchrechtlichen Minimalanforderungen hinaus das Erlöschen des Anspruchs beim Tod des Gläubigers in den Inhalt der Eintragungsbewilligung aufzunehmen, zum anderen ihrer Entscheidung, die später vereinbarte und bewilligte Vererblichkeit des Anspruchs nicht im Grundbuch zu verlautbaren. Hätten die Beteiligten eine dieser Entscheidungen anders getroffen, so wäre es nicht zur Löschung gekommen. Deshalb sind ihnen die Folgen ihres Vorgehens zumutbar und kein Anlass, bewährte Grundsätze des Grundbuchverfahrens aufzugeben. Es verhält sich im Übrigen nicht anders als bei einem Recht i. S. d. § 23 GBO, das die Beteiligten nach § 23 Abs. 2 GBO mit Löschungserleichterung versehen haben. Obwohl vererbliche Rückstände zum Inhalt des Rechts gehören, wird es ungeachtet seines materiellrechtlichen Fortbestands kraft der Löschungserleichterung gelöscht und damit das Grundbuch unrichtig. Die Beteiligten haben dies hinzunehmen, weil sie selbst sich für die Löschungserleichterung entschieden haben.

⁴⁵ Fn. 38.

⁴⁶ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 1543 bei Fn. 299.

⁴⁷ *Streuer*, Rpfleger 2000, 155/156.

⁴⁸ Allg. Ans. vgl. BayObLG, DNotZ 1990, 739; *Palandt/Bassenge*, § 891 Rdnr. 10; *Staudinger/Gursky*, § 891 Rdnr. 84 jeweils m. w. N.

⁴⁹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 891 Rdnr. 86 m. w. N., der trotz zahlreicher Gegenstimmen mit Recht eine Zwischenverfügung ablehnt, die auf die Behebung von Zweifeln des Grundbuchamts gerichtet ist.

5. Ausblick

Es überrascht nicht, dass die Rechtsprechung des BGH zum Aufladen von Vormerkungen zunächst schwer erkennbare Fernwirkungen erzeugt und dazu zwingt, die während eines Jahrhunderts entwickelte Dogmatik der Vormerkung in verschiedenen Bereichen neu zu justieren. Die Beschlüsse des OLG München und des OLG Köln sind dieser Aufgabe noch nicht gerecht geworden. Daher ist es zu begrüßen, dass das OLG Köln die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen hat.

TAGUNGSBERICHT

Aktuelle Probleme zum Grundstücksrecht

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 19.5.2010

Von *Tilman Kunze*, München

Die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München beschäftigte sich anlässlich ihrer Tagung am 19.5.2010 mit aktuellen Fragestellungen zum Grundstücksrecht.

Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, Direktor der Forschungsstelle, begrüßte die Zuhörerschaft, die sich aus rund 150 Notaren, Richtern, Rechtsanwälten und Mitgliedern der juristischen Fakultät zusammensetzte.

Der erste Vortrag der Tagung von Notar Professor Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen, beschäftigte sich mit dem Thema „Einheimischenmodelle ohne Einheimische – Gestaltungsprobleme bei Baulandausweisungen und Bauplatzveräußerungen“. *Grziwotz* widmete sich zunächst dem Problemkreis der Baulandausweisung und der Kostenbeteiligung. Hierzu ging er jeweils unter Berücksichtigung aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung auf die Frage der Planungs- bzw. Nichtplanungsverpflichtung samt etwaigen Schadensersatzes sowie der Kostentragung hinsichtlich des Aufstellungsverfahrens und der Vollstreckungsunterwerfung ein. *Grziwotz* behandelte die Kosten des naturschutzrechtlichen Ausgleichs, Folgekosten, Erschließungskosten und vertragliche Vereinbarungen, Planungsabschöpfungsmodelle sowie Abwägungsprobleme und vereinbartes Nachbarrecht.

Zum zweiten Problemkreis seines Vortrags, den Bauplatzveräußerungen mit Bindungen, brachte *Grziwotz* den Zuhörern anhand höchstrichterlicher Rechtsprechung die Planbindung mit Hinweispflichten und Nachfrage, die Vergaberichtlinien, Bindungen wie Wiederkaufsrecht und Weiterveräußerung im Einheimischenmodell sowie die Gewerbeansiedlungsverträge wie das sog. Einheimischenmodell für Gewerbetreibende näher.

Gegenstand des von Notar *Konrad Lautner* gehaltenen zweiten Vortrags war „Die GbR im Grundstücksrecht nach dem ERVGBG“. *Lautner* gab zunächst einen Überblick zur Rechtslage bis zum Inkrafttreten der Neuerung sowie über den Inhalt der gesetzlichen Neuregelung und die Schwächen des § 899 a BGB. Anschließend widmete er sich Verfügungen über Grundstücke oder dingliche Rechte durch eine im Grundbuch als Berechtigte eingetragene GbR unter Berücksichtigung der Reichweite des öffentlichen Glaubens nach § 899 a BGB. Hierzu ging er auf die verfahrensrechtliche Bedeutung von § 899 a BGB ein und besprach den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 892 f., 899 a Satz 2 BGB. *Lautner* erläuterte sodann die Behandlung von Änderungen im Gesellschafterbestand einer eingetragenen GbR.

Schließlich wandte er sich der Neueintragung einer GbR im Grundbuch und dem Erwerb von Grundstückseigentum und dinglichen Rechten durch eine GbR zu und ging dabei auf die Bezeichnung der GbR im Grundbuch, die Folgen für den Inhalt von Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag, die Folgen für die Bezeichnung der GbR in der Auflassung und letztlich auf die erforderlichen Nachweise im Grundbuchverfahren bei einer erwerbenden GbR ein und gab einige Hinweise für die notarielle Praxis. Die verfahrensrechtliche sowie die materiellrechtliche Behandlung von Alteintragungen bildeten den Abschluss des Vortrags von *Lautner*.

Den dritten und letzten Vortrag der Tagung hielt der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Johannes Hager*, zum Thema „Die Wiederaufladung der Vormerkung“. Zur Einleitung stellte *Hager* der Zuhörerschaft drei Fallkonstellationen vor, welche die Problematik veranschaulichten. Bezüglich der Fragen zu Bewilligung und Eintragung erläuterte er den Unterschied zwischen § 879 Abs. 2 BGB und § 892 Abs. 2 BGB und erklärte die Funktion des § 873 Abs. 2 BGB anhand zweier weiterer Fälle. *Hager* ging auf die erneute Verwendung der Vormerkung, die nachträgliche Bewilligung sowie den Bezug zwischen Bewilligung und Eintragung ein.

Bezüglich der Funktion des Anspruchs behandelte *Hager* die Pflicht zur Übereignung und hierzu die Rolle der Gegenleistung sowie die Erweiterung der Leistungspflicht. Zum Punkt Fälligkeit und Begründetheit des Anspruchs besprach er neben bedingten und künftigen Ansprüchen das Entstehen des Anspruchs. Mit der Abänderung der Gegenleistung, der Erweiterung der Pflicht sowie der sog. Novation stellte *Hager* mögliche Modifizierungen des Anspruchs vor.

Schließlich erläuterte er die beschränkte Wirkung der Wiederaufladung einer Vormerkung und ging hierzu auf die Verwendung der Eintragung, den Umfang der Bewilligung und den redlichen Zweiterwerb ein.

Die Vorträge der Referenten stießen bei den Teilnehmern auf große Resonanz und veranlassten weite Teile der Zuhörerschaft zu einer angeregten Diskussion. Der Empfang zum Ausklang der Tagung bot schließlich den Juristen unterschiedlicher Profession die Gelegenheit, die Fachgespräche fortzuführen und Kontakte auf fachlicher wie persönlicher Ebene zu vertiefen. Die Vorträge der drei Referenten werden in Kürze in einem Tagungsband in den Schriften zum Notarrecht im Nomos Verlag erscheinen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Timme (Hrsg.): Wohnungseigentumsgesetz. Beck, 2010. 1 160 S., 98 €

Die letzte große Reform des WEG erfolgte 2007. Neben ungezählter Literatur zu den damit verbundenen Rechtsänderungen gibt es inzwischen etliche Gerichtsentscheidungen zur neuen Rechtslage. Die Konturen der künftigen Rechtsentwicklung werden immer deutlicher. In dieser Situation hat sich der Beck-Verlag entschieden, einen neuen Kommentar zum WEG zu starten. Er erscheint in der Reihe Beck'sche Onlinekommentare (BeckOK) und tritt in Konkurrenz zu den im eigenen Verlag bereits zahlreich vorhandenen eigenständigen WEG-Kommentaren von *Bärmann*, *Bärmann/Pick*, *Weitnauer* und *Sauren* sowie den Kommentierungen des WEG in den BGB-Kommentaren.

Im Gegensatz zu den etablierten Werken ist der neue Kommentar konsequent auf die Erfordernisse einer elektronischen Nutzung ausgerichtet. Er ist Bestandteil der Beck-Online Fachmodule „Notarrecht plus“ und „Miet- und WEG-Recht premium“ und wird fortlaufend online aktualisiert. Gleichzeitig erscheint er in der hier zu besprechenden Druckversion mit Stand 15.2.2010.

Die Kommentierungen enthalten durchgängig den gleichen systematischen Aufbau: Zunächst eine kurze „Überblicksebene“ mit Verweisungen auf weiterführende Randnummern, dann ein Inhaltsverzeichnis der jeweiligen Kommentierung und anschließend eine „Standardebene“ mit ausführlichen Erläuterungen. Gelegentlich eröffnet eine weitere „Detailebene“ den Zugang zu Durchführungs-Verordnungen, Landesrecht oder Checklisten. Die volle Funktionalität dieser Ebene erschließt sich aber nur in der Online-Version, wo ihr weiterführender Inhalt nur nach Mausclick eingeblendet wird. In der Druckversion ist die Detailebene in den Text der Standardebene eingebettet (z. B. § 7 Rdnr. 71.1, § 15 Rdnr. 87.1 ff.).

Das Werk ist von Praktikern für Praktiker geschrieben. Dabei überwiegen richterliche Autoren. Notare sind mit den Kollegen *Kessler*, *Munzig* und *Steinmeyer* vertreten. Auch zwei Rechtsanwältinnen und ein Rechtspfleger sind beteiligt. Diese Ausrichtung spiegelt sich auch im Inhalt der Kommentierungen wider. Rechtsprechung wird aktuell und überwiegend mit leicht auffindbaren Fundstellen, vor allem aus Beck'schen Praktikerzeitschriften, zitiert. Zu Streitfragen werden stets Lösungen für die Praxis vorgeschlagen. Übersichtliche Darstellungen der Rechtsprechungskasuistik (z. B. zur Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum in § 5 Rdnr. 34 ff. und zu Gebrauchsregelungen in § 15 Rdnr. 87 ff.) runden dieses Bild ab.

Aus der Fülle interessanter Ausführungen sollen an dieser Stelle nur einige für den Notar besonders wichtige Beispiele genannt werden: Besonders hervorzuheben sind die Darstellungen von *Kral* zur Aufteilung in Wohnungseigentum und deren nachträglicher Veränderung. Wie bereits in dem von ihm verfassten Sonderbereich Wohnungseigentum im BeckOK-GBO verwendet er auch hier die eingängige Gliederung in Materielles Recht, Eintragungsvoraussetzungen, Vollzug der Eintragung und Grundbuchkosten (z. B. § 7 Rdnr. 104 ff., § 8 Rdnr. 54 ff., § 9 Rdnr. 3 ff.). Dies bietet auch dem nur wenig mit WEG-Fragen befassten Anwender eine hervorragende Checkliste für Urkundsvorbereitung und erforderliche Vollzugsmaßnahmen. Notare erhalten außerdem Hinweise auf Muster im Beck'schen Formularbuch WEG. Rechtspfle-

ger finden Formulierungsvorschläge für die vorzunehmenden Grundbucheintragungen. Schade ist allerdings, dass in § 7 Rdnr. 102 für einige ebenfalls praxiswichtige Veränderungen (z. B. Erwerb und Veräußerung von Teilflächen bei Wohnungseigentum, Veräußerung von isolierten Miteigentumsanteilen oder Sondereigentumsräumen) nur auf die (sehr gute) Darstellung von *Kral* im BeckOK-GBO verwiesen wird. Dieser Kommentar ist zwar ebenfalls Bestandteil des Moduls Notarrecht plus, so dass dessen Bezieher schnell auf diese Fundstellen zugreifen können. Für die Erwerber der Druckversion stellt es jedoch ein Ärgernis dar, in einem speziellen WEG-Kommentar keine abgerundete Darstellung aller wichtigen Rechtsfragen des Wohnungseigentums zu finden. Ein Verweis auf die Kurzdarstellung von *Kessler* in § 3 Rdnr. 95 zur Verschiebung von Miteigentumsanteilen hätte dieses Manko zumindest verringert.

Interessant ist der Vergleich mehrerer Ausführungen zum gleichen Thema: Während z. B. *Kral* in § 7 Rdnr. 79 nur kurz die absolut herrschende Ansicht referiert, wonach die Berechtigten von Gesamtbelastungen einer Aufteilung nicht zustimmen müssen, vertritt *Kessler* in § 3 Rdnr. 30 das Gegenteil. Im Hinblick auf die mit der WEG-Reform eingeführte Rangklassenprivilegierung des Wohngeldanspruchs in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sei künftig stets auch die Zustimmung Gesamtberechtigter einzuholen (ebenso *Kessler*, NJW 2010, 2317 = NJOZ 2010, 1466). Es bleibt abzuwarten, ob diese bislang nur von *Kessler* vertretene Ansicht ein nennenswertes Echo in der Rechtsprechung finden wird.

Auch in anderen Bereichen finden sich doppelte Ausführungen, z. B. zu Mängeln bei der Begründung von Wohnungseigentum (§ 3 Rdnr. 62 ff., § 7 Rdnr. 89 ff.) und zu Änderungen des Wohnungseigentums (§ 3 Rdnr. 93 ff., § 7 Rdnr. 102 ff.). Querverweise fehlen, auch im Stichwortverzeichnis. Für spätere Auflagen wäre hier eine zusammenfassende Darstellung in einer Kommentierung sinnvoll.

Übersichtlich und fundiert ist auch die Darstellung von *Hogenschurz* zu § 12 WEG, insbesondere zum Vorliegen eines Veräußerungsfalls und den wichtigen Versagungsgründen. Hier wird der Praktiker schnell fündig. Für die notarielle Praxis interessant ist seine Ansicht, dass ein Beschluss zur Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung nur bei den Einheiten zu vollziehen sei, deren Eigentümer die Eintragung tatsächlich beantragten (§ 12 Rdnr. 69). Um eine einheitliche Eintragung an allen Einheiten zu erlangen, schlägt er vor, den Verwalter mit dem Aufhebungsbeschluss zur Löschung an allen Einheiten zu bevollmächtigen. Dies setzt allerdings die Mitwirkung aller Eigentümer bei der Vollmachtserteilung voraus, was nicht nur bei großen Wohnanlagen schwierig sein dürfte. Andere (z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2906) lassen hier bereits den Antrag eines Eigentümers für eine Löschung an allen Einheiten genügen.

Ein Beispiel für den Aktualitätsvorteil der Online-Version gegenüber der Druckversion bilden die Ausführungen von *Dötsch* zum Erwerb eigener Einheiten durch die Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Rdnr. 431 ff.). Entgegen der herrschenden Meinung lehnt *Dötsch* diesen Erwerb ab. Während er in der Druckversion noch ausführt, dass die weitere Entwicklung abzuwarten bleibe, stellt er in der Online-Version bereits fest, dass die Anerkennung des Selbsterwerbs in der Praxis wohl schon so weit fortgeschritten sei, dass kaum mit einem Rückzug zu rechnen sei.

Zusammenfassend lässt sich Folgendes feststellen: Der BeckOK-WEG ist ein weiterer Grund, das Beck-Online Modul Notarrecht plus zu abonnieren. Wer lieber in Papier blättert, ist mit der Druckversion angesichts der fundierten und

übersichtlichen Darstellung ebenfalls sehr gut bedient. Er verschonkt aber die Aktualitäts- und Bedienvorteile des Online-Kommentars.

Notar Dr. *Christian Auktor*, Fürth

Münch: Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich. Beck, 2010. 235 S., 29,50 € + CD-ROM

Das am 1.9.2009 in Kraft getretene VersAusglG hat im Zusammenhang mit einer umfangreichen Reform weiterer familienrechtlicher Regelungen den Versorgungsausgleich neu geregelt und ist an die Stelle der bisherigen §§ 1587 bis 1587 p BGB, des VAHRG und der BarwertVO getreten (§ 1587 BGB). Die grundlegend neuen Bestimmungen zur internen und externen Teilung von Anrechten (Anwartschaften auf Versorgungsleistungen und laufende Versorgungsleistungen) haben erheblichen Einfluss auf die notarielle Vertragsgestaltung. Um es vorwegzunehmen: Das hier vorzustellende Buch von *Münch* ist die derzeit wohl umfassendste und beste Darstellung zu allen Fragen, mit denen der im Familienrecht tätige Praktiker – insbesondere der Notar – im Zusammenhang mit dem Versorgungsausgleich befasst wird. *Münch* gibt zunächst eine Übersicht über die neue Terminologie und die Grundzüge des reformierten Systems des Versorgungsausgleichs (Rdnr. 6 ff.). Vertragliche Formulierungen müssen an die neuen Begriffe angepasst werden, viele bisherigen Regelungen und Formulierungen sind obsolet geworden (Rdnr. 86). Auch wenn im neuen Recht nunmehr auch bestimmte auf Kapitalzahlung gerichtete Anrechte (aus betrieblicher Altersversorgung und dem Altersvorsorgeverträge-ZertifizierungsG) stets in den Versorgungsausgleich einbezogen sind, ist bei der Vereinbarung von Gütertrennung oder Ausschluss des Zugewinnausgleichs bei Ehescheidung Vorsicht geboten, wenn Lebensversicherungen mit Kapital- oder Rentenwahlrecht bestehen, da der Gesetzgeber mit dem Doppelverwertungsverbot in § 2 Abs. 4 VersAusglG nicht geregelt hat, zu welchem Zeitpunkt (Rechthängigkeit oder Entscheidung) ein Recht auf eine Rente gerichtet sein muss. Da nach der Rechtsprechung (BGH, DNotZ 2003, 542 = MittBayNot 2003, 299) die Ausübung eines Kapitalwahlrechts auch nach Rechthängigkeit des Scheidungsantrags dazu führt, dass die Lebensversicherung güterrechtlich qualifiziert wird, kann diese beim Versorgungsausgleich nicht mehr berücksichtigt werden. Ob die hierfür gegebene Begründung nach neuem Recht noch tragfähig ist, kann zu Recht bezweifelt werden (Rdnr. 18; ebenso *Brüggen*, MittBayNot 2009, 337, 341). Bis zu einer Klärung ist in entsprechenden Fällen daher eine ausdrückliche vertragliche Regelung sinnvoll und geboten.

Nachdem der Gesetzgeber im Gegensatz zu der bisherigen knappen Regelung in § 1408 Abs. 2 Satz 1 BGB Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich in §§ 6 bis 8 VersAusglG ausführlich behandelt und diese nunmehr grundsätzlich erwünscht sind (*Hahne*, FamRZ 2009, 2041), wird der Notar in Zukunft bei vorsorgenden Eheverträgen oder Scheidungsvereinbarungen wohl mehr Augenmerk auf die Fragen des Versorgungsausgleichs legen müssen. Grenzen ergeben sich zunächst aus der Rechtsprechung zur Inhalts- und Ausübungskontrolle (§ 8 Abs. 1 VersAusglG), die *Münch* ausführlich behandelt (Rdnr. 102 ff.). Nachdem der Versorgungsausgleich im Rahmen der Kernbereichslehre des BGH nach dem Kindesunterhalt (neben dem Krankheits- und Altersunterhalt) auf

zweiter Stufe steht, kommt es bei allen vertraglichen Regelungen zum Versorgungsausgleich maßgeblich darauf an, ob sie die ehebedingten Nachteile des hierdurch benachteiligten Ehepartners ausgleichen. Ist dies der Fall, dürfte die Vereinbarung der Wirksamkeitskontrolle standhalten (Rdnr. 108). Ein kompensationsloser Ausschluss ist dagegen in aller Regel nichtig und kann zur Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages führen (BGH, DNotZ 2009, 62; ZNotP 2009, 271). *Münch* rät (gerade bei vorsorgenden Eheverträgen) in diesem Zusammenhang zu einer Präambel (Muster Rdnr. 119) und warnt zu Recht davor, salvatorische Klauseln unbedacht zu verwenden (Rdnr. 121). Die Regelungsmöglichkeiten zum Versorgungsausgleich sind nach der Neuregelung vielfältiger geworden. Das frühere Verbot des „Supersplittings“ ist zwar weggefallen, aber auch nach der Neuregelung (§ 8 Abs. 2 VersAusglG) dürfen durch Vereinbarung Anrechte nur begründet oder übertragen werden, wenn die maßgeblichen Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen. Auch vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich des Ehezeitendes sind (entgegen *Brüggen*, MittBayNot 2009, 337, 341) problematisch. Sicherer ist es daher davon Abstand zu nehmen und nur bestimmte Ehezeiten vom Versorgungsausgleich auszunehmen (Rdnr. 146).

Münch stellt auf über 80 Seiten zahlreiche praktische Fälle möglicher Vereinbarungen mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen dar, mit deren Hilfe sich wohl die meisten Situationen der notariellen Gestaltungspraxis in den Griff bekommen lassen. Möglich sind insbesondere (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG) der ganze oder teilweise Ausschluss des Ausgleichs. Beim nur einseitigen Ausschluss ist es wichtig zu wissen, dass das neue Recht keine Gesamt-Ausgleichsbilanz mehr kennt und daher auf den korrespondierenden Ausgleichswert nach § 47 VersAusglG angeknüpft (Rdnr. 162 ff.) oder mit einem Rücktrittsrecht gearbeitet werden sollte (Rdnr. 165). Weitere Formulierungsvorschläge finden sich zum Ausschluss bestimmter Ehezeiten (Rdnr. 171 ff.), einzelner Anrechte (Rdnr. 175 ff.), zum Ausschluss verbunden mit Gegenleistungen (Rdnr. 181 ff.) oder Bedingungen und Rücktrittsrechten (Rdnr. 195 ff.).

Neben Begrenzungsvereinbarungen (Rdnr. 200 ff., z. B. Verringerung der Ausgleichsquote, Mindest- und Höchstausgleich) sind auch Vereinbarungen zur Ausgestaltung gesetzlicher Wertungen möglich, z. B. bei kurzer Ehedauer. Hier sollte – was von *Münch* nicht näher diskutiert wird – überlegt werden, ob nicht (wenn keine konkreten Gründe im Einzelfall entgegenstehen) ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei einer Ehe unter drei Jahren vereinbart werden sollte, um den sonst möglichen Antrag nach § 3 Abs. 3 VersAusglG zu verhindern. Größere Bedeutung werden auch Verrechnungsvereinbarungen zur Vermeidung einer Zersplitterung von Anrechten erhalten, da eine Verrechnung nach § 10 Abs. 2 VersAusglG nur bei Anrechten gleicher Art beim selben Versorgungsträger vorgesehen ist. Dies kann z. B. bei Ehen von Landes- oder Kommunalbeamten (bei denen derzeit eine interne Teilung nicht vorgesehen ist) zur Folge haben, dass

gegenseitig Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung begründet werden, was den Wünschen der Beteiligten in der Regel nicht entspricht. Daher empfiehlt sich hier nur den nach Verrechnung der Anrechte verbleibenden Differenzbetrag auszugleichen (Rdnr. 231 ff.). Eine Zustimmung der Versorgungsträger ist nach zutreffender Ansicht von *Münch* hierzu nicht nötig.

Regelungen zum Versorgungsausgleich stehen gerade bei Scheidungsvereinbarungen im Kontext mit einer gesamten Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VersAusglG). Möglich ist hierbei insbesondere die Verrechnung mit Ansprüchen auf Zugewinnausgleich (Rdnr. 235 ff.). Bei Ehen mit großem Altersunterschied oder zu erwartender früherer Verrentung/Pensionierung (z. B. Soldat) sind der Wegfall des Rentner-/Pensionärsprivilegs (Rdnr. 244) und die (nunmehr begrenzte) Möglichkeit der Anpassung wegen Unterhalts nach § 33 VersAusglG (Rdnr. 245, 70 ff.) zu beachten. Eine Vereinbarung zum Versorgungsausgleich sollte auch im-

mer die Möglichkeit einer Anpassung nach § 227 FamFG im Auge haben. Ist die Vereinbarung im Wege gegenseitigen Nachgebens ausgehandelt, muss die Anpassungsmöglichkeit vertraglich ausgeschlossen werden (Rdnr. 246).

Die vorstehend ausgewählten Beispiele zeigen, wie wichtig die Bedeutung des Versorgungsausgleichs und der Regelungsmöglichkeiten hierzu in der notariellen Praxis geworden sind. Das Werk von *Münch* ist hier ein wertvoller Ratgeber und kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Umfassend und praxisnah werden alle Fragen, die sich dem Notar oder dem familienrechtlich tätigen Anwalt in der täglichen Arbeit stellen, behandelt. Die zahlreichen (46) Formulierungsvorschläge sind über die mitgelieferte CD-ROM unproblematisch in die eigene Textverarbeitung zu übernehmen und sparen auf diese Weise zusätzlichen Zeitaufwand.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

Wegmann: Ehegattentestament und Erbvertrag. 4. Aufl., Beck, 2010. 196 S., 28 € + CD-ROM

Das verdienstvolle Büchlein des Ingolstädter Kollegen *Wegmann* stammt mit seinen Anfängen noch aus einer Zeit, als es außer dem Münchener Vertragshandbuch und dem Kersten/Bühling praktisch keine notarrelevante Kautelarliteratur einschließlich Musterformulierungen gab, zumal erbrechtliche Lohn der Pionierarbeit ist die nunmehr vierte Auflage, die ihren Platz im umfangreicher und unübersichtlicher gewordenen Schrifttum zu Recht behält. Ob dies zudem an den Absatzzahlen bei „interessierten Ehepartnern“ liegt, für die das Werk auch geschrieben sein will, möchte ich bezweifeln. Wenn überhaupt, ist es nur für diejenigen bekannten Berufsgruppen unter den potenziellen Klienten „verständlich“, denen man wiederum von vornherein lieber nichts an die Hand geben möchte, weil sie dann alles besser wissen.

Um damit zugleich auch das einzige fühlbare Manko vorwegzunehmen: Das Arbeiten mit dem Buch fällt schwer. Irgendwie will man sich nicht recht auskennen, was natürlich auch persönliches Pech des Rezensenten sein kann. Schriftarten und Absatzformatierungen sind wild gestreut bzw. praktisch nicht vorhanden. Die Gliederungsebenen erschließen sich erst bei mehrmaligem Einarbeiten an verschiedenen Stellen und wirken willkürlich; das Stichwortverzeichnis ist wenig hilfreich. Wenn man am Umfang sparen möchte, könnte man dies künftig dadurch tun, dass man nicht zunächst unverbunden die Muster abdruckt und danach den kompletten Erklärungsteil unter Wiederholung der Muster (!). Dann würden geschätzt 25% an Text wegfallen, man könnte seine Finger oder sonstige Einmerker weglassen und billiger würde das Ganze vermutlich auch. Der Preis ist nämlich schon jetzt für ein Taschenbuch ziemlich hoch.

Inhaltlich ist das Buch indes überzeugend geschrieben. Mir fallen auch spontan keine Konkurrenzwerke ein, auch nicht aus dem Bereich umfassenderer Mustersammlungen, die sich speziell so viele Gedanken über die – scheinbar – normalen Testierkonstellationen bei Ehegatten und Verpartnerten machen. Das Werk enthält drei Grundmuster (trotz des missverständlichen Titels geht es nur um Erbverträge mit und unter Ehegatten und Verpartnerten): Ein gemeinschaftliches

Testament von Ehegatten mit Vermögen, das sie gemeinschaftlich erwirtschaftet haben, einen Erbvertrag mit Pflichtteilsverzicht von Ehegatten mit bedeutenden Vermögensbestandteilen, die nicht gemeinsam erwirtschaftet wurden (mit den Auswirkungen des Gesellschaftsrechts) und ein Einzeltestament. Varianten erfassen diverse Situationen mit einseitigen Kindern und die Nießbrauchslösung.

Besonders gut gefällt und pars pro toto herausgehoben sei dabei die Lösung des Autors zu dem Problem, wie der Überlebende zwar möglichst frei sein soll, gleichwohl eine erbrechtliche Bindung hinsichtlich wichtiger Vermögensgegenstände des Erblassers (z. B. Grundbesitz) zugunsten der Abkömmlinge geschaffen werden kann. Vorgeschlagen wird ein auf den Tod des Überlebenden betagtes Vermächtnis des Erstversterbenden mit Auswahlrecht nach § 2151 BGB. Damit wird im Ergebnis eine befreite gegenständlich beschränkte Vor- und Nacherbschaft erzeugt. Dieses Modell sollte in der Praxis und in der Kautelarliteratur weitere Verbreitung finden. Allerdings fehlt der Hinweis, dass dieses Auswahlrecht nach herrschender Meinung nur einmal ausgeübt werden kann. Es ist auch noch nicht 100%ig sicher, inwieweit solche Vermächtnisse zur Dämpfung der Pflichtteile einseitiger Kinder eingesetzt werden können. Perfektioniert werden könnte das betreffende Muster noch mit dem Fall, dass alle Abkömmlinge nach dem Tod des Ersten ihre Pflichtteilsansprüche geltend machen (Wegfall der Bindung des Überlebenden?) und dass der Überlebende zur Übergabe an Abkömmlinge, gegebenenfalls Zug um Zug mit Abfindungsleistungen für die Weichenden (als Untervermächtnis) berechtigt sein sollte. Zu bedenken ist auch, dass sich manchmal der Überlebende Verfügungen rechtlich objektiv nicht entziehen kann, dann sollte diesbezüglich der Erlös (mit/ohne Zinsen/Wertsicherung?) ersatzweise vermacht sein. Die Vormerkung für die Abkömmlinge nach dem Tod des Vermächtnisgebers sehe ich kritisch, da sie einem Nacherbenvermerk gleichkommt, wenn nicht noch einschränkender ist – die Verpflichtung zum Rangrücktritt in bestimmten Fällen ist streitanfällig und wird dem Überlebenden daher nicht viel helfen.

Spezielle Konstellationen im Übrigen sind nur knapp bzw. nicht angesprochen, wie etwa Eheleute mit behinderten oder überschuldeten Abkömmlingen. Hierfür gibt es allerdings andernorts reichlich literarische Unterstützung, zumal es die

Laienzielgruppe noch mehr überfordern dürfte. Für den Fachmann wendet *Wegmann* zu Recht die klassische kombinierte Vor-/Nacherbvariante mit Testamentvollstreckung und Vollstreckungsanweisungen an. Ob weiters eine Verfügung „zugunsten von Haustieren“ (vom Autor treffend als „Zamperltestament“ bezeichnet) noch werk- und themenimmanent ist, sei dem geschätzten Leser überlassen.

Dargestellt ist jeweils, wie die betreffende letztwillige Verfügung durch lebzeitige Maßnahmen, einschließlich Lebensversicherungen, ergänzt oder ersetzt werden kann oder muss. Die Neuauflage trägt neben den gesetzlichen Änderungen zum Jahreswechsel 2010 auch die wichtigsten Urteile und ihre Konsequenzen für die Gestaltungspraxis nach. Die Passagen zum Erbrecht nichtehelicher Kinder berücksichtigen allerdings noch nicht die aktuelle Rechtsprechung des EGMR und die hierauf – mit Rückwirkung – zu erwartende Gesetzesänderung. Steuerrechtliche Hinweise fehlen ebenso wenig wie Formulierungsvorschläge für die Rechtswahl binationaler Ehegatten und Schiedsgerichtsordnungen in Verfügungen von Todes wegen. Gefällig ist auch ein kurzer Abschnitt über

die Kosten, wobei hier ehrlich mit Zahlenbeispielen gegen die anwaltliche Mitwirkungsnotwendigkeit plädiert wird. Eine kostenrechtliche Falle lauert allerdings im zweiten Grundfall, § 8: Der im dortigen Erbvertrag integrierte Pflichtteilsverzicht ist gegenstandsverschieden und wirkt sich im Beispiel extrem werterhöhend aus. Führt man sich die erwähnte Laienzielgruppe vor Augen, dürften dem Autor einige unangenehme Telefonate drohen. Im Übrigen ist es daher wohl eine Geschmackfrage, ob man einen Pflichtteilsverzicht als „lebzeitigen Vertrag“ in einen Erbvertrag als letztwillige Verfügung integriert – die Möglichkeit der (kostenfreien) Rücknahme aus der notariellen Verwahrung ist damit jedoch verbaut!

Das Buch ist für erfahrene Standesangehörige sicher kein „Muss“, aber eine gute Gelegenheit, seine eigene Muster-sammlung einem Abgleich zu unterziehen. Hierfür kann es uneingeschränkt als Ideengeber empfohlen werden, zumal mit der beigefügten CD-ROM. Vor allem kann es dem Nachwuchs im Assessorat zum Mit- und Eindenken neben dem Kursmaterial ans Herz gelegt werden.

Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Schlitt/Müller (Hrsg.): Handbuch Pflichtteilsrecht. Beck, 2010. 864 S., 108 €

Das neu erschienene „Handbuch Pflichtteilsrecht“ schließt zumindest im breit gefächerten Sortiment des Beck-Verlages eine Lücke und tritt damit in Konkurrenz zu bereits vorhandenen Werken, die sich ausschließlich mit dem Thema Pflichtteilsrecht beschäftigen. Von der Praxisrelevanz des Pflichtteilsrechts muss man im Notariat sicherlich keinen überzeugen und die jüngste Reform des Erbrechts zum 1.1.2010, die im Werk bereits berücksichtigt ist, hat die Bedeutung des nur marginal veränderten Pflichtteilsrechts ebenfalls unterstrichen.

Das Buch wendet sich an Anwälte und Notare mit dem Ziel zum einen Kenntnisse rund um die Ermittlung und Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen zu vermitteln, zum anderen pflichtteilsrelevante Gestaltungen im Rahmen der Vermögensnachfolge vorzustellen. Nicht nur im Herausgeber-, sondern auch im Autorenkreis findet sich eine stattliche Anzahl von – z. T. DNotI-erprobten – Kolleginnen und Kollegen.

In den ersten Abschnitten werden – mit primär anwaltlicher Ausrichtung – grundsätzliche Erläuterungen zu den Pflichtteilsvoraussetzungen, zum Auskunfts- und Wertermittelungsanspruch sowie zu der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs und der Nachlassbewertung vorgenommen. Auch wenn der vertragsgestaltende Jurist in der Praxis eine konkrete Berechnung von Pflichtteilsansprüchen im Regelfall glücklicherweise nicht vornehmen muss, sind die Ausführungen erkenntnisreich und im Rahmen der Beratungspraxis von großem Nutzen.

Spätestens im Kapitel zum Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 5) findet sich der Notar im Abschnitt „Einzelfragen zu bestimmten Zuwendungen des Erblassers“ (von Eheverträgen, Schenkungen, Stiftungen bis zu gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen) auf eigenem Terrain wieder und wird aber z. B. auch die Abhandlungen zu Verträgen zugunsten Dritter, Fragen zu Kontoinhaberschaften und Lebensversicherungen interessiert zur Kenntnis nehmen. Aus notarieller Sicht sind neben diesem Kapitel die gesonderten Abschnitte zum „Pflichtteilsrecht in der notariellen Kautelarpraxis“ (§ 10) und „Strategien zur Minimierung des Pflichtteilsrechts“ (§ 11)

von Dr. *Gabriele Müller*, Referatsleiterin für Familien- und Erbrecht am DNotI, auf knapp 150 Seiten jeweils gegliedert nach den verschiedenen pflichtteilsrelevanten Rechtsgeschäften (Rechtsgeschäfte unter Lebenden – Verfügungen von Todes wegen) von besonderem Gewinn. Selbst Ausführungen zum notariellen Nachlassverzeichnis mit (sogar in Formularbüchern meist rar gesäten) Formulierungsvorschlägen fehlen nicht.

Auch ist es aus Praxissicht gewinnbringend unter dem Aspekt „Pflichtteilsminimierung“ die z. T. bereits dargestellten Gestaltungsmittel noch einmal aufzugreifen. Allein die inspirierende Lektüre des Inhaltsverzeichnisses jedenfalls bietet zahlreiche Denkanstöße zu möglichen pflichtteilsminimierenden Gestaltungen und kann als „Stichwortverzeichnis“ und damit erste Besprechungsgrundlage dienen. Hier fällt es auch nicht auf, dass es anders als in Konkurrenzwerken kein gesondertes Kapitel zum Thema „Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsminimierung“ gibt. Abgerundet werden die Ausführungen an darauf folgender Stelle mit Erläuterungen zum Pflichtteilsrecht im Steuerrecht (§ 12).

Vergleichsweise umfangreich fallen die Ausführungen zum Internationalen Pflichtteilsrecht auf 200 Seiten aus, was insbesondere den einzelnen Übersichten zum (inter-)nationalen Pflichtteilsrecht unserer wichtigsten europäischen Nachbarländer geschuldet ist. Im vorangehenden allgemeinen Abschnitt zum internationalen Erbrecht aus deutscher Sicht wird man den Hinweis auf die Rechtswahlmöglichkeiten, mit denen ggf. auch das Pflichtteilsrecht beeinflusst werden kann, und den Hinweis, dass es keine umfassende Belehrungspflicht des Notars über den Inhalt ausländischen Rechts gibt, dankbar zur Kenntnis nehmen. Noch dankbarer wird man im Zweifel den freundlichen Hinweis an späterer Stelle aufgreifen, wonach der Notar bei der Aufklärung von ausländischem Recht hervorragende Unterstützung durch das Deutsche Notarinstitut in Würzburg erhält. Vor diesem Hintergrund kann man es auch verschmerzen, dass Länderübersichten zu außereuropäischen Rechtsordnungen fehlen.

Neben dem Inhalt entscheidet die Übersichtlichkeit darüber, wie häufig und gern man ein Buch aus dem Regal nimmt.

Hier kann das Handbuch aus dem Beck-Verlag im besonderen Maße punkten.

Die zahlreichen Grafiken, Tabellen und Übersichten sind sehr anschaulich gestaltet. Zahlreiche Tipps und Checklisten führen zu hoher Praxistauglichkeit. Die Tatsache, dass Formulierungsbeispiele eher knapp gehalten und nicht über einen entsprechenden Datenträger verfügbar sind, ist dem Umstand geschuldet, dass es sich in erster Linie nicht um ein Formular-

buch handelt, sondern um eine umfassende, geglückte Darstellung des Pflichtteilsrechts.

Fazit: Ein Werk zum Pflichtteilsrecht darf in keinem Notariat fehlen. Künftig steht hier auch das „Handbuch Pflichtteilsrecht“ aus dem Beck-Verlag als gewinnbringendes Werk zur Verfügung.

Notarin Dr. Heike Stiebitz, Wassertrüdingen

Krafka/Willer/Kühn: Registerrecht. 8. Aufl., Beck, 2010. 897 S., 82 €

Das schon im Hinblick auf den Kreis der Autoren als enge Verzahnung zwischen notarieller und gerichtlicher Praxis im Registerrecht bekannte und bewährte Standardwerk vorzustellen, erscheint entbehrlich. Demgemäß beschränkt sich diese Besprechung auf einige gegenüber der Voraufgabe (vgl. hierzu Waldner, MittBayNot 2008, 35) festzustellende Neuerungen. Diese bestehen zunächst im Kreis der Autoren. So hat etwa der frühere Leiter des Registergerichts München Willer bei der Neuauflage nicht mehr als Autor mitgewirkt. Nachfolger in beiden Funktionen ist Kühn. Dass sich die Autorenschaft somit weiter aus dem Kreis der Notare (Krafka) sowie der Registerrichter (Kühn) rekrutiert, sichert dem Werk gegenüber inhaltlich vergleichbaren Darstellungen eine breite Akzeptanz sowohl auf notarieller als auch registergerichtlicher Seite. Hat der Notar im Rahmen von Registeranmeldungen Zweifelsfragen zu klären, dürfte sein erster Griff zum Krafka/Willer/Kühn sein. Folgt er dessen Ansicht, kann er weitgehend gewiss sein, dass die Registereintragung beanstandungslos erfolgt, weil der die Eintragung verfügende Richter oder Rechtspfleger sich gleichermaßen auf den Krafka/Willer/Kühn verlassen wird.

Die Neuauflage berücksichtigt sämtliche gesetzlichen Änderungen, wie insbesondere die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG, ferner die im Vorwort zu Recht als „Generalreform der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ bezeichnete Ablösung des FGG durch das FamFG sowie die Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie durch das ARUG. Daneben machten zahlreiche kleinere Gesetzesänderungen sowie Gerichtsentscheidungen eine fundierte Neubearbeitung erforderlich. Vergleichsweise knapp sind auch gut zwei Jahre nach Einführung der elektronischen Handelsregisteranmeldung die entsprechenden Ausführungen hierzu (Rdnr. 137 ff.). Hingegen ist der Vertretung der Beteiligten durch den Notar im Registerverfahren ein umfangreicher Abschnitt (Rdnr. 119 ff.) gewidmet. Gemäß der früher in § 129 FGG und nunmehr in § 378 Abs. 2 FamFG enthaltenen Bestimmung gilt jeder deutsche Notar bekanntlich als ermächtigt, im Rahmen eines jeden zur Anmeldung Verpflichteten die Eintragung zu beantragen, wenn er die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder unterschriftsbeiglaubigt hat. Zu Recht

wird in diesem Zusammenhang in Rdnr. 126 empfohlen, dass der Notar im Zweifel klarstellen soll, ob er bei einer Anmeldung als Vertreter oder lediglich als Bote für den Antragsteller tätig werden will. Behandelt wird auch ab Rdnr. 166 die nunmehr in § 382 Abs. 4 FamFG enthaltene Zwischenverfügung.

Ausführlich wird in Rdnr. 140 a ff. die durch das MoMiG eingeführte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) besprochen. Insbesondere der Frage, wie weit Abweichungen vom Musterprotokoll zulässig sind, um weiterhin eine Gründung im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG darzustellen, sind umfangreiche Ausführungen (Rdnr. 941 a ff.) gewidmet. Die Autoren vertreten zu Recht eine vergleichsweise restriktive Haltung. Fundierte Ausführungen finden sich darüber hinaus zur Neufassung des § 40 GmbHG in Bezug auf die Einreichung notariell bescheinigter Gesellschaftslisten (Rdnr. 1103 ff.). Liberaler sind die Autoren dagegen bei der Frage des Zeitpunktes der Einreichung der Liste im Falle einer Kapitalerhöhung (Rdnr. 1051 a): Während diese nach bisher wohl überwiegender Meinung (vgl. Wachter, GmbHR 2009, 785, 794; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1048) erst eingereicht werden darf, wenn die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen und damit wirksam ist (§ 54 Abs. 3 GmbHG), soll diese bereits mit den Eintragungunterlagen an das Registergericht übersandt werden können. In diesem Fall sollte aber durch einen bei der Vorlage an das Registergericht möglichen Hinweis auf die verfahrensinterne Bedingung der Eintragung sichergestellt werden, dass die Liste erst nach Eintragung eingestellt wird. Eine sicher praxisgerechte Lösung.

Der Krafka/Willer/Kühn beschränkt sich freilich nicht auf das Handelsregister, auch wenn die Ausführungen hierzu mehr als die Hälfte des gesamten Buchs ausmachen. Enthalten sind auch verfahrensrechtliche Kommentierungen zu Einreichungen und Eintragungen im Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister.

Insgesamt ist der Krafka/Willer/Kühn auch in der 8. Auflage ein stets zuverlässiger Begleiter und eine wahre Fundgrube in allen Fragen des Registerrechts. Im Hinblick auf die zahlreichen Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen empfiehlt sich in jedem Fall die Anschaffung der aktuellen Auflage.

Notar a. D. Dr. Markus Sikora, München

Kurzböck: Die Abwicklung deutsch-tschechischer Erbfälle. Peter Lang, 2010. 217 S., 54,80 €

Fragen der Rechtsvergleichung sind seit jeher beliebte Dissertationsthemen. Für die Praxis sind solche Arbeiten nicht selten von hohem Wert, erleichtern sie doch den Zugang zu Grundsatz- und Detailfragen des ausländischen Rechts beträchtlich. Im Erbrecht trifft dies in Anbetracht der inzwischen erhältlichen Literatur (v. a. *Siß*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008) heute aber nur noch auf Arbeiten zu Spezialthemen innerhalb Europas (so z. B. zu Ltd.-Anteilen die Arbeit von *Richardsen*, Die Anteile an private limited companies in deutschen Nachlässen, 2008) und zu schwer zugänglichen außer-europäischen Rechtsordnungen uneingeschränkt zu.

Die von Prof. Wolfgang Reimann betreute Regensburger Dissertation von *Kurzböck* „Die Abwicklung deutsch-tschechischer Erbfälle“ (2009) stellt das geltende tschechische Erb-, Nachlassverfahrens-, Erbkollisions- und Erbschaftsteuerrecht in übersichtlicher Art und Weise dar und stellt das deutsche Recht jeweils vergleichend daneben. Der Abwicklung deutsch-tschechischer Erbfälle in Deutschland bzw. der Tschechischen Republik sind jeweils eigene Abschnitte gewidmet. Dabei verzichtet *Kurzböck* auf langatmige dogmatische und akademische Erörterungen und beschränkt sich auf die aus Sicht der Praxis wesentlichen Gesichtspunkte. Insbesondere zum tschechischen materiellen Erbrecht und Erbkollisionsrecht findet der Leser auf diese Weise schnell die relevanten Informationen. Erfreulicherweise wurde dabei auch umfangreich auf tschechische Quellen zurückgegriffen. Leider vergeblich fällt jedoch die Suche zu dem in Erbrechtsfällen oft bedeutsamen Ehe kollisionsrecht aus. Inhaltlich ist das Buch noch auf dem Stand Januar 2009. Dies kann dem Autor kaum vorgeworfen werden, gleichwohl hätte sich der Leser über eine Aktualisierung zur Drucklegung 2010 gefreut. Dass die Ausführungen zum deutschen materiellen Erbrecht nicht auf den Stand der Erbrechtsreform zum 1.1.2010 gebracht wurden, kann dabei leichter verschmerzt werden als der Verzicht auf eine Aktualisierung im Hinblick auf das durch das FamFG neugefasste Nachlassverfahrensrecht ein-

schließlich Erbscheinsverfahren. Auch der Entwurf einer EU-Erbrechtsverordnung hätte eine Erwähnung verdient gehabt. Die Ausführungen zur Rechtsstellung deutscher Staatsangehöriger im tschechischen Zivilverfahrensrecht (S. 163) dürften durch das einschlägige Europarecht überholt sein.

Aus Sicht der Praxis interessant sind vor allem die Ausführungen *Kurzböcks* zu grenzüberschreitenden Registersachen nach einem Erbfall (Grundbuchberichtigung, Handelsregistereintragungen usw.) sowie zur grenzüberschreitenden Nachlassverwaltung, Haftungsbeschränkung und Testamentsvollstreckung. Dabei wäre zu manchem in der übrigen Literatur nur selten erörterten Thema eine eingehendere Auseinandersetzung einschließlich größerer rechtstatsächlicher Unterfütterung wünschenswert gewesen: So mag theoretisch gut begründbar sein, dass die dem Gericht zustehenden Aufgaben nach §§ 2197 ff. BGB auch von einem tschechischen Nachlassgericht wahrgenommen werden können (S. 166 f.), jedoch wäre für den Leser interessant zu erfahren gewesen, ob in der Praxis bereits Testamentsvollstrecker nach deutschem Recht von tschechischen Gerichten ernannt worden sind. Entsprechendes gilt für die Anordnung der Nachlassverwaltung nach deutschem Recht durch tschechische Gerichte (S. 169 f.). Einzelheiten hierzu hätten den Praktiker sicherlich mehr interessiert als die sehr breiten Ausführungen zur Anwendbarkeit von § 35 Abs. 1 GBO auf ausländische Erbnachweise. Im dunkeln bleibt auch, wie es sich in der Praxis auswirkt, dass für tschechische Liegenschaften deutscher Erblasser aus deutscher Sicht die deutschen Gerichte zuständig sind, während aus tschechischer Sicht die tschechischen Gerichte zuständig sind (S. 91).

Diese Kritikpunkte lassen den insgesamt positiven Gesamteindruck aber unberührt. Angesichts der zum tschechischen Erbrecht bereits erhältlichen Praktikerliteratur ist die Anschaffung der Dissertation von *Kurzböck* für den Erbrechtspraktiker sicherlich kein Muss; zu der einen oder anderen Detailfrage kann ein Blick in die Arbeit aber durchaus lohnenswert sein.

Notarassessor Dr. *Mario Leitzen*, M. Jur. (Oxon), Düsseldorf

Knieper: Eine ökonomische Analyse des Notariats. Beck, 2010. 126 S., 29,90 €

Dass das Notariat lateinischer Prägung in den letzten Jahren von ökonomischer Seite unter Beschuss gekommen ist, dürfte inzwischen jeder aufmerksame Beobachter wahrgenommen haben. *Rolf Knieper*, Juraprofessor an der Universität Bremen, hat nun die Grundlagen der ökonomischen Kritik am Notariat in einer auch für den Nichtökonom gut leslichen Weise dargestellt.

Nach einem Überblick über Aufgaben und Amtsstellung der Notare sowie einigen methodologischen Anmerkungen widmet sich *Knieper* im folgenden Abschnitt („Die notarielle Beurkundung im Lichte der neoklassischen/neoliberalen Volkswirtschaftslehre“) dem Blickwinkel der klassischen Ökonomik auf das Notariat als Institution. Dabei arbeitet *Knieper* in hervorragender Weise den methodischen Schwachpunkt der ökonomischen Kritik an der notariellen Tätigkeit heraus: Die weitgehende Rücksichtslosigkeit vieler ökonomischer Standardmodelle gegenüber den realen Verhältnissen.

Das betrifft insbesondere die Modellannahme des homo oeconomicus und die Effizienz des Marktmechanismus. Unter Bezugnahme auf die ZERP-Studie und die Real Estate Conveyancing-Studie von *Murray* erläutert *Knieper* die methodische Fragwürdigkeit der Anwendung solcher Modelle auf real existierende Institutionen wie das lateinische Notariat. Erfreulich ist dabei besonders, dass *Knieper* die Methodik ökonomischer Modellbildung als solche nicht verwirft – was auch allzu gewagt wäre –, sondern zu Recht nur auf die Grenzen der Anwendung unterkomplexer Modelle auf historisch gewachsene und gerade deshalb komplexe Institutionen hinweist.

Im folgenden Abschnitt geht *Knieper* dann auf „[d]ie notarielle Beurkundung im Lichte der Institutionenökonomik“ ein. Er nimmt zu Recht an, dass der institutionenökonomische Ansatz geeignet ist, die methodischen Probleme der klassischen Volkswirtschaftslehre kritisch zu durchleuchten und damit auch zu differenzierteren Aussagen über das lateinische Notariat zu kommen. Erhellend sind demzufolge auch die an die theoretischen Überlegungen anschließenden Ausführungen

zu konkreten Bereichen notarieller Tätigkeit, nämlich dem Grundstücksverkehr, dem Familien- und Erbrecht, dem Registerrecht und der Zwangsvollstreckung. *Knieper* versteht es, an vielen Stellen aufzuzeigen, dass eine reflektierte Handhabung der ökonomischen Theorie eine Reihe von guten Argumenten für und nicht gegen die Institution des lateinischen Notariats ergibt.

Der Wert von *Kniepers* Arbeit liegt aber nicht darin, dass er zu dem Notariat gewogenen Ergebnissen kommt, sondern darin, dass sie es dem ökonomisch interessierten Juristen ermöglicht, ökonomische Gedankengänge und Argumentationen zu verstehen und auf der Grundlage dieses Verständnisses kritische Einwände überhaupt erst erheben zu können. Die Arbeit ist insoweit didaktisch hervorragend geschrieben. Dass sie dabei mit Zuspitzungen arbeitet, die der insgesamt doch sehr großen Differenziertheit ökonomischer Forschung nicht in allen Punkten gerecht werden, wird man schon im Hinblick auf

die prägnante Kürze der Arbeit nachsehen können. Es wird auch mit *Kniepers* Arbeit nicht gelingen, in der Auseinandersetzung mit den Ökonomen den Spieß einfach umzudrehen, wie *Knieper* sich an manchen Stellen wohl wünscht. Aber dass man diesen Spieß nun einigermaßen sicher in der Hand führen kann, ist ein Verdienst des Autors und Grund genug für die Lektüre des Bandes.

Ein großes Lob gilt schließlich der Entscheidung des Autors und des Verlags, der deutschen Fassung eine vollständige englische Fassung des Textes beizufügen. Ist es doch kein Geheimnis, dass die herrschenden ökonomischen Denkschulen vornehmlich angelsächsisch geprägt sind. Nichts anderes dürfte für die zuständigen Abteilungen der Europäischen Kommission in Brüssel gelten. Es bleibt zu hoffen, dass die Arbeit *Kniepers* auch dort gelesen wird.

Notar Dr. *Christoph Moes*, Augsburg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 781; GG Art. 103 (*Grobes Missverhältnis bei geringwertigen Grundstücksgeschäften*)

Mit Blick auf § 138 BGB kann bei Grundstücksgeschäften ein besonders grobes Missverhältnis bereits dann gegeben sein, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Bei einem relativ geringen Wert der Kaufsache ist aber Zurückhaltung bei Anwendung der Vermutungsregel geboten, weil die Unterschreitung des Kaufpreises umso weniger aussagekräftig ist, je geringer der absolute Wert der Sache ist. Liegt eine solche Konstellation nicht vor, ist es in den verbleibenden Fällen eher geringfügiger absoluter Wertdifferenz rechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein solches Missverhältnis erst bei einem Auseinanderklaffen von 100 % bejaht wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 24.6.2010, V ZR 225/09

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abrufbar unter BeckRS 2010, 17006.

2. BGB §§ 577, 577 a, 573 a (*Anwendung von §§ 577, 577 a BGB bei Realteilung eines Grundstückes*)

1. **Die für die Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnräumen geltenden Bestimmungen der §§ 577, 577 a BGB finden auch auf die Realteilung eines mit zu Wohnzwecken vermieteten Zweifamilienhäusern bebauten Grundstückes entsprechende Anwendung (Fortführung von BGH, MittBayNot 2009, 37).**
2. **Eine analoge Anwendung der Kündigungsfrist des § 577 a BGB auf eine auf § 573 a BGB gestützte Kündigung kommt mangels Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke nicht in Betracht.**

BGH, Urteil vom 23.6.2010, VIII ZR 325/09

Die Beklagten sind seit 1976 Mieter einer Wohnung in einem Reihenhause in F. Das Reihenhause verfügt über zwei separate Wohnungen und gehört zu einem Ende der 50er Jahre auf einem (ungeteilten) Grundstück errichteten „Reihenhausewohnblock“. Im Jahr 2003 erfolgte die Realteilung dieses Grundstückes in einzelne, jeweils mit einem „Zweifamilienreihenhause“ bebaute Grundstücke. Das Reihenhause, in dem sich die Wohnung der Beklagten befindet, wurde im Jahr 2004 an einen Käufer veräußert, von dem es die Kläger im Jahr 2007 erwarben und dort die zweite Wohnung bezogen. Mit Schreiben vom 5.12.2007 erklärten die Kläger die Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 573 a BGB zum 31.12.2008.

Das AG hat die Räumungsklage abgewiesen, das LG hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf Räumung und Herausgabe der an die Beklagten vermieteten Wohnung sei unbegründet, weil das Mietverhältnis durch die von den Klägern ausgesprochene Kündigung vom 5.12.2007 nicht beendet worden sei.

Zwar bewohnten die Kläger als Vermieter in einem aus insgesamt zwei Wohnungen bestehenden Reihenhause eine dieser Wohnungen, so dass die Voraussetzungen des § 573 a BGB an sich erfüllt seien. Eine Kündigung des mit den Beklagten bestehenden Mietverhältnisses sei aber gleichwohl ausgeschlossen, weil in entsprechender Anwendung des § 577 a Abs. 1, 2 BGB eine – hier noch nicht abgelaufene – Kündigungssperre von zehn Jahren bestehe. Nach der Rechtsprechung des BGH gelte § 577 a BGB aufgrund der vergleichbaren Interessenlage nicht nur für die Bildung von Wohnungseigentum, sondern in analoger Anwendung auch für Fälle der Realteilung eines Grundstückes und anschließender Veräußerung, denn in beiden Fällen stehe dem Mieter anschließend ein neuer Vermieter gegenüber. Der Gesetzgeber habe in dieser Situation den Interessen des Mieters den Vorrang eingeräumt.

Die Wohnung der Beklagten sei nach der Realteilung veräußert worden, nämlich zunächst im Jahr 2004 und anschließend im Jahr 2007 an die Kläger. Nach § 577 a Abs. 1, 2 BGB in Verbindung mit der dazu für das Land Hessen erlassenen Verordnung ergebe sich hieraus eine Kündigungsbeschränkung für die Dauer von zehn Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Veräußerung. Diese Kündigungsbeschränkung sei in konsequenter Fortentwicklung der Rechtsprechung des BGH auch auf die Kündigung nach § 573 a BGB zu erstrecken. Eine Regelungslücke bestehe auch insoweit, als durch Realteilung ein neues Grundstück mit einem aus zwei Wohnungen bestehenden Gebäude und somit eine Situation neu geschaffen werde, in der eine Kündigung nach § 573 a BGB möglich sei.

§ 573 a BGB enthalte gegenüber § 573 BGB eine erleichterte Kündigungsmöglichkeit und sei nach der Konstruktion des Gesetzes als Ausnahme zu § 573 BGB anzusehen und dementsprechend eng auszulegen. Wenn § 577 a BGB schon für die regelmäßig schwieriger darzulegenden Kündigungsmöglichkeiten gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB gelte, müsse das erst recht für die Kündigungsmöglichkeit des § 573 a BGB gelten, die für den Vermieter regelmäßig einfacher durchzusetzen sei.

Dieses Ergebnis sei auch unter Berücksichtigung des Grundrechts des Vermieters aus Art. 14 GG haltbar. Denn der Eingriff in das Eigentumsrecht des Vermieters durch eine für § 573 a BGB geltende Sperrfrist sei nicht so gravierend wie die Sperrfrist für die Kündigungsmöglichkeit nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 BGB. Denn dem Vermieter werde nicht die Möglichkeit genommen, seine eigene Wohnung selbst zu nutzen oder wirtschaftlich angemessen zu vermieten; er werde vielmehr lediglich daran gehindert, eine eventuell nicht bestehende Harmonie im eigenen engeren Wohnumfeld herzustellen.

II.

Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Beklagten sind gemäß § 546 Abs. 1 BGB zur Räumung und Herausgabe der Wohnung an die Kläger verpflichtet. Denn die Kündigung der Kläger vom 5.12.2008 war gemäß

§ 573 a BGB begründet und hat das Mietverhältnis mit den Beklagten beendet. Für eine analoge Anwendung der Sperrfrist des § 577 a BGB auf eine Kündigung nach § 573 a BGB ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Raum.

1. Gemäß § 573 a Abs. 1 BGB kann der Vermieter ein Mietverhältnis über eine Wohnung in einem von ihm selbst bewohnten Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen kündigen; dabei hat er in dem Kündigungsschreiben anzugeben, dass er die Kündigung hierauf stützt (§ 573 a Abs. 3 BGB).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Begriff des Gebäudes i. S. d. § 573 a BGB bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung, nicht nach der Ausweisung im Grundbuch als einheitliches Gebäude (*Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 573 a BGB Rdnr. 11; *Bamberger/Roth/Hannappel*, BGB, 2. Aufl., § 573 a Rdnr. 12; *Palandt/Weidenkaff*, 69. Aufl., § 573 a Rdnr. 4). Danach werden Reihenhäuser oder Doppelhaushälften als (selbständige) Gebäude angesehen (vgl. BGH, NZM 2008, 682, Tz. 18; *Staudinger/Rolfs*, BGB, 2006, § 573 a Rdnr. 15; *Schmidt-Futterer/Blank*, a. a. O.; a. A. MünchKommBGB/*Häublein*, 5. Aufl., § 573 a Rdnr. 9). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist deshalb nicht auf den gesamten Reihenhausblock, sondern auf das nur von den Parteien bewohnte Reihenhaus abzustellen, bei dem es sich – wie von § 573 a BGB vorausgesetzt – um ein vom Vermieter selbst bewohntes Gebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen handelt. Die gemäß § 573 a Abs. 1 Satz 2 BGB um drei Monate verlängerte Kündigungsfrist ist abgelaufen.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die auf § 573 a BGB gestützte Kündigung der Kläger nicht deshalb unwirksam, weil die in § 577 a BGB vorgesehene Kündigungssperrfrist nach der Realteilung eines Reihenhauses mit zwei Wohnungen auch auf die Kündigung nach § 573 a BGB entsprechend anzuwenden wäre.

a) Im Ansatzpunkt zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die für die Begründung von Wohnungseigentum geltenden Bestimmungen der §§ 577, 577 a BGB auf die Realteilung eines Grundstücks, das mit zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhäusern bebaut ist, entsprechend anzuwenden sind (BGH, MittBayNot 2009, 37). Entgegen der Auffassung der Revision ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dem Umstand, dass es sich hier nicht um ein Einfamilienreihenhaus handelt, sondern um ein Gebäude mit zwei separaten Wohnungen, keine erhebliche Bedeutung beigemessen hat. Zwar haben die Kläger nicht gesondertes Eigentum an der Wohnung der Beklagten erworben. Auch durch die Realteilung eines Reihenhauses mit zwei separaten Wohnungen wird aber eine Situation herbeigeführt, die der Umwandlung in Eigentumswohnungen vergleichbar ist. Denn das Reihenhaus kann nunmehr separat veräußert werden und ist besonders für potentielle Käufer interessant, die es zur Befriedigung des eigenen Wohnbedarfs erwerben wollen. Die Kündigungssperre des § 577 a Abs. 1 und 2 BGB findet deshalb auf die Realteilung eines Grundstücks, das mit Reihenhäusern mit – wie hier – jeweils zwei Wohnungen bebaut ist, entsprechende Anwendung. Daraus folgt aber nur, dass die Kläger – mangels Ablauf der zehnjährigen Sperrfrist seit der Veräußerung des Reihenhauses an die Voreigentümer im Jahre 2004 – ihre Kündigung nicht auf berechnete Interessen i. S. d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB stützen können. Die Kläger haben indes nicht nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 BGB gekündigt, sondern gemäß § 573 a BGB.

b) Insoweit beanstandet die Revision zu Recht den weiteren Analogieschluss des Berufungsgerichts, dass die in § 577 a

BGB geregelte Kündigungssperrfrist auch auf die Kündigung gemäß § 573 a BGB anzuwenden sei.

aa) Wie die Revision zutreffend geltend macht, fehlt es für eine derartige analoge Anwendung bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Bestimmung des § 577 a BGB hat den Zweck, dem durch die Umwandlung in Wohnungseigentum gefährdeten Bestandsschutzinteresse des Mieters Rechnung zu tragen. Mit der Kündigungssperrfrist wollte der Gesetzgeber den Mieter speziell vor der Gefahr schützen, die sich für den Fortbestand des Mietverhältnisses daraus ergibt, dass umgewandelte Eigentumswohnungen häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden. Gerade die darauf beruhende erhöhte Gefahr einer Eigenbedarfskündigung nach Umwandlung vermieteten Wohnraums in eine Eigentumswohnung und deren Veräußerung an einen neuen Eigentümer stellt nach der Auffassung des Gesetzgebers auch die Rechtfertigung für die mit der verlängerten Kündigungssperrfrist verbundene Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Eigentümerbefugnisse sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers einer Eigentumswohnung dar (BGH, NJW 2009, 2738; BGH, NZM 2009, 430).

§ 577 a BGB dient somit nicht einem umfassenden Schutz des Mieters vor einer ordentlichen Kündigung nach der Bildung von Wohnungseigentum – oder wie hier der Realteilung eines bebauten Grundstücks – und anschließender Veräußerung des neu geschaffenen Eigentums, sondern beschränkt den Schutz des Mieters auf Eigenbedarfs- oder Verwertungskündigungen i. S. v. § 573 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB. Aus diesem Grund hat der Senat eine analoge Anwendung des § 577 a BGB auf andere Kündigungsgründe i. S. d. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB abgelehnt, und zwar auch für den Fall, dass der Vermieter sein berechtigtes Interesse an der Kündigung aus Umständen herleitet, die einer Eigenbedarfsituation ähneln, wie beispielsweise in dem Fall, dass der Vermieter die Wohnung für Angestellte seines Betriebs oder für eine Hausangestellte benötigt, die in der Wohnung einen eigenen Haushalt führen will (BGH, NZM 2009, 430, 431 Tz. 16).

bb) Es kann im Übrigen auch nicht angenommen werden, dass durch die Realteilung von Reihenhäusern mit zwei separaten Wohnungen im Hinblick auf eine dann im Einzelfall mögliche Kündigung nach § 573 a BGB eine vergleichbare Gefahr der Verdrängung von Mietern geschaffen wird wie bei der Umwandlung von Wohnraum in Eigentumswohnungen. Da die Kündigung nach § 573 a BGB voraussetzt, dass der Vermieter selbst eine der beiden Wohnungen bewohnt, ermöglicht die nach der Realteilung erfolgte Veräußerung eines Reihenhauses mit zwei Wohnungen dem Erwerber nicht ohne weiteres eine Kündigung nach § 573 a BGB. Soweit das Reihenhaus nicht von einem bisherigen Mieter erworben oder eine der beiden Wohnungen unabhängig von einem Eigennutzungswunsch des Erwerbers frei wird, kann dieser nur nach einer Kündigung wegen Eigenbedarfs, für die dann die Sperrfrist des § 577 a BGB gilt, eine der beiden Wohnungen beziehen. Die Gefahr, dass es zu einer Verdrängung des Mieters durch eine auf § 573 a BGB gestützte Kündigung kommt, ist damit wesentlich geringer als die Gefahr einer Eigenbedarfskündigung durch den Erwerber einer umgewandelten Eigentumswohnung.

cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine analoge Anwendung der Kündigungssperrfrist des § 577 a BGB auf die Kündigung nach § 573 a BGB auch nicht deshalb geboten, weil diese Kündigungsmöglichkeit kein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses voraussetzt und deshalb regelmäßig einfacher durchzusetzen ist. Das Berufungsgericht hat nicht hinrei-

chend berücksichtigt, dass die Vorschrift des § 573 a BGB ebenso wie die frühere (im Wesentlichen gleichlautende) Regelung in § 564 b Abs. 4 Nr. 1 BGB a. F. auf das enge räumliche Zusammenleben von Mieter und Vermieter bei einer „Einliegerwohnung“ oder einer „Zweifamilienhausituation“ abstellt. Im Hinblick auf die bei einem solchen Zusammenleben unter einem Dach erhöhte Gefahr von Spannungen zwischen den Mietvertragsparteien sollte für den Vermieter eine erleichterte Kündigungsmöglichkeit – allerdings zum Schutz des Mieters mit verlängerter Kündigungsfrist – geschaffen werden (MünchKommBGB/Häublein, a. a. O., Rdnr. 1 f.; Palandt/Weidenkaff, a. a. O., Rdnr. 1; Staudinger/Rolfs, a. a. O., Rdnr. 3; Bamberger/Roth/Hannappel, a. a. O., Rdnr. 3; Sonnenschein, NZM 2000, 1 f.). Diese Situation besteht in gleicher Weise auch dann, wenn das „Zweifamilienhaus“ – wie hier – erst durch Realteilung einer Reihenhausanlage mit jeweils zwei separaten Wohnungen entstanden ist und nunmehr eine davon vom Erwerber und Vermieter bewohnt wird. Eine analoge Anwendung der Kündigungssperrfrist auf die Kündigung nach § 577 a BGB würde in diesen Fällen dazu führen, dass die vom Gesetzgeber für diese besondere Situation engen Zusammenlebens von Vermieter und Mieter vorgesehene Möglichkeit einer Kündigung ohne Darlegung eines berechtigten Vermieterinteresses dem Vermieter ggf. für einen sehr langen Zeitraum versagt bliebe.

dd) Auch der Ausnahmecharakter des § 573 a BGB im Verhältnis zu § 573 BGB rechtfertigt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, den Anwendungsbereich des § 577 a BGB dahin auszudehnen, dass die Kündigungsbeschränkung auch auf andere als die in dieser Vorschrift genannten Kündigungsmöglichkeiten angewendet wird. Das Berufungsgericht verkennt insoweit, dass es sich bei § 577 a BGB selbst um eine eng auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift handelt.

3. BGB § 157 (Zahlungsanspruch bei Umzug des Pflegeberechtigten in ein Pflegeheim)

Kann ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen hat, seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen, wird sich dem im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entnehmen lassen, dass an die Stelle des ersparten Zeitaufwands ein Zahlungsanspruch des Übergebers treten soll.

BGH, Urteil vom 29.1.2010, V ZR 132/09

Mit notariellem Vertrag vom 14.12.1982 übertrugen die Eltern des Beklagten zu 1 ihm und seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2, ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück. Im Gegenzug wurde den Eltern ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht an den Räumlichkeiten im ersten Obergeschoss des Hauses eingeräumt. Ferner wurde in § 2 Nr. 2 b des Vertrages vereinbart:

„Der Erwerber verpflichtet sich weiterhin, dem Übergeber unentgeltlich eine gute Pflege, Betreuung und Aufwartung in Tagen seines Wohlbefindens und der Krankheit zu gewähren, auf Wunsch des Übergebers insbesondere für die Reinigung und Instandhaltung von dessen Wohnung, Kleidung und Wäsche zu sorgen.

Gegen angemessenes Entgelt kann der Übergeber auch die Zubereitung der seinem jeweiligen Gesundheitszustand angepassten Mahlzeiten verlangen, auf Wunsch des Übergebers auch die Beköstigung am gemeinsamen Tisch mit der Familie des Erwerbers.

Sollte der Erwerber einmal zukünftig die vorstehenden Leistungen nicht persönlich erbringen können, so hat er auf seine Kosten für eine entsprechende Hilfskraft zu sorgen.“

Die Mutter des Beklagten zu 1 verstarb Ende 1998. Der Vater lebt, nachdem eine Betreuung unter anderem für die Bereiche Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung angeordnet worden war, seit 1999 in einem Seniorenheim.

Der Kläger, der dem Vater seit November 2006 Sozialhilfe gewährt, leitete dessen Ansprüche gegen die Beklagten aus dem Übertragungsvertrag wegen ersparter Aufwendungen aus nicht mehr erbrachten Pflegeleistungen auf sich über. Er setzt die Ersparnis für die Pflegeleistungen entsprechend der Pflegestufe 1 mit monatlich 225 € und für die hauswirtschaftliche Tätigkeit mit monatlich 75 € an.

Die auf Zahlung von 4.281,35 € für den Zeitraum von November 2006 bis Januar 2008 gerichtete Klage ist in erster Instanz erfolgreich gewesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG die Klage abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der geltend gemachte Anspruch folge weder aus der Regelung in § 2 Nr. 2 b des Übergabevertrages noch aus einer ergänzenden Auslegung dieses Vertrages. Die Vereinbarung in § 2 Nr. 2 b habe allein den Fall im Auge, dass die Pflegeverpflichtung aus Gründen, die in der Person des Erwerbers lägen, nicht mehr erbracht werden könne. Die ergänzende Auslegung des Übergabevertrages ergebe zwar, dass die Beklagten sich an den Kosten des Heimaufenthalts in Höhe der ersparten Aufwendungen für nicht mehr zu erbringende Sachleistungen beteiligen müssten. Der Zahlungsantrag sei aber nicht hierauf gestützt, sondern beruhe auf der wertmäßigen Erfassung der ersparten Pflegeleistungen. Für solche hätten die Beklagten mangels entsprechender Anhaltspunkte im Vertrag keinen Geldersatz zu leisten.

II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten folge nicht aus § 2 Nr. 2 b des Übergabevertrages, ist nicht zu beanstanden. Die Auslegung einer Individualabrede kann von dem Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Tatrichter die gesetzlichen und allgemein anerkannten Auslegungsregeln, die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrunde gelegten Tatsachen ohne Verfahrensfehler ermittelt hat (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2009, 1810, 1811 m. w. N.). Ein solcher Rechtsfehler liegt hier nicht vor. Die in der mündlichen Verhandlung erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Interessen des Übergebers außer Acht gelassen und damit gegen den zu den allgemeinen Auslegungsregeln zählenden Grundsatz einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung verstoßen, ist unbegründet. Die Annahme, die Parteien hätten in § 2 Nr. 2 b nur den Fall regeln wollen, dass die Pflegeverpflichtung aus in der Person der Beklagten liegenden Gründen nicht mehr erbracht werden könne, lässt nicht erkennen, dass das Interesse des Übergebers, im Alter umfassend versorgt zu sein, bei der Auslegung unzureichend berücksichtigt worden ist. Zusammen mit den übrigen von den Beklagten übernommenen Verpflichtungen stellt die Klausel die häusliche Versorgung des Übergebers gerade sicher. Dafür, dass die Parteien mit der Klausel auch die Absicherung des Übergebers nach einem Umzug in ein Heim regeln wollten, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Der Wortlaut der Klausel spricht gegen eine solche Absicht. Die Verpflichtung der Beklagten,

auf ihre Kosten für eine „Hilfskraft zu sorgen“, ergibt im Fall eines Heimaufenthalts keinen Sinn, da Heime die für sie tätigen Hilfskräfte selbst auswählen und bezahlen.

2. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass sich der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch auch nicht aus einer ergänzenden Auslegung des 1982 geschlossenen Übergabevertrages ergibt.

a) Allerdings ist eine ergänzende Vertragsauslegung geboten, wenn die Beteiligten eines Übergabevertrages bei dessen Abschluss davon ausgegangen sind, der Übergeber könne im Alter zu Hause gepflegt werden, und deshalb keine Regelung für den Fall seines Umzugs in ein Senioren- oder Pflegeheim getroffen haben (vgl. BGH NJW 2003, 1126, 1127; NJW-RR 2003, 577, 578; NJW 2009, 1348 = MittBayNot 2009, 298 [für ein Wohnrecht] sowie *Krüger*, ZNotP 2010, 2).

b) Eine solche Regelungslücke ist unter Berücksichtigung der von den Parteien eingegangenen Bindungen zu schließen. Sollen die Verpflichtungen des Übernehmers, wie hier, zu der Alterssicherung des Übergebers beitragen oder diese umfassend gewährleisten, entspricht es dessen Absicherungsinteresse, dass ihm im Umfang der ersparten Aufwendungen ein Anspruch auf Beteiligung an den Pflegekosten zusteht, wenn er in einem Maße pflegebedürftig wird, dass er professionelle Pflege braucht und der Übernehmer seine Pflegeverpflichtung deshalb nicht mehr selbst erfüllen kann (vgl. BGH, NJW 2003, 1126, 1127).

Der Umfang der ersparten Aufwendungen richtet sich nach dem Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung zu Wart und Pflege (Senat, a. a. O.). An die Stelle nicht mehr zu erbringender Sachleistungen treten Zahlungsverpflichtungen, die den Wert der ersparten Aufwendungen für diese Leistungen abschöpfen (BGH, NJW-RR 2003, 577, 578). Hinsichtlich vereinbarter Pflege- und sonstiger Dienstleistungen (z. B. Reinigung von Wohnung und Bekleidung, Zubereitung von Mahlzeiten) ist zu differenzieren:

Sind die Vertragsparteien bei Abschluss des Übergabevertrages übereinstimmend davon ausgegangen, dass der Übernehmer hierfür eine Hilfskraft engagiert und bezahlt, zählt das Entgelt für die Hilfskraft zu den infolge des Heimaufenthalts ersparten Aufwendungen. Dagegen tritt an die Stelle von Pflege- und Dienstleistungen, die nach der Vorstellung der Vertragsparteien von dem Übernehmer oder dessen Familienangehörigen persönlich erbracht werden sollten, kein Zahlungsanspruch des Übergebers. Andernfalls führte die ergänzende Vertragsauslegung zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes. Der Übernehmer verpflichtet sich zu der Pflege und Betreuung des Übergebers meist in der Annahme, die geschuldeten Dienste selbst oder durch Familienangehörige, also ohne finanziellen Aufwand, erbringen zu können. Es entspricht deshalb in aller Regel nicht dem – für die ergänzende Vertragsauslegung maßgeblichen – hypothetischen Parteiwillen, dass Geldzahlungen an die Stelle der versprochenen Dienste treten, wenn diese aus Gründen, die der Übernehmer nicht zu vertreten hat, nicht mehr erbracht werden können. Müsste der Übernehmer den aufgrund des Heimaufenthalts des Übergebers entstandenen (Frei-)Zeitgewinn in Geld ausgleichen, wäre jedoch genau dies die Folge.

Abweichendes ergibt sich, anders als die Revision unter Hinweis auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf (RNotZ 2005, 485 sowie Urteil vom 5.4.2004, I-9 U 180/03, juris Rdnr. 46 ff.) meint, nicht aus der Entscheidung des Senats vom 21.11.2002 (NJW 2003, 1126). Die darin enthaltenen Erwägungen zu dem Umfang der von der Übernehmerin geschuldeten Pflegeleistungen dienen nicht dazu, die infolge des Heimaufenthalts der Übergeberin ersparte Zeit für Pflegeleis-

tungen zu konkretisieren. Sie sollten vielmehr verdeutlichen, dass die Übernehmerin keine Vollzeitpflege schuldete und deshalb auch dann keine professionellen Pflegekräfte hätte engagieren und bezahlen müssen (woraus sich dann ersparte Aufwendungen ergeben hätten), wenn deren Inanspruchnahme für eine ordnungsgemäße häusliche Pflege der Übergeberin im Laufe der Zeit unumgänglich geworden wäre.

c) Unter Anwendung der dargestellten Grundsätze ist das Berufungsgericht für den hier zu beurteilenden Sachverhalt rechtsfehlerfrei zu einer ergänzenden Auslegung des Übergabevertrages gelangt, nach der dem Vater des Beklagten zu 1 kein Geldausgleich für die ihm versprochenen, infolge seines Heimaufenthalts aber nicht mehr möglichen Pflege- und Dienstleistungen seitens der Beklagten zusteht.

Etwas anderes käme zwar in Betracht, wenn die Beklagten aus in ihrer Person liegenden Gründen heute nicht mehr in der Lage wären, die geschuldeten Leistungen selbst zu erbringen und deshalb – lebte der Übergeber noch in ihrem Haus – nach § 2 Nr. 2 b des Übergabevertrages verpflichtet wären, auf ihre Kosten eine Hilfskraft zu besorgen; denn in diesem Fall hätten die Beklagten infolge des Heimaufenthalts des Übergebers finanzielle Aufwendungen erspart. Dass es sich so verhält, macht der Kläger indes nicht geltend. Auf ersparte Aufwendungen für Sachleistungen ist die Klage nicht gestützt worden.

Anmerkung:

1. Die Rechtsprechung zur Umwandlung von ortsgebundenen Versorgungsleistungen (z. B. Wart und Pflege, Wohnrecht) in Geldansprüche und deren Ausschlussmöglichkeit hat eine für den Kautelarjuristen erfreuliche Entwicklung genommen. erinnert sei an die dunklen Zeiten, in denen etwa das OLG Köln entschied, dass bei einer Existenzgefährdung des Berechtigten infolge der Pflegeheimkosten nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage das vereinbarte Wohnungsrecht dahingehend angepasst werden müsse, dass dem Berechtigten die durch die Vermietung erzielbaren Erträge zustehen.¹ Das OLG Hamm nahm in einem ähnlich gelagerten Fall Unmöglichkeit der Wohnungsgewährung an und billigt über § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. einen Anspruch in Höhe des durch Vermietung erzielbaren Geldbetrages zu.² Die für den Vertragsjuristen positive Entwicklung fing mit einem Urteil des OLG Hamm an, das Ansprüche auf der Grundlage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. Unmöglichkeitrechts mit dem zutreffenden Argument verwarf, dass das Pflegeheimrisiko alles andere als unvorhersehbar sei.³ Dieser Argumentation hat sich der BGH ausdrücklich angeschlossen.⁴ Der BGH untersucht nun vielmehr im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung, was die Vertragsbeteiligten zur Schließung der Regelungslücke, i. e. Heimunterbringung, vernünftigerweise vereinbart hätten.⁵ Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich der Verpflichtete an den Pflegekosten in Höhe der ersparten Aufwendungen zu beteiligen habe. Unsicherheit⁶ bestand bis vor kurzem lediglich

¹ OLG Köln, MittBayNot 1996, 40 (Leitsatz).

² NJW-RR 1996, 1360, 1361 = MittRhNotK 1997, 80, 81.

³ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1360.

⁴ BGH, MittBayNot 2009, 298 = NotBZ 2009, 222 mit Anm. *Krauß*; vgl. auch *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 15.

⁵ BGH, MittBayNot 2004, 180 m. Anm. *J. Mayer*; BGH, NJW 2009, 1348; vgl. auch *Krüger*, ZNotP 2010, 2.

⁶ Die Unsicherheit resultierte insbesondere aus den Entscheidungen des BGH vom 21.9.2001, V ZR 14/01 DNotZ 2002, 702 m. Anm. *Krauß*; Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02 MittBayNot 2004, 180 und BGH, NotBZ 2007, 129.

noch hinsichtlich der Frage, inwieweit diese richterrechtliche Geldersatzrente vertraglich mittels einer Wegzugsklausel ausgeschlossen werden kann. Auch diese Frage hat der BGH aber nun im Sinne der Kautelarjuristen entschieden, indem er klarstellte, dass eine Beschränkung der Versorgungsleistungen auf das überlassene Haus nicht zur Sittenwidrigkeit der Regelung führt.⁷ Auf dieser positiven Linie liegt das Urteil des BGH vom 29.1.2010 und bereichert das Bild um eine weitere Facette:

2. Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt stellt sich verkürzt wie folgt dar: Der Vater hat Grundbesitz auf seinen Sohn übertragen unter Vorbehalt einer (missglückten) Wart und Pflege Verpflichtung („... gute Pflege ... zu gewähren“). Nachdem der Vater in ein Seniorenheim übersiedelte, leitete der Sozialhilfeträger Ansprüche gegen den Sohn aus dem Überlassungsvertrag wegen ersparter Aufwendungen aus nicht mehr erbrachten Pflegeleistungen auf sich über. Der Sozialhilfeträger setzte dabei die Ersparnis für Pflegeleistungen entsprechend der Pflegestufe 1 mit monatlich 225 € und für die hauswirtschaftliche Tätigkeit mit monatlich 75 € an.

3. Ganz auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt der BGH, dass eine ergänzende Vertragsauslegung geboten sei, wenn die Vertragsbeteiligten keine Regelung für den Fall des Umzugs des Veräußerers in ein Senioren- oder Pflegeheim getroffen haben. Dienen übernommene Verpflichtungen der Absicherung des Veräußerers, entspräche es dessen Absicherungsinteresse, dass sich der Erwerber im Umfang der ersparten Aufwendungen an den Pflegekosten beteilige.

Neu ist allerdings, dass nun auch der BGH⁸ einer ergänzenden Vertragsauslegung im Bereich Wart und Pflege klare Grenzen aufzeigt: In der Regel liegt einer Wart- und Pflegeverpflichtung die Annahme der Vertragsbeteiligten zugrunde, dass die zu leistenden Dienste persönlich oder durch Familienangehörige erbracht werden sollen, also ohne finanziellen Aufwand. Aufgabe einer ergänzenden Vertragsauslegung kann es lediglich sein, Lücken einer rechtsgeschäftlichen Regelung zu schließen.⁹ Das Schließen dieser Lücke darf jedoch nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen.¹⁰ Dies sei aber, so nun aktuell der BGH, der Fall, wenn eine persönliche Wart und Pflege bzw. Dienstleistungsverpflichtung dahingehend ergänzend ausgelegt werde, dass sie sich in einen Zahlungsanspruch umwandle. Die Vereinbarung, dass Wart- und Pflegeverpflichtungen nur persönlich erbracht werden müssen, erstreckt sich damit sowohl auf die Primär- als auch Sekundärpflicht. Primär kann der Erwerber die Dienste nicht mehr persönlich erbringen, wenn der Veräußerer in ein Senioren- oder Pflegeheim umsiedeln muss. Sekundär können Geldersatzansprüche nicht entstehen, wenn eine Vertragsauslegung ergibt, dass die Dienste nur persönlich erbracht werden müssen.

4. Das Urteil kann erhebliche Bedeutung für all diejenigen Wart- und Pflegeklauseln haben, bei denen es versäumt wurde, eine Wegzugsklausel aufzunehmen. Sofern nur eine Auslegung ergibt, dass die Dienste persönlich erbracht werden müssen (und nicht etwa durch eine zu engagierende Hilfskraft), wird eine Umwandlung in Geldersatzansprüche nicht stattfinden. Auf der Grundlage dieses Urteils könnte man sogar noch einen Schritt weitergehen und Wegzugsklauseln generell weglassen, sofern nur die Höchstpersönlichkeit der Wart- und Pflegeverpflichtung klar geregelt ist. Nachdem der

BGH aber Wegzugsklauseln als nicht sittenwidrig geadelt hat, besteht dazu derzeit keine Notwendigkeit.

Notar Dr. Sebastian Franck, LL.M., Neu-Ulm

4. WEG § 12; BGB § 878 (*Ablauf der Verwalterbestellung nach Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums*)

1. **Eine nach § 12 WEG erforderliche Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums ist nur dann für die Eintragung des Eigentumswechsels ausreichend, wenn seine Verwalterstellung jedenfalls bis zu dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt fortbesteht (wie OLG Celle, NZM 2005, 260).**
2. **Ist der Zeitraum der Verwalterbestellung vor dem Eingang des Eintragungsantrags bei dem Grundbuchamt abgelaufen, muss entweder die Verlängerung der Verwalterbestellung oder die Zustimmung des neu bestellten Verwalters nachgewiesen werden.**

OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, I-15 W 139/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligte zu 1 verkaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19.11.2009 ihre eingangs genannte Eigentumswohnung an die Beteiligten zu 2 und ließ sie auf. Nach der Teilungserklärung bedarf die Veräußerung des Wohnungs- bzw. Teileigentums der Zustimmung des Verwalters; die Bestimmung nimmt bestimmte Veräußerungsfälle vom Erfordernis der Zustimmung des Verwalters aus, die hier allerdings nicht vorliegen. Bei Anlegung des Grundbuchblatts ist die Veräußerungsbeschränkung in das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragen worden.

Eine Ausfertigung der notariellen Urkunde nebst einer Zustimmungserklärung der bis zum 31.12.2009 bestellten Verwalterin hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 4.1.2010 bei dem Grundbuchamt (dort eingegangen am 5.1.2010) eingereicht und gleichzeitig den Antrag auf Umschreibung des Eigentums gemäß § 15 GBO gestellt. Mit Zwischenverfügung vom 8.2.2010 gab das Grundbuchamt den Beteiligten auf, eine Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung einzureichen, weil die Bestellung der bisherigen Verwalterin am 31.12.2009 geendet habe, und setzte unter Hinweis auf § 18 GBO eine Frist zur Beseitigung des Eintragungshindernisses bis zum 29.3.2010. Hiergegen legten die Beteiligten Beschwerde ein, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 22.2.2010 nicht abhalf.

Aus den Gründen:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 8.2.2010 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Dem Vollzug des Eintragungsantrages vom 4.1.2010 steht das Hindernis entgegen, dass die Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1 zur Übereignung des Wohnungseigentums im Zeitpunkt des Eingangs des Umschreibungsantrags beim Grundbuchamt nicht hinreichend nachgewiesen ist.

Mittel zur Behebung dieses Hindernisses ist

- entweder der Nachweis in der Form des § 29 GBO, dass die bisherige Verwalterin erneut für die Zeit nach dem 31.12.2009 zur Verwalterin bestellt worden ist,
- oder die Zustimmungserklärung des neuen Verwalters zu der Übertragung in der Form des § 29 GBO.

(...)

II.

(...)

§ 12 WEG ist den Vorschriften der §§ 5, 6 ErbbauVO nachgebildet. Die Rechtswirkungen der Veräußerungsbeschrän-

⁷ BGH, ZEV 2009, 254 m. Anm. *Litzenburger*.

⁸ Zuvor ähnlich OLG Schleswig, ZEV 2008, 398.

⁹ BGH 9, 273; 77, 301; *Staudinger/Roth*, BGB, § 157 Rdnr. 4.

¹⁰ BGHZ 40, 91, 103; BGH, NJW 1982, 2191.

kung nach § 12 WEG sind deshalb übereinstimmend mit denjenigen der §§ 5, 6 ErbbauVO zu bestimmen. Es entspricht deshalb gefestigter Rechtsprechung, dass sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft als auch die dingliche Übertragung des Wohnungseigentums der Veräußerungsbeschränkung unterliegen (vgl. Senat OLGZ 1994, 515 = NJW-RR 1994, 515; OLG Celle, NZM 2005, 260 = RNotZ 2005, 542; *Bärmann/Wenzel*, WEG, 10. Aufl., § 12 Rdnr. 32).

Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis muss grundsätzlich in dem Augenblick vorhanden sein, in dem sie wirksam werden soll. Der Zeitpunkt des Wirkungseintritts, nicht der der Verfügungserklärung, ist entscheidend (BGH, NJW 1963, 36; OLG Celle, a. a. O.; OLG Düsseldorf, FGPrax 1996, 125 = Rpfleger 1996, 340 für den Fall des § 5 ErbbauVO; *Bärmann/Wenzel*, a. a. O.). Nach § 873 Abs. 1 BGB ist zur Übertragung des Eigentums (hier: Miteigentumsanteils) an einem Grundstück die Einigung des Berechtigten und des Erwerbers über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung im Grundbuch erforderlich. In einem solchen Fall gehört auch die Grundbucheintragung zum Tatbestand der Verfügung. Die Eintragung ist neben den Willenserklärungen weiteres Wirksamkeitserfordernis des Verfügungsgeschäfts; dies ergibt sich auch aus § 878 BGB, wonach eine von dem Berechtigten in Gemäßheit des § 873 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam wird, dass er in seiner Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden ist und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist: denn wäre die Eintragung kein Bestandteil des Verfügungsgeschäfts, so wäre eine Verfügungsbeschränkung im Zeitpunkt der Eintragung unbeachtlich (BGH in st. Rspr., a. a. O.).

Nach diesen Grundsätzen ist die am 19.11.2009 abgegebene Zustimmungserklärung der früheren Verwalterin, sofern sie nicht erneut bestellt worden ist, wirkungslos geworden, weil die Erklärung erst am 5.1.2010 dem Grundbuchamt vorgelegt worden ist und die Verwalterin zu diesem Zeitpunkt nicht mehr berechtigt war, eine Zustimmungserklärung nach § 12 WEG abzugeben. Ein ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommenes Rechtsgeschäft ist absolut unwirksam. Sein Vollzug im Grundbuch würde deshalb eine unrichtige Eintragung im Grundbuch herbeiführen. Eine bestehende Veräußerungsbeschränkung bewirkt deshalb eine Grundbuchsperre, die vom Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten ist (vgl. Senat a. a. O.).

Der Senat sieht keine Veranlassung, wegen der möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten bei einem Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Zustimmung und Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt von den aufgezeigten gefestigten Grundsätzen der Rechtsprechung abzuweichen. Denn etwaige Probleme können aufgefangen werden (vgl. *Kessler* in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Celle, RNotZ 2005, 543).

(...)

5. WEG § 10 Abs. 6 Satz 1; GBO § 20 (*Eintragung einer Wohnungseigentümergeinschaft in Abt. I des Grundbuchs*)

Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft erstreckt sich darauf, als Eigentümerin in Abt. I des Grundbuchs eines benachbarten Grundstücks eingetragen werden zu können, auf dem die Eigentümergemeinschaft durch eine Grunddienstbarkeit abgesichert ein Heizwerk betreibt, durch das das gemeinschaftliche Eigentum mit Heizenergie versorgt wird.

OLG Hamm, Beschluss vom 4.5.2010, 15 W 382/09; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligte zu 2 ist (unter ihrer früheren Firma) als Eigentümerin des im Rubrum bezeichneten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück ist mit einem Heizwerk bebaut, durch das die benachbarte Wohnungseigentümergeinschaft, deren Verband die Beteiligte zu 1 ist, mit Heizwärme versorgt wird. Das Grundstück der Beteiligten zu 2 ist zugunsten des jeweiligen Eigentümers des zur Wohnungseigentumsanlage gehörenden Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit belastet, „bestehend in dem Recht, die Versorgungsleitungen für die Zentralheizungsanlagen der herrschenden Grundstücke am Heizwerk anzuschließen und das Heizwerk unter Umständen selbst zu betreiben ...“. Umgekehrt ist in den Wohnungsgrundbuchblättern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des im Rubrum bezeichneten Grundstücks eine Grunddienstbarkeit eingetragen, „bestehend in dem Recht, Heizungsleitungen, Zuleitungen zum Heizkamin und einen Zugang zum Heizwerk zu unterhalten, den Heizungskamin ausschließlich zu benutzen und das Grundstück als Weg zu benutzen, ferner bestehend in dem Verbot, sämtliche Räume des Gebäudes anders als durch das Heizwerk zu beheizen ...“.

In der Eigentümerversammlung der zu der Beteiligten zu 1 gehörenden Miteigentümer vom 9.6.2009 wurde der Verwalter zu TOP 11 durch einen – in der Folgezeit nicht angefochtenen – Mehrheitsbeschluss beauftragt, das im Rubrum bezeichnete Grundstück mit aufstehendem Heizwerk für die Wohnungseigentümergeinschaft käuflich zu erwerben. Durch notariellen Vertrag vom 7.9.2009 (UR-Nr. ... des Notars Dr. T) verkaufte die Beteiligte zu 2 sodann dieses Grundstück an die durch ihre neue Verwalterin vertretene Beteiligte zu 1 und ließ es an diese auf. Den mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26.10.2009 gestellten Antrag der Beteiligten auf Eigentumsumschreibung hat das Grundbuchamt durch Beschluss vom 11.11.2009 zurückgewiesen; zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass die Beteiligte zu 1 kein Eigentum an dem hier in Rede stehenden Grundstück erwerben könne, da ihr insoweit die Rechtsfähigkeit fehle. Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrer Beschwerde vom 27.11.2009.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Das Grundbuchamt wird angewiesen, die Wohnungseigentümergeinschaft N-Str. ... in F in Abteilung I des Grundbuchs von I Blatt ... als Eigentümerin des im Rubrum bezeichneten Grundstücks einzutragen.

II.

(...)

Die Erwägung des Grundbuchamtes, dass die Beteiligte zu 1 mangels insoweit bestehender Rechtsfähigkeit kein Eigentum an dem hier in Rede stehenden Grundstück erwerben könne, ist unzutreffend. Der Senat hat in einem Beschluss vom 20.10.2009 (NZM 2009, 914 = DNotZ 2010, 130 = FGPrax 2010, 12 = Rpfleger 2010, 132), der dem Grundbuchamt bei seiner Entscheidung noch nicht bekannt sein konnte, die grundsätzliche Eintragungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in Abteilung I des Grundbuchs bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen in dem vorgenannten Beschluss Bezug genommen.

In seiner Entscheidung vom 20.10.2009 hat der Senat außerdem dargelegt, dass im Grundbucheintragungsverfahren gemäß § 20 GBO die Wirksamkeit der Auflassung und damit nachgewiesen werden muss, dass die Wohnungseigentümergeinschaft durch den Verwalter oder einzelne Wohnungseigentümer wirksam rechtsgeschäftlich vertreten worden ist. Erwirbt – wie hier – der Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft für diese eine Immobilie, bedarf er hierzu gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG n. F. einer speziellen Bevollmächtigung, die regelmäßig durch mehrheitliche Beschlussfassung der Eigentümerversammlung erfolgt.

Diese Beschlussfassung sowie die Verwalterbestellung sind dem Grundbuchamt in der Form des § 26 Abs. 3 WEG nachzuweisen. Die Wirksamkeit einer solchen Beschlussfassung ist vom Grundbuchamt nach Maßgabe wohnungseigentumsrechtlicher Vorschriften zu überprüfen. Der Beschluss ist somit gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG als gültig zu behandeln, solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt ist. Die Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes ist im Übrigen auf eine etwaige Nichtigkeit des Eigentümerbeschlusses beschränkt, die aber nur dann festgestellt werden kann, wenn er gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt (§ 23 Abs. 4 Satz 1 WEG). Die Nichtigkeit der Beschlussfassung kann sich auch aus einer Überschreitung der erforderlichen Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung ergeben. Die Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung beschränkt sich auf Angelegenheiten, welche die Regelung des Gebrauchs (§ 15 WEG), der Verwaltung (§ 21 WEG) und der Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 WEG) betreffen. Ob es sich um eine solche Maßnahme handelt, ist im Wege einer abstrakt-generellen Betrachtungsweise festzustellen. Die Frage, ob die Maßnahme nach den Umständen des Einzelfalls ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, berührt demgegenüber die Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung nicht; Mängel können insoweit nur zur Anfechtbarkeit der Beschlussfassung führen (BGH, NJW 2000, 3500, 3503).

Nach diesen Kriterien ist im vorliegenden Fall der Erwerb des im Rubrum bezeichneten Grundstücks durch die Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung gedeckt. Das Flurstück ... ist mit einem Heizwerk bebaut, durch das die benachbarte Wohnungseigentumsanlage mit Heizwärme versorgt wird. Die Grundstücke hängen also räumlich und wirtschaftlich eng zusammen. Dieser Zusammenhang ist durch die wechselseitig eingetragenen Grunddienstbarkeiten im vorliegenden Fall sogar verdinglicht. Danach besteht für die Wohnungseigentümer das Recht, aber auch der Zwang, die Heizwärme von dem benachbarten Heizwerk zu beziehen. Ferner ist ihnen das Recht eingeräumt, „das Heizwerk unter Umständen selbst zu betreiben“. Der Erwerb des mit dem Heizwerk bebauten Flurstücks ... dient der von außenstehenden Dritten unabhängigen Selbstversorgung der Wohnungseigentumsanlage mit Heizwärme. Aufgrund dieser durch die bisherige Verwaltungsstruktur begründeten engen wirtschaftlichen Beziehung liegt der Erwerb des Nachbargrundstücks im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, auch wenn dieser Eigentumserwerb – anders als in dem durch den Senat (a. a. O.) zuletzt entschiedenen Fall – über den räumlichen Bereich der eigenen Wohnungseigentumsanlage hinausgreift.

Sonstige Gründe für eine Nichtigkeit des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 9.6.2009 zu TOP 11 sind nicht ersichtlich. Der Eigentümerbeschluss ist auch nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt worden und somit gültig. Er beinhaltet sinngemäß eine Bevollmächtigung des jeweiligen Verwalters zum Erwerb des mit dem Heizwerk bebauten Nachbargrundstücks. Diese Vollmacht besteht daher auch für die jetzige Verwalterin, die anschließend in derselben Eigentümerversammlung zu TOP 15 mit Wirkung ab dem 1.7.2009 neu bestellt worden ist, zumal diese als Nachfolgerin des bisherigen Verwalters, der zugleich ihr Geschäftsführer ist, die Verwaltung ausdrücklich zu gleichen Bedingungen fortführen sollte.

Diese Beschlussfassung über die Bevollmächtigung der Verwalterin sowie die Verwalterbestellung sind im vorliegenden Fall in der Form des § 26 Abs. 3 WEG nachgewiesen. Die übrigen Eintragungsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

Das Grundbuchamt war daher unter Aufhebung der ablehnenden Entscheidung zur Vornahme der Eigentumsumschreibung anzuweisen.

6. BGB §§ 883, 885; GBO §§ 53, 71 (*Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs; Wiederaufladung*)

1. **Ein künftiger Anspruch auf Eigentumsverschaffung ist nicht vormerkungsfähig, wenn der Schuldner die Bindung noch willkürlich, das heißt einseitig und unabhängig vom Gläubiger, wieder beseitigen kann.**
2. **Ist die eingetragene Vormerkung inhaltlich unzulässig, weil sie einen nicht vormerkungsfähigen Anspruch sichern soll, und ist sie deshalb von Amts wegen zu löschen, kommt eine „Aufladung“ durch Unterlegung mit einem anderen Anspruch von vornherein nicht in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 11.3.2010, 34 Wx 7/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 3 ist im Grundbuch als Wohnungseigentümer eingetragen. Die Zwangsversteigerung ist angeordnet. Das Eigentum ist in der Dritten Abteilung mit Zwangshypotheken belastet, darunter solchen für den Beteiligten zu 1 (Nrn. 7 und 10; eingetragen am 5.8. und 13.10.2008) und für die Beteiligte zu 2 (Nrn. 6, 11 und 12; eingetragen am 13.6.2008, 9.3. und 30.4.2009).

Zugunsten der am 7.4.1994 geborenen Tochter des Beteiligten zu 3, der Beteiligten zu 4, wurde am 30.7.2008 in der Zweiten Abteilung unter lfd. Nr. 8 eine Eigentumsvormerkung eingetragen aufgrund Bewilligung des Beteiligten zu 3 gemäß notarieller Urkunde vom 19.6.2008. In der maßgeblichen Urkunde bietet der Beteiligte zu 3 dem oder den von seiner Tochter zu benennenden Dritten den Abschluss eines Kaufvertrags über das Wohnungseigentum an. Diese ist auch selbst zur Annahme des Angebots berechtigt. § 2 der Urkunde lautet:

„Das Angebot ist befristet bis zum Ablauf des 7.4.2015.

Der (Beteiligte zu 3) behält sich jedoch das Recht vor, das Angebot jederzeit vor Ablauf der Frist zu widerrufen; wird der Widerruf wirksam erklärt, so ist das Angebot rechtsunwirksam. Der Widerruf bedarf der Schriftform und ist gegenüber (der Beteiligten zu 4) zu erklären. Wird das Angebot nicht bis zum Ablauf des 7.4.2015, 24.00 Uhr angenommen, so erlischt es.

Zur rechtswirksamen Annahme genügt es, wenn die Annahme vor Erlöschen des Angebots oder vor wirksamem Widerruf beurkundet ist. Es ist nicht erforderlich, dass sie dem (Beteiligten zu 3) überhaupt oder bis zu diesem Zeitpunkt zugeht. Die Annahme kann nur beim amtierenden Notar, seinem Sozium, Vertreter oder Amtsnachfolger erklärt werden.“

In § 3 bewilligt und beantragt der Beteiligte zu 3 sodann zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung die Eintragung der Vormerkung.

Unter dem 10.11.2008 hat der Beteiligte zu 1 die Eintragung eines Amtswiderspruchs mit der Begründung angeregt, das Rechtsgeschäft sei wegen Minderjährigkeit der Tochter und mangels nachgewiesenen oder offenkundigen Zugangs des empfangsbedürftigen Vertragsangebots unwirksam. Ferner dürfe bei einem Vertragsangebot keine Vormerkung eingetragen werden, wenn der Verpflichtete es in der Hand habe, einseitig seine Bindung zu widerrufen. Am 18.5.2009 hat auch die Beteiligte zu 2 die Löschung der Auflassungsvormerkung von Amts wegen angeregt. Das Kaufangebot sei nichtig; es enthalte ein unzulässiges Insichgeschäft. Aufgrund der einseitigen Widerrufsmöglichkeit fehle es zudem an einem durch Vormerkung sicherbaren Anspruch.

Mit Beschluss vom 25.7.2009 hat das AG – Grundbuchamt – die Anträge zurückgewiesen. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde eingelegt, denen das Grundbuchamt mit Beschluss vom 25.8.2009 nicht abgeholfen und die Akten dem Beschwerdegericht vorgelegt hat.

Mit Schreiben vom 14.10.2009 hat der beurkundende Notar dem Beschwerdegericht eine beglaubigte Abschrift seiner Urkunde vom 13.10.2009 als Nachtrag zum Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags über Wohnungseigentum vom 19.6.2008 vorgelegt. In deren § 2 heißt es:

„Der (Beteiligte zu 3) bestätigt ausdrücklich, dass er durch Erklärung vom 20.9.2008 gegenüber der (Beteiligten zu 4) auf die Ausübung des Widerrufsrechts endgültig und vorbehaltlos verzichtet hat. Er wiederholt diesen Verzicht hiermit ausdrücklich. Der Verzicht auf Ausübung des Widerrufsrechts ist (der Beteiligten zu 4) am 20.9.2008 zugegangen. Im Übrigen bleiben sämtliche Bestimmungen der Vorurkunde unverändert und werden nochmals ausdrücklich wiederholt.“ (...)

Das LG hat mit Beschluss vom 10.12.2009 der Beschwerde stattgegeben, indem es den Beschluss des Grundbuchamts vom 25.7.2009 aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen hat, die am 30.7.2008 eingetragene Eigentumsvormerkung von Amts wegen zu löschen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3 vom 4.1.2010, die dieser mit Schriftsatz vom 2.2.2010 ergänzend begründet hat. Der Senat hat außer den Beteiligten zu 1 und 2 auch der Beteiligten zu 4 über deren gesetzliche Vertreterin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Grundbuchamt hat die Eigentumsvormerkung bisher noch nicht gelöscht.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Das Rechtsmittel bleibt erfolglos.

a) Das LG hat ausgeführt:

Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 seien begründet. Das AG habe es zu Unrecht abgelehnt, die Eintragung der Vormerkung von Amts wegen zu löschen. Der Anspruch sei nämlich nicht vormerkungsfähig. Dessen Entstehung hänge nach der Urkunde vom 19.6.2008 sowohl vom Willen des Beteiligten zu 3 ab, das Kaufangebot nicht (rechtzeitig) zu widerrufen, als auch vom Willen der Beteiligten zu 4, das Angebot anzunehmen. Die Widerrufsregelung lasse die Annahme einer gefestigten Rechtsgrundlage für den vormerkten Auflassungsanspruch entfallen. Der Beteiligte zu 3 habe sich ein jederzeitiges Widerrufsrecht ausbedungen, dessen Ausübung nicht von der Zustimmung seiner Tochter oder eines Dritten abhängig gewesen sei. Die im Beschwerdeverfahren vorgelegte Nachtragsurkunde vom 13.10.2009 führe zu keiner anderen Beurteilung. Zwar seien neue Tatsachen und Beweise im Rahmen der Beschwerdeentscheidung zu berücksichtigen. Dies gelte jedoch nicht uneingeschränkt. Die nachträgliche notarielle Verzichtserklärung gehöre nicht zum verlaublichen Grundbuchinhalt. Sie könne damit zur Beurteilung der Frage, ob eine inhaltlich unzulässige Eintragung vorliege, nicht herangezogen werden. Die inhaltliche Unzulässigkeit müsse sich aus dem Eintragungsvermerk und den dort zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungunterlagen selbst ergeben. Weitere Beweismittel und Urkunden dürften als Beurteilungsgrundlage für die Unzulässigkeit nicht herangezogen werden. Die verfahrensgegenständliche Eintragung nehme Bezug auf die notarielle Urkunde vom 19.6.2008 mit der darin enthaltenen Eintragungsbewilligung. Auch wenn die Urkunde vom 13.10.2009 einen Nachtrag darstellen solle, ändere dies nichts daran, dass sie eigenständig sei und mangels Bezugnahme nicht zum Grundbuchinhalt geworden sei.

Die inhaltlich unzulässige Eintragung der Vormerkung führe dazu, dass der Eintragungsantrag als unerledigt anzusehen und daher nach der Löschung von Amts wegen neu zu verabschieden sei. Die Eintragung sei nicht geeignet, eine Rangstelle zu wahren. Ob bzw. mit welchem Rang der Antrag voll-

zogen werden könne, hänge vom aktuellen Grundbuchstand und davon ab, dass die Eintragung nicht auch jetzt inhaltlich unzulässig sei. Die Kammer gehe davon aus, dass die Nachtragsurkunde so nicht berücksichtigt werden könne, sondern vielmehr ein neuer Antrag zu stellen wäre.

3. Dies ist aus Rechtsgründen (vgl. § 78 Abs. 2 GBO a. F., §§ 546, 559 ZPO) nicht zu beanstanden.

Der Senat verweist zunächst auf die zutreffenden Erwägungen des LG (zu II. 2.). Ergänzend ist auszuführen:

a) Nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich ihrem Inhalt nach als unzulässig erweist. Die inhaltliche Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst und/oder der dort zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (§ 885 Abs. 2 BGB) ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwendet werden. Als ihrem Inhalt nach unzulässig sind auch solche Eintragungen anzusehen, die ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem jedoch gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlaublichen (st. Rspr.; vgl. BayObLG, Rpfleger 1981, 190; *Demharter*, § 53 Rdnr. 42 und 46). Dazu gehört der Fall einer eingetragenen Vormerkung, der ein durch Vormerkung sicherbarer Anspruch nicht zugrunde liegt (BayObLG, Rpfleger 1981, 190).

Künftige wie bedingte Ansprüche können durch eine Vormerkung gesichert werden; das ergibt sich unmittelbar aus § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH können künftige Ansprüche Vormerkungsschutz jedenfalls dann genießen, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot soweit vorbereitet ist, dass die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des Berechtigten abhängt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ein unwiderrufliches formgültiges Verkaufsangebot abgegeben wurde (BGHZ 149, 1, 3; BGH, MittBayNot 2007, 45 jeweils m. w. N.). Zu verneinen ist die Vormerkungsfähigkeit indes, wenn der künftige Schuldner die Bindung noch willkürlich beseitigen kann (etwa KG, DNotZ 1972, 174; OLG Oldenburg, Rpfleger 1987, 294; LG Münster, Rpfleger 2002, 23; *Staudinger/Gursky*, BGB, § 883 Rdnr. 183 m. w. N. und Rdnr. 186 a. E.). Maßgebliche Gründe für die einschränkende Auslegung sind zum einen, dass eine unbeschränkte Eintragungsmöglichkeit von Vormerkungen für alle nur denkbaren zukünftigen Ansprüche zu einer völligen Überlastung des Grundbuchs führen könnte (BGHZ 134, 182, 185), zum anderen, dass schon die Eintragung bloßer „Hoffnungsvormerkungen“ im Hinblick auf § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB potentielle Bieter in einem Zwangsversteigerungsverfahren abschrecken kann, dieser Gefährdung der anderen Gläubiger aber kein wirklich schutzwürdiges Interesse des Vormerkungsgläubigers gegenüberstehen würde (siehe BGHZ 134, 182, 185; BGH, MittBayNot 2007, 45 für das Insolvenzverfahren).

b) Bei der vorliegenden Vertragsgestaltung ist entscheidend, dass der Verkäufer (Schuldner) ein vom Verhalten des Käufers formal eigenständiges und von dessen Willen völlig unabhängiges Widerrufsrecht besitzt. Die Zerstörbarkeit des Anspruchs auf Auflassung durch den Verkäufer unabhängig vom Willen und Verhalten des Käufers schließt eine rechtliche Bindung des Verkäufers als Voraussetzung für einen vormerkungsfähigen Anspruch aus (*Kerbusch*, Rpfleger 1987, 449). Denn Voraussetzung für die Vormerkungsfähigkeit ist, dass für die Entstehung des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs schon eine ausreichend feste Rechtsgrundlage besteht, die vom künftigen Schuldner nicht mehr einseitig zu beseitigen ist. Ein derart gesicherter Rechtsboden liegt nur vor, wenn eine vom Verpflichteten einseitig nicht mehr zerstörbare Bindung an das Rechtsgeschäft vorhanden ist (etwa

LG Münster, Rpfleger 2002, 23, 24). Dass die Käuferin tatsächlich in der Lage wäre, dem Verkäufer mit ihrer Annahmeerklärung zeitlich zuvorkommen, spielt keine Rolle. Die Willkürlichkeit, mit der der Anspruch einseitig und unabhängig vom Begünstigten wieder beseitigt werden kann, entfällt dadurch nicht.

c) Die Vorlage der Nachtragsurkunde vom 13.10.2009 erlaubt keine andere Beurteilung.

Gegenstand der Grundbucheintragung bildet die Vormerkung aufgrund Bewilligung vom 19.6.2008. Denn nur aus dem Eintragungsvermerk und der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung kann die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Eintragung hergeleitet werden (BayObLGZ 1957, 217, 223 f.; BayObLG, Rpfleger 1981, 190). Die Nachtragsurkunde ist, wie das LG zu Recht festgestellt hat, nicht Gegenstand der Grundbucheintragung.

d) Nach der Rechtsprechung des BGH kann einer eingetragenen, jedoch nicht entstandenen Vormerkung durch Bewilligung ein auf den gleichen Leistungsgegenstand gerichteter anderer Anspruch unterlegt werden, wodurch die Vormerkung ohne Neueintragung und ohne Sicherungswirkung gegen Verfügungen vor der Unterlegung entsteht (BGHZ 143, 175; BGH, NJW 2008, 578; vgl. *Palandt/Bassenge*, 69. Aufl., § 885 Rdnr. 16; a. A. *Demharter*, Anhang zu § 13 Rdnr. 13 m. w. N.). Es kann dahinstehen, ob die notwendige grundbuchrechtliche Bewilligung (§ 19 GBO) in der Nachtragsurkunde mit enthalten ist. Ebenso kann offenbleiben, ob der Zugang der materiellen Erklärung in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) nachgewiesen ist. Jedenfalls eignen sich nur solche Vormerkungen zur „Aufladung“, deren Eintragung im Grundbuch nach ihrem Inhalt zulässig ist. Unzulässige Eintragungen bringen nämlich weder ein Recht zum Entstehen noch wahren sie eine Rangstelle noch stehen sie unter dem öffentlichen Glauben. Sie können nicht die Grundlage weiterer Eintragungen bilden (*Demharter*, § 53 Rdnr. 52 m. w. N.). Davon geht ersichtlich auch der BGH aus (BGHZ 143, 175, 182). Anders als bei nicht entstandenen oder später wieder erloschenen Rechten, die durch die zulässig eingetragene Vormerkung gesichert werden sollen, ist die Löschung hier kein unnötiger Formalismus.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2010, 451 (in diesem Heft).

7. GBO § 18, 19, 23 Abs. 1, 29 Abs. 1; BGB §§ 158, 879, 883 Abs. 1, 885 (*Löschung einer Vormerkung nach dem Tode des Berechtigten*)

- Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO ist nur möglich, wenn der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des (Fort-)Bestehens des gesicherten Anspruchs ausgeschlossen ist.**
- Ist die Auflassungsvormerkung zunächst zur Sicherung eines durch den Tod des Berechtigten auflösend bedingten Anspruchs bestellt worden, so genügt der urkundliche Nachweis seines Todes zur Löschung nicht, weil als Folge der Rechtsprechung des BGH zum „Aufladen“ einer Auflassungsvormerkung**

(BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104) die Möglichkeit besteht, dass der Schuldgrund ausgewechselt worden ist und die Vormerkung inzwischen einen Anspruch sichert, dessen Bestehen durch den Tod des eingetragenen Berechtigten nicht berührt wird.

- Wegen dieser Möglichkeit kann in einem solchen Fall die Vormerkung nur aufgrund einer entsprechenden Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Gesamtrechtsnachfolger gelöscht werden, wobei im Falle der Bewilligung durch den oder die Gesamtrechtsnachfolger auch der Nachweis der Rechtsnachfolge in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden muss.**

OLG Köln, Beschluss vom 25.11.2009, 2 Wx 98/09

Eigentümer des Grundstücks war früher Herr D, der Vater des Beteiligten zu 1. Mit notariell beurkundetem Übertragungsvertrag vom 26.6.1981, durch welchen Herr D unter Zustimmung seiner Ehefrau das Grundstück die Beteiligten zu je ½-Anteil übertrug, und der in diesem Vertrag erklärten Auflassung wurden die Beteiligten am 23.9.1981 zu je ½-Anteil als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Am selben Tage wurden in Abt. II des Grundbuchs unter lfd. Nr. 2 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit – Wohnrecht für die Eheleute D –, unter lfd. Nr. 3 eine Vormerkung zur Erhaltung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung für Herrn D und unter lfd. Nr. 4 eine Vormerkung zur Erhaltung des bedingten Anspruchs auf Übereignung für Frau D eingetragen, und zwar jeweils unter Bezugnahme auf die entsprechende Eintragungsbewilligung der Urkunde vom 26.6.1981. Unter Ziffer III. 1. der Vereinbarung vom 26.6.1981 hatte sich Herr D das Recht vorbehalten, von dem Vertrag zurückzutreten und die Rückauflassung des Grundbesitzes zu verlangen, wenn die Erwerber ihre in dem Vertrag übernommenen Betreuungs-, Versorgungs- und Pflegeverpflichtungen beharrlich nicht erfüllen oder nachhaltig gegen den Geist des Vertrages verstoßen sollten. Zur Sicherung dieses bedingten Rückauflassungsanspruchs wurde die Eintragung einer unter lfd. Nr. 3 in Abt. II eingetragenen Rückauflassungsvormerkung bewilligt. Gemäß Ziffer III. 2. des Vertrages sollte nach dem Versterben von Herrn D das Recht, im Falle der Verletzung des Vertrages die Rückübertragung des Grundbesitzes zu verlangen, Frau D zustehen. Zugleich wurde zur Sicherung dieses doppelt bedingten Auflassungsanspruchs die Eintragung einer im Grundbuch unter lfd. Nr. 4 in Abt. II verzeichneten Auflassungsvormerkung bewilligt.

Mit Schriftsatz vom 9.9.2009, der am 11.9.2009 bei dem Grundbuchamt eingegangen ist, haben die Beteiligten unter Vorlage einer Sterbeurkunde betreffend Herrn D vom 14.3.1995 sowie einer beglaubigten Ablichtung vom 15.7.2009 einer Sterbeurkunde vom 5.8.2008 betreffend Frau D u. a. beantragt, die im Grundbuch in Abt. II unter lfd. Nr. 2, 3 und 4 verzeichneten Rechte zu löschen. Mit Verfügung vom 17.9.2009 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamts diesen Antrag beanstandet, soweit er das in Abt. II unter lfd. Nr. 4 bezeichnete Recht betrifft und die Beteiligten gebeten, insoweit eine Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger von Frau D vorzulegen. Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte dem widersprochen und die Auffassung vertreten hatte, die Vormerkung sei spätestens ein Jahr nach dem Tod des ehemals Berechtigten allein auf den Nachweis dieses Todes zu löschen, hat die Rechtspflegerin mit Zwischenverfügung vom 7.10.2008, deren Inhalt sie durch eine weitere Verfügung vom 28.10.2009 ergänzt und bekräftigt hat, den Eintragungsantrag beanstandet. Daraufhin haben die Beteiligten mit Schriftsatz vom 3.11.2009 Beschwerde eingelegt. Die Rechtspflegerin des Grundbuchamts hat dieser Beschwerde durch Beschluss vom 4.11.2009 nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG statthafte Beschwerde ist nicht begründet. Das Grundbuchamt hat durch die angefochtene Zwischenverfügung vom 7.10.2009 zu Recht die Löschung der in Abt. II des Grundbuchs unter lfd. Nr. 4 eingetragenen Vormerkung – nur dies ist Gegenstand der Beschwerde, welche sich ausdrücklich nur auf die

zugunsten von Frau D. eingetragene Vormerkung bezieht – von der Vorlage einer Löschungsbewilligung der Erben der eingetragenen Berechtigten sowie eines entsprechenden Erbnachweises abhängig gemacht und den Antragstellern gemäß § 18 Abs. 1 GBO eine Frist zur Behebung des bis dahin bestehenden Eintragungshindernisses gesetzt.

Die Rechtspflegerin des Grundbuchamts hat die Zwischenverfügung vom 7.10.2009 durch weitere Verfügung vom 28.10.2009 ergänzend damit begründet, dass es zwar grundsätzlich zutrefte, dass eine Vormerkung als akzessorisches Recht erlösche, wenn der durch sie gesicherte schuldrechtliche Anspruch erloschen sei. Jedoch lasse sich aufgrund der Rechtsprechung des BGH zum Wiederaufladen von Vormerkungen sowie über die Erstreckung auf weitere Ansprüche der Untergang des gesicherten Anspruchs und damit das Erlöschen der Vormerkung nicht mehr zuverlässig feststellen, weil der zugrundeliegende Anspruch ausgetauscht – auch grundlegend –, erweitert oder in sonstiger Weise verändert worden sein könne. Dem stimmt der Senat zu. Die Beschwerde veranlasst keine andere Beurteilung. Vielmehr gehen weder die Beschwerdeschrift selbst noch die weiteren, in ihr in Bezug genommenen Schriftsätze der Antragssteller auf diesen, für die Entscheidung der Rechtspflegerin tragenden Gesichtspunkt überhaupt ein.

Zur Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Eigentumsvormerkung (Auflassungsvormerkung), wie sie die in Rede stehende, in Abt. II unter lfd. Nr. 4 verzeichnete Vormerkung darstellt, bedarf es, wie für deren Eintragung grundsätzlich einer Bewilligung des Betroffenen, § 19 GBO oder eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 Abs. 1 GBO (vgl. BayObLG, MittBayNot 1997, 100; BayObLG, FGPrax 2002, 151). Eine Löschungsbewilligung der eingetragenen Berechtigten, der Frau D. oder ihrer Erben liegt nicht vor. Diese Bewilligung ist auch nicht nach § 22 Abs. 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit entbehrlich. Der Nachweis der Unrichtigkeit obliegt den Antragstellern, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich die Beweislast in einem über einen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB geführten Rechtsstreit verteilen würde (vgl. BayObLG, FGPrax 2002, 151). An die Führung des Nachweises sind, wie allgemein anerkannt ist, strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser, auch höherer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht (vgl. BayObLG, FGPrax 2002, 151; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37). Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung ist deshalb nur möglich, wenn der Antragssteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des (Fort-)Bestehens des gesicherten Anspruchs ausgeschlossen ist (vgl. BayObLG, DNotZ 1994, 182, 185; BayObLG, MittBayNot 1997, 100). Hierfür genügt, wie die Rechtspflegerin des Grundbuchamts zutreffend ausgeführt hat, im Streitfall der Nachweis des Todes der eingetragenen Berechtigten nicht. Zwar ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf eine Vormerkung auch dann nachgewiesen, wenn feststeht, dass ein durch sie gesicherter Anspruch nicht oder jedenfalls nicht mehr besteht, da die Vormerkung als Sicherungsmittel in ihrem Bestand von dem eines gesicherten Anspruchs abhängt (vgl. BayObLGZ 1969, 258, 259; BayObLGZ 1989, 363, 365; BayObLG, MittBayNot 1990, 37, 38; OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 244). Deshalb hat – darauf weisen die Antragsteller insoweit zutreffend hin – die Rechtsprechung wiederholt den Nachweis des Todes des Berechtigten dann als hinreichenden Nachweis für die Löschung einer zu seinen Gunsten eingetragenen (Rück-)Auflassungsvormerkung angesehen, wenn der durch diese Vormerkung gesicherte Anspruch von der Verletzung bestimmter (z. B. Pflege-)Verpflichtungen des Eigentümers

gegenüber dem Vormerkungsberechtigten abhängig gemacht war und die Auslegung der zugrundeliegenden Vereinbarung ergab, dass der Rückübereignungsanspruch nur zu Lebzeiten des Berechtigten sollte geltend gemacht werden können, so dass mit dessen Tod feststand, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten konnte und der gesicherte Anspruch endgültig entfallen war (vgl. BayObLG, MittBayNot 1990, 37 [„in der Regel“]; OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 244, 245; LG München II, MittBayNot 2002, 397; LG Kleve, RNotZ 2004, 265; *Ertl*, MittBayNot 1990, 39 [„üblicherweise“]). Allerdings kam auch hiernach eine Löschung der Vormerkung allein aufgrund des Nachweises des Todes dann nicht in Betracht, wenn nicht auszuschließen war, dass mit der Vormerkung auch die Sicherung der Erben des Berechtigten für den Fall beabsichtigt worden sein könnte, dass der Übereignungsanspruch zu Lebzeiten des Berechtigten entstanden und geltend gemacht worden, aber bis zum Tode des Berechtigten noch nicht durchgesetzt worden war (vgl. BGHZ 117, 390, 393; BayObLG, MittBayNot 1995, 177, 178). In diesem Fall bedurfte es dann aber des Nachweises, dass die Voraussetzungen der Übereignung an den Vormerkungsberechtigten bzw. seine Erben nicht zu Lebzeiten des Berechtigten eingetreten war.

Selbst wenn Letzteres festgestellt würde, genügt dies indes – wie die Rechtspflegerin des Grundbuchamts in der angefochtenen Zwischenverfügung zutreffend zugrunde gelegt hat – zum Nachweis des Erlöschens des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs und damit zum Nachweis einer hierdurch verursachten Unrichtigkeit der Eintragung dieser Vormerkung deshalb nicht, weil infolge der in der jüngeren Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104; BGH, NJW 2008, 578) bejahten Möglichkeit des „Aufladens“ einer Vormerkung mit anderen Ansprüchen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die im Grundbuch eingetragene Vormerkung – hier: die Vormerkung unter Nr. 4 – inzwischen einen Anspruch sichert, dessen Bestehen durch den Tod der Berechtigten nicht berührt wird, sondern der mit diesem Tod auf ihre(n) Erben übergegangen ist.

In der Eintragung einer Vormerkung müssen der Anspruchsgläubiger und der Gegenstand des zu sichernden Anspruchs bezeichnet werden, wobei zur näheren Bezeichnung des Anspruchs nach § 885 Abs. 2 BGB auf die Eintragungsbevolligung Bezug genommen werden kann; die Angabe des Schuldgrundes ist dagegen nicht erforderlich (vgl. BGH, NJW 2008, 578, 579; RGZ 133, 267, 269 f.; OLG Köln, FGPrax 2005, 103; KG, Rpfleger 1969, 49, 50; KG, DNotZ 1972, 173, 175; *Jansen*, DNotZ 1953, 382, 383; *Erman/Lorenz*, 12. Aufl. 2008, § 885 Rdnr. 18; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 1511 ff.; vgl. allerdings auch *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2008, § 885 Rdnr. 74). Mit der Eintragung des zu sichernden Anspruchs ist mithin nicht sein Rechtsgrund, sondern sein Inhalt – wie beispielsweise und hier als Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den Berechtigten – zu bezeichnen (vgl. auch *Heggen*, RNotZ 2008, 213). Im Zeitpunkt der Eintragung muss der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung diesen soll, weder fällig (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), noch begründet sein. § 879 Abs. 1 BGB ist vielmehr auf die Vormerkung entsprechend anzuwenden (vgl. BGHZ 143, 175 179 f.; BGH, NJW 2008, 578, 579). Wird eine Vormerkung vor der Begründung des zu sichernden Anspruchs im Grundbuch eingetragen, so entsteht sie mit der Begründung dieses Anspruchs. Umgekehrt erlischt sie mit dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs. Hieraus hat der BGH in seinem Urteil vom 26.11.1999 (BGHZ 143, 175 = MittBayNot 2000, 104)

die Möglichkeit abgeleitet, eine durch den Untergang des gesicherten Anspruchs erloschene Vormerkung durch einen neu begründeten Anspruch „aufzuladen“; entsprechend ist nach seiner Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben, eine wegen Nichtigkeit des zu sichernden Anspruchs zunächst unwirksame Vormerkung durch wirksame Neubegründung des Anspruchs zur Entstehung zu bringen (vgl. BGH, NJW 2008, 578, 580; OLG Frankfurt, DNotZ 1995, 539, 540; Ertl, Rpfleger 1979, 361, 364; Stürner/Heggen, LM Nr. 27 zu § 883 BGB; Wacke, DNotZ 1995, 507, 512 f. mit arg. e contrario aus § 1180 Abs. 1 BGB). Hieraus folgt nach dem Urteil des BGH vom 7.12.2007 zugleich die Möglichkeit, den gesicherten Anspruch in der Weise „auszutauschen“, dass die bereits eingetragene Vormerkung – ohne erneute oder ergänzende Eintragung im Grundbuch – von dem Beteiligten zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht wird, sofern dieser nur auf dieselbe Leistung (hier: Auffassung) wie der zunächst gesicherte Anspruch gerichtet ist (vgl. BGH, NJW 2008, 578, 579; vgl. auch BGHZ 143, 175, 181; LG Lübeck, NJW-RR 1996, 914, 915).

Diese in der Rechtsprechung bejahte Möglichkeit des „Auff Ladens“ einer erloschenen Vormerkung oder des Austauschs ihres Schuldgrundes hat indes zur Folge, dass allein der Umstand, dass eine mit dem ursprünglichen Schuldgrund der Vormerkung verknüpfte Bedingung nicht mehr eintreten kann, noch nicht den Schluss auf das Erlöschen der Vormerkung trägt. Vielmehr wird – worauf im Schrifttum zutreffend hingewiesen worden ist (vgl. Heggen, RNotZ 2008, 213, 217; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 1543 bei Fn. 299; Streuer, Rpfleger 2000, 155, 156) – durch die nach der Rechtsprechung des BGH gegebene Möglichkeit, eine erloschene Vormerkung aufzuladen oder ihren Schuldgrund ohne eine Eintragung im Grundbuch auszuwechseln, zugleich die Möglichkeit versperrt, eine Vormerkung nach § 22 Abs. 1 GBO allein aufgrund des Nachweises zu löschen, dass der gesicherte Anspruch nach den Bedingungen des – regelmäßig zu den Grundakten genommenen – Vertrages, welcher die der Eintragung der Vormerkung zugrundeliegende Bewilligung enthält – nicht mehr entstehen kann. Denn nach dem oben Gesagten setzt die Löschung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit voraus, dass das Bestehen oder Entstehen des gesicherten Anspruchs – und damit auch eines solchen Anspruchs aufgrund neuer schuldrechtlicher Grundlage – ohne jeden Zweifel ausgeschlossen ist (vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 590). Wenn aber der Vormerkung – ohne die Notwendigkeit eines klarstellenden Vermerks im Grundbuch – im Austausch gegen den bisher gesicherten ein neuer zu sichernder Anspruch unterlegt werden kann, kann aus dem Grundbuch selbst und aus den der Eintragung der Vormerkung zugrundeliegenden Unterlagen nicht mit der erforderlichen Gewissheit entnommen werden, dass die Vormerkung keinen wirksamen Anspruch mehr sichert und daher gelöscht werden könnte (vgl. Heggen, a. a. O.). Darauf, dass sich in den Grundakten – wie hier – kein Hinweis auf einen solchen Austausch findet, lässt sich die erforderliche Gewissheit, dass er auch nicht erfolgt ist, nicht gründen. Denn zum einen knüpfen die – auch für das Grundbuchamt geltenden (vgl. BayObLG, Rpfleger 2004, 417; OLG Schleswig, FGPrax 2004, 264, 265; Demharter, a. a. O., Anhang zu § 13 Rdnr. 16 m. w. N.; Palandt/Bassenge, 68. Aufl., § 891 Rdnr. 1) – Vermutungen des § 891 BGB nur an das Grundbuch selbst, nicht an die Grundakten an. Zudem ist ein Hinweis auf eine Änderung des vorgemerkten Anspruchs nach der Rechtsprechung des BGH zwar „angezeigt“ (vgl. BGH, NJW 2008, 578, 580), aber nicht Voraussetzung der Wirksamkeit eines Austauschs des Schuldgrundes der Vormerkung, so dass aus dem Fehlen eines solchen Hinweises

nicht mit der im Interesse der Grundbuchwahrheit gebotenen Sicherheit darauf geschlossen werden kann, dass ein Auswechseln des Schuldgrundes auch nicht erfolgt ist. Darauf, ob eine etwaige neue Bewilligung – wenn sie denn überhaupt beim Grundbuchamt eingereicht würde, wozu keine Veranlassung besteht (vgl. Zimmer, NJW 2000, 2978, 2980) – dann zu den Grundakten genommen werden dürfte (vgl. dazu Demharter, MittBayNot 2008, 214, 216 Fn. 22), kommt es dafür somit nicht an. Deshalb kann – wie die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes zutreffend erkannt hat – in Fällen der hier vorliegenden Art eine Vormerkung nur noch mit Bewilligung des Berechtigten bzw. seiner Gesamtrechtsnachfolger gelöscht werden (vgl. Heggen, RNotZ 2008, 213, 217), weil wegen der genannten Möglichkeit des Auswechsels eben nicht – wie indes erforderlich (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 244) – zweifelsfrei feststeht, dass der gesicherte Anspruch und mit ihm die Vormerkung erloschen ist.

Aus § 23 Abs. 1 GBO folgt nichts anderes, und zwar schon deshalb, weil es sich bei der in Rede stehenden Vormerkung selbst nicht um ein Recht handelt, das auf Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist (vgl. BayObLG, MittBayNot 1990, 37, 38). Vielmehr ist die Vormerkung lediglich zu dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch akzessorisch, der indes ausgewechselt werden kann. Soweit der Löschantrag das in Abt. II unter lfd. Nr. 2 verzeichnete Wohnungsrecht betrifft, hat ihn das Grundbuchamt nicht beanstandet.

Das Grundbuchamt hat somit zu Recht das in seiner Zwischenverfügung bezeichnete Eintragungshindernis betreffend die erstrebte Löschung der Vormerkung für gegeben erachtet. Einziges Mittel zur Behebung dieses Hindernisses ist, da die eingetragene Berechtigte verstorben ist und die Bewilligung somit nicht mehr erteilen kann, eine Löschungsbewilligung ihrer Erben. Dabei bedarf es zugleich des Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, dass diejenigen, die diese Bewilligung erteilen, auch tatsächlich die Erben der Eingetragenen sind.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von Amann, MittBayNot 2010, 451 (in diesem Heft)

8. BGB §§ 241, 311 Abs. 1, 313 (*Ausgleichspflicht des Ehegatten für Darlehen der Schwiegereltern*)

Zur Ausgleichspflicht eines Ehegatten für ein Darlehen, das der andere Ehegatte von seinen Eltern zur Finanzierung einer von den Eheleuten gemeinsam erworbenen Eigentumswohnung allein aufgenommen hat.

BGH, Urteil vom 21.7.2010, XII ZR 104/08; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Parteien streiten noch um den Ausgleich im Innenverhältnis wegen eines von der Beklagten bei ihren Eltern aufgenommenen Darlehens.

Die 1992 geschlossene, im gesetzlichen Güterstand geführte Ehe der Parteien wurde im November 2003 rechtskräftig geschieden. Im Jahr 1993 erwarben die Parteien eine Eigentumswohnung nebst zwei Pkw-Stellplätzen zum Preis von 372.000 DM (190.200,58 €). Zur Finanzierung nahmen sie zwei Bankdarlehen auf, für die sie gesamtschuldnerisch hafteten. Die Beklagte schloss außerdem am 10.6.1993 einen Darlehensvertrag mit ihren Eltern, auf dessen Grundlage sie einen Betrag von 130.000 DM (66.467,94 €) erhielt. Das Darlehen sollte zinslos gewährt werden und i. H. v. ca. 110.000 DM (ca. 56.242 €) zum Erwerb der Wohnung und im Übrigen zum Kauf der

Kücheneinrichtung nebst Zubehör verwendet werden. Die Tilgung wurde für zehn Jahre ausgesetzt und sollte danach in zehn gleichen Jahresraten erfolgen.

Seit der Trennung der Parteien im Jahr 1998 nutzt die Beklagte die Wohnung mit den gemeinsamen Kindern der Parteien. Da sie auf das Darlehen der Eltern nach Ablauf der Zehnjahresfrist nur geringe Teilzahlungen geleistet hat, wurde dieses von den Eltern mit Schreiben vom 18.3.2005 gekündigt.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Zahlung von Nutzungsentschädigung in Höhe der Hälfte des Wohnwertes verlangt. Die Beklagte hat hilfsweise mit einem Erstattungsanspruch aufgrund von Zahlungen auf eines der Bankdarlehen aufgerechnet und im Wege der Widerklage Zahlung in Höhe der Hälfte ihrer Leistungen auf das Elterndarlehen (10.108 € nebst Zinsen) sowie Freistellung in Höhe weiterer 22.976 € nebst Zinsen verlangt.

Das LG hat Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage teilweise stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr Widerklagebegehren weiter verfolgt. Die in Bezug auf die Klage eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hat der Senat zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist.

1. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in FamRZ 2009, 875 veröffentlicht ist, hat Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger wegen des von den Eltern gewährten Darlehens verneint. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Ein Gesamtschuldausgleich (§ 426 BGB) komme nicht in Betracht, da die Darlehensnehmerin allein die Beklagte gewesen sei. Auf § 748 BGB könne der Widerklageanspruch nicht gestützt werden, weil Aufwendungen zum Erwerb des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht unter die genannte Bestimmung fielen. Aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich auch keine abweichende Vereinbarung, nach der der Kläger die Darlehensverpflichtung gegenüber den Eltern übernommen habe. Die Beklagte habe zwar vorgetragen, der Kläger sei damit einverstanden gewesen, dass sie zum Erwerb der Wohnung ein Darlehen ihrer Eltern erhalte. Daraus ergebe sich jedoch nicht, dass sich der Kläger im Verhältnis zur Beklagten zum hälftigen Ausgleich verpflichtet habe. Den vorliegenden Umständen lasse sich auch keine konkludente Vereinbarung dieses Inhalts entnehmen. Der Rechtsgrund für Zuwendungen von Ehegatten während der Ehe liege in der ehelichen Lebensgemeinschaft. Der Ausgleich solcher Leistungen erfolge im gesetzlichen Güterstand über den Zugewinnausgleich. Daher bestehe bei der Aufnahme eines Darlehens zum Zweck des Vermögenserwerbs im Normalfall kein Grund, einen bestimmten Willen der Eheleute über einen internen Ausgleich des Darlehens anzunehmen. Da ein billiger Vermögensausgleich beim Scheitern der Ehe in der Regel über den Zugewinnausgleich erfolge, hätten die Ehegatten bei einzelnen Vermögensdispositionen während der Ehe normalerweise nicht die Vorstellung, deshalb müsse vom Zugewinnausgleich abgewichen werden. Eine andere Beurteilung käme unter Umständen dann in Betracht, wenn die Parteien bereits im Jahr 1993 abgesehen hätten, dass ein späterer Zugewinnausgleich zu unbilligen Ergebnissen führen könne. Dafür sei jedoch nichts ersichtlich. Dass die Parteien zu einem späteren Zeitpunkt von einer hälftigen Beteiligung des Klägers an dem Darlehen ausgegangen seien, lasse sich ebenfalls nicht feststellen. Insbesondere ergebe sich dafür nichts aus dem von der Beklagten angestregten Zugewinnausgleichsverfahren. Ein gesonderter Ausgleich nach den Grundsätzen über den Weg-

fall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) komme nicht in Betracht. Aus dem Vorbringen der Beklagten lasse sich nicht ersehen, dass die Beschränkung auf den – nach Versagung von Prozesskostenhilfe nicht durchgeführten – Zugewinnausgleich für diese zu einem untragbaren Ergebnis führe. Eine solche Feststellung sei nur im Rahmen einer Gesamtschau möglich, für die es an dem erforderlichen Vortrag fehle.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass sich die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche nicht aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben. Da die Beklagte das Darlehen bei ihren Eltern allein aufgenommen hat, sind die Parteien insofern – anders als bei den ihnen gewährten Bankdarlehen – keine Gesamtschuldner.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass die Aufwendungen für den Erwerb der Eigentumswohnung, die die Beklagte mit dem zinslosen Darlehen der Eltern bestritten haben will, nicht unter § 748 BGB fallen, weil diese Bestimmung nur die Lasten des gemeinsamen Gegenstandes sowie die Kosten seiner Erhaltung, Verwaltung und gemeinsamen Benutzung behandelt. Aufwendungen, durch die die Gemeinschaft erst begründet worden ist, fallen ebenso wenig unter § 748 BGB wie solche, die zum Beispiel eine wertsteigernde Veränderung zum Gegenstand haben (BGH, FamRZ 1992, 43, 44; BGH, WM 1975, 197; MünchKommBGB/Schmidt, 5. Aufl., § 748 Rdnr. 8).

4. a) Soweit das Berufungsgericht dem Vortrag der Beklagten keine ausdrückliche Vereinbarung über einen Ausgleich des Elterndarlehens im Innenverhältnis entnommen hat, ist dies nach den getroffenen Feststellungen ebenfalls nicht zu beanzuhängen. Auch die Revision erinnert hiergegen nichts.

b) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine konkludente Vereinbarung dieses Inhalts verneint hat, trägt die Abweisung der Widerklage indessen nicht. Das Berufungsgericht meint zwar, beim Erwerb einer Wohnung, die der gemeinsamen Lebensführung dienen solle, sei es oft nicht fern liegend, dass die Partner stillschweigend davon ausgingen, eingegangene Verpflichtungen sollten von beiden hälftig getragen werden. Eine entsprechende Regel lasse sich für die Finanzierung einer Wohnung während des Zusammenlebens von Ehegatten aber nicht allgemein aufstellen. Denn deren oft unterschiedliche Beiträge zur gemeinsamen Lebensführung stellten ehebezogene Zuwendungen dar, für die ein Ausgleich – von Ausnahmefällen abgesehen – im Rahmen des Zugewinnausgleichs erfolge, was der Annahme eines anderweitigen Ausgleichswillens entgegenstehe.

aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass es für den Ausgleich von Zuwendungen, die Ehegatten einander während des gesetzlichen Güterstandes gemacht haben, in aller Regel mit dem güterrechtlichen Ausgleich als der vom Gesetz vorgesehenen Lösung sein Bewenden haben muss. Nur in extremen Ausnahmefällen, in denen die güterrechtlichen Vorschriften den im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt nicht zu erfassen vermögen und das Ergebnis der güterrechtlichen Abwicklung schlechthin unangemessen und für den Zuwendenden unzumutbar unbillig ist, kommt ein Ausgleich nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (st. Rspr., vgl. BGHZ 115, 132, 138 = DNotZ 1992, 435; BGH, DNotZ 1998, 886 und vom 3.2.2010, XII ZR 189/06 – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

bb) Ein Vorrang des Güterrechts besteht dagegen nicht im Verhältnis zu einem Gesamtschuldnerausgleich zwischen

Ehegatten. Denn bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs nicht zu verfälschen (st. Rspr., vgl. BGHZ 87, 265, 273; BGH, FamRZ 1987, 1239, 1240; FamRZ 1988, 920, 921; FamRZ 1988, 1031). Gesamtschuldner sind einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine solche abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache ergeben (BGH, FamRZ 1995, 216, 217; FamRZ 2005, 1236, 1237; FamRZ 2007, 1975, 1976; FamRZ 2008, 602). Scheidet eine abweichende gesetzliche Regelung aus, kommt es mithin in erster Linie darauf an, ob die Ehegatten eine abweichende Bestimmung über den Ausgleich im Innenverhältnis getroffen haben.

cc) Nach einer solchen (konkludenten) Vereinbarung ist aber auch dann vorrangig zu fragen, wenn die Ehegatten nicht Gesamtschuldner eines Darlehens sind, sondern ein Ehegatte im Interesse auch des anderen ein Darlehen aufgenommen hat und zu entscheiden ist, ob ein Ausgleichs- oder Freistellungsanspruch des Darlehensnehmers gegen den anderen Ehegatten besteht. Denn eine ehebezogene Zuwendung des Ehegatten, der das Darlehen aufgenommen hat, scheidet denknotwendig aus, wenn sich eine Vereinbarung über einen Ausgleich im Innenverhältnis feststellen lässt. Damit steht auch die Rechtsprechung des BGH in Einklang, nach der es dann, wenn ein Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft Aufwendungen zur Finanzierung des gemeinschaftlichen Gegenstandes gemacht hat, im Zweifel dem Willen der Beteiligten entspricht, dass der Vorleistende einen anteiligen Erstattungsanspruch gegen die übrigen Teilhaber hat. Die Ausgleichsverpflichtung – auch unter Ehegatten – ergibt sich dann aus besonderer Vereinbarung (BGH, FamRZ 1992, 43, 44; FamRZ 1993, 676, 677; BGH, WM 1975, 1997; ebenso OLG Brandenburg, NJW-RR 2001, 1297; OLG Koblenz, NJW 2003, 1675, 1676; zustimmend MünchKommBGB/Schmidt, a. a. O., § 748 Rdnr. 8; Palandt/Sprau, 69. Aufl., § 748 Rdnr. 1; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl., Rdnr. 303; kritisch Staudinger/Langhein, 2008, § 748 Rdnr. 14; Erman/Aderhold, 12. Aufl., § 748 Rdnr. 4).

c) Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob nach den gegebenen Umständen von einer im Zusammenhang mit der Darlehensaufnahme konkludent zustande gekommenen Vereinbarung der Parteien über eine Ausgleichspflicht des Klägers hinsichtlich des Elterndarlehens auszugehen ist. Eine solche Vereinbarung ist für die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche indessen von vorrangiger Bedeutung.

5. Danach kann das angefochtene Urteil im Umfang des Revisionsangriffs mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden, da es hierzu weiterer Feststellungen bedarf. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das den Parteien Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zu geben und sodann die zum Vorliegen einer konkludenten Ausgleichsvereinbarung notwendigen Feststellungen nachzuholen haben wird.

6. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger sei mit der Darlehensaufnahme bei ihren Eltern einverstanden gewesen. Für die Richtigkeit dieses Vorbringens könnte zwar sprechen, dass ein zinsloses Verwandtendarlehen in einem Schreiben der W. B. AG vom 11.5.1993 aufgeführt ist, das zur Vorlage

bei der Landeskreditbank im Zusammenhang mit der Beantragung von Förderdarlehen diene. Unbeschadet eines möglichen Einverständnisses des Klägers müssen indessen Gründe dafür bestanden haben, dass die Beklagte das Elterndarlehen allein in Anspruch genommen hat. Eine mögliche Erklärung könnte darin bestehen, dass sie das Darlehen auch allein zurückzahlen wollte, zumal die Tilgung für zehn Jahre ausgesetzt war.

In dem Darlehensvertrag vom 10.6.1993 ist vorgesehen, dass wegen eines Betrages von 110.000 DM eine dingliche Sicherheit zu bestellen ist. Ob und ggf. in welcher Weise diese Regelung umgesetzt worden ist (etwa durch Belastung nur des Miteigentumsanteils der Beklagten), ist nicht ersichtlich. Auch hieraus können Rückschlüsse darauf zu gewinnen sein, welche Vorstellungen die Parteien über einen Ausgleich im Innenverhältnis hatten.

b) Wann mögliche Ausgleichsansprüche fällig sind, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGH, WM 1975, 197). Es dürfte ggf. einiges dafür sprechen, diesen Zeitpunkt mit dem des Scheiterns der Ehe anzunehmen (vgl. BGH, FamRZ 1993, 676, 677).

c) Hinsichtlich des Umfangs einer möglichen Ausgleichspflicht dürfte zum einen zu berücksichtigen sein, in welcher Höhe das Darlehen zur Finanzierung der Eigentumswohnung eingesetzt worden ist, und zum anderen, dass dem Kläger Nutzungsentschädigung erst für die Zeit ab 1.11.2004 zuerkannt worden ist (vgl. BGH, FamRZ 1993, 676 ff.).

9. BGB §§ 1570, 1573 Abs. 2, 1577 Abs. 2, 1578 b; ZPO § 559 Abs. 1 Satz 1 (*Tatsächliche Kinderbetreuung und Bemessung der Erwerbsobliegenheit beim nahehelichen Unterhalt aus elternbezogenen Gründen*)

1. **Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus elternbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 2 BGB besteht nur, solange der betreuende Elternteil das Kind auch tatsächlich betreut.**
2. **Ob das Einkommen des gemäß § 1570 BGB unterhaltsberechtigten Elternteils, das dieser neben der Kindesbetreuung erzielt, nach § 1577 Abs. 2 BGB bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist, hängt davon ab, in welchem Maße er nach § 1570 BGB von der Erwerbsobliegenheit befreit ist. Der pauschale Abzug eines Betreuungsbonus von seinem Einkommen kommt dagegen nicht in Betracht (im Anschluss an Senat, NJW 2005, 818 = FamRZ 2005, 442, 444, zu § 1615 I BGB).**

BGH, Urteil vom 21.4.2010, XII ZR 134/08; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nahehelichen Unterhalt. Sie schlossen im Jahre 1990 die Ehe, aus der drei Söhne hervorgegangen sind, geboren im Februar 1992, im Dezember 1993 und im August 1997. Die Kinder leben bei der Antragstellerin. Die Parteien trennten sich im Jahr 2004. Die Ehe ist seit dem 12.2.2008 rechtskräftig geschieden.

Die Parteien sind Ärzte. Beide hatten bereits bei Eheschließung ihr Medizinstudium beendet und im Zeitpunkt der Geburt ihres ersten Sohnes jeweils ihr „AiP“ (Arzt im Praktikum) absolviert. Nach der Geburt des ersten Kindes pausierte die Antragstellerin sechs Monate, um anschließend halbtags ihre Tätigkeit als Ärztin wieder aufzunehmen. Auch nach der Geburt des zweiten Sohnes setzte die Antragstellerin sechs Monate aus und arbeitete danach mit einer Drittelstelle weiter. Nach der Geburt des dritten Sohnes arbeitete sie zunächst vertretungsweise und ab 2001 mit einer Drittelstelle. Seit Oktober 2006

ist die Antragstellerin halbtags tätig. Derzeit befindet sie sich in ihrer Facharzt Ausbildung, während der Antragsgegner als Leitender Arzt tätig ist.

Das Familiengericht hat den Antragsgegner verurteilt, an die Antragstellerin ab Rechtskraft der Scheidung nachehelichen Unterhalt i. H. v. 1.183 € Elementarunterhalt zzgl. 349 € Altersvorsorgeunterhalt monatlich zu zahlen. Auf die hiergegen eingelegte Berufung des Antragsgegners hat das Berufungsgericht bei einem von ihm zugrunde gelegten Jahresbruttoeinkommen des Antragsgegners von 77.943,80 € die Unterhaltsrente auf 289,25 € Elementarunterhalt und 73,78 € Altersvorsorgeunterhalt reduziert und die Berufung im Übrigen sowie die Anschlussberufung zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Revisionen der Antragstellerin und des Antragsgegners, mit denen sie ihre Berufungsanträge weiterverfolgen und die sie vor allem auf den Umfang der Erwerbsobliegenheit der Antragstellerin im Rahmen des § 1570 BGB stützen.

Nach Verkündung seines Urteils hat das Berufungsgericht mit einstweiliger Anordnung vom 15.4.2009 dem Antragsgegner aufgegeben, ab Januar 2009 an die Antragstellerin monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 1.033 € Elementarunterhalt und 310 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Dies hat das Berufungsgericht damit begründet, inzwischen stehe das von den Parteien im Jahr 2008 tatsächlich erzielte Einkommen fest. Nach den von ihm vorgelegten Unterlagen habe der Antragsgegner im Jahr 2008 einen Bruttoarbeitslohn von 167.544,12 € erhalten. Damit sei sein Einkommen wesentlich höher, als vom Berufungsgericht aufgrund des Einkommens des Antragsgegners im Jahr 2007 und der von diesem zu seiner künftigen Einkommensentwicklung abgegebenen Erklärung angenommen worden sei. Die Antragstellerin meint, diese Entscheidung sei im Revisionsverfahren zu berücksichtigen.

Aus den Gründen:

Die Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 18. Familiensenats in Freiburg des OLG Karlsruhe vom 5.8.2008 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung (...) an das OLG zurückverwiesen.

II.

(...)

2. Der Anspruch der Antragstellerin auf Betreuungsunterhalt richtet sich nach § 1570 BGB in der seit 1.1.2008 geltenden Fassung. Danach kann ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB). Die Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770, Tz. 18 f. und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391, Tz. 16 f. m. w. N.).

§ 1570 BGB verlangt regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitberufstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen Gründe (§ 1570 Abs. 2 BGB) ist nach dem neuen Unterhaltsrecht vielmehr ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich (Senats-

urteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770, Tz. 22 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 19 m. w. N.), wobei der Gesetzgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzung einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus dem unterhaltsberechtigten Elternteil auferlegt hat (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 – Tz. 23 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 20 m. w. N.).

a) Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung unter anderem auf das Vorliegen kindbezogener Gründe i. S. d. § 1570 Abs. 1 Satz 3 gestützt.

aa) Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen. Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nachehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770, Tz. 25 m. w. N.). Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme einer kindgerechten Betreuungsmöglichkeit findet erst dort ihre Grenze, wo die Betreuung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar ist, was jedenfalls bei öffentlichen Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten oder Kinderhorten regelmäßig nicht der Fall ist (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 26 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 22 m. w. N.).

In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine kindgerechte Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes und somit nicht mehr auf kindbezogene Verlängerungsgründe i. S. v. § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB berufen. Das gilt sowohl für den rein zeitlichen Aspekt der Betreuung als auch für den sachlichen Umfang der Betreuung in einer kindgerechten Einrichtung. Umfasst etwa die Betreuung von Schulkindern in einem Hort auch die Hausaufgabenbetreuung, bleibt auch insoweit für eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil kein unterhaltsrechtlich zu berücksichtigender Bedarf (BGH, FamRZ 2009, 1391 Tz. 23).

Ein Billigkeitsanspruch auf Betreuungsunterhalt aus kindbezogenen Gründen scheidet freilich auch dann aus, wenn das Kind ein Entwicklungsstadium erreicht hat, in dem es in dem – für den Betreuungsunterhalt regelmäßig bedeutsam werden – Zeitraum zwischen Schulschluss und Beendigung der Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils sich selbst überlassen werden kann und deswegen auch keiner durchgehenden persönlichen Betreuung durch einen Elternteil mehr bedarf (vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770, Tz. 27).

Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über die Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist mithin zunächst zu prüfen, ob und welche persönliche Betreuungsleistungen im Ergebnis für das Kind überhaupt noch erforderlich sind und – soweit dies der Fall ist – ob und in welchem Umfang die begabungs- und entwicklungsgerechte Betreuung des Kindes auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, auch das konkrete Betreuungsangebot der kindgerechten Einrichtung (vgl. FamRZ 2009, 1391 Tz. 24).

Soweit demgegenüber in Rechtsprechung und Literatur zu der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung des § 1570 BGB

abweichende Auffassungen vertreten werden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpfen und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig machen, sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 28 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 25 m. w. N.). Die Betreuungsbedürftigkeit ist vielmehr nach den individuellen Verhältnissen des Kindes zu ermitteln.

bb) Gemessen hieran hält die Entscheidung des Berufungsgerichts, das die einschlägige Senatsrechtsprechung bei Verkündung seiner Entscheidung freilich noch nicht kennen konnte, einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Denn es fehlt an den hierzu erforderlichen bzw. verfahrensrechtlich belastbaren Feststellungen.

(1) Das Berufungsgericht ist zunächst im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass es für den Anspruch nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB maßgeblich auf die konkrete Betreuungsbedürftigkeit und die bestehenden Betreuungsmöglichkeiten ankommt. Die Revision des Antragsgegners rügt allerdings zu Recht, dass die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu im Ergebnis lediglich auf allgemeinen Erwägungen beruhen. Es hat zu dem Betreuungsbedarf der Kinder in seinem Urteil keine konkreten Feststellungen getroffen. ... Ein Anknüpfen an das frühere Altersphasenmodell kommt – wie oben bereits ausgeführt – nicht, auch nicht in abgeschwächter Form, in Betracht (vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 28 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 25 m. w. N.).

(...)

b) Daneben hat das Berufungsgericht der Antragstellerin aus dem Gesichtspunkt elternbezogener Gründe Betreuungsunterhalt zugesprochen.

aa) Elternbezogene Gründe sind zu prüfen, soweit nicht schon kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen. Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist Ausdruck der nahehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Betreuung (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Die Umstände gewinnen durch das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung gemeinsamer Kinder gemäß § 1570 Abs. 2 BGB an Bedeutung (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 31 f. und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 31 f.).

Ein Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB kommt namentlich in Betracht, wenn die Kinder an sich – aus kindbezogenen Gründen – einer persönlichen Betreuung nicht bedürfen, sich der betreuende Elternteil aber entsprechend der vereinbarten und praktizierten Rollenverteilung in der Ehe darauf eingerichtet hat, die Kinder weiterhin persönlich zu betreuen, etwa weil er seine Erwerbstätigkeit dauerhaft aufgegeben oder zurückgestellt hat (vgl. BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Der Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB besteht allerdings nur, solange der betreuende Elternteil das Kind entsprechend der ursprünglich gemeinsamen Abrede auch tatsächlich betreut. Ist das nicht der Fall, beruht die Unterhaltsbedürftigkeit vielmehr allein darauf, dass er infolge der Zurückstellung seiner Berufstätigkeit während der Kindesbetreuung eine angemessene Erwerbstätigkeit nicht zu finden vermag, so ergibt sich der Unterhaltsanspruch insoweit aus § 1573 Abs. 1 BGB.

Ein Anspruch auf Billigkeitsunterhalt unter dem Gesichtspunkt der elternbezogenen Gründe kann sich schließlich auch

dann ergeben, wenn und soweit die Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten unter Berücksichtigung des konkreten Betreuungsbedarfs trotz der ganztägigen anderweitigen Betreuung des Kindes noch eingeschränkt ist („überobligationsmäßige Belastung“, vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 32 und zuletzt vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Tz. 32 m. w. N.).

bb) Die zu den elternbezogenen Gründen erfolgten Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision des Antragsgegners gleichfalls nicht stand. Auch sie sind zu allgemein, als dass sie einen Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB begründen könnten.

(1) Zwar lässt sich den Gründen des Berufungsurteils entnehmen, dass die Parteien vor der Trennung offenbar einig gewesen seien, dass die Kinder in erheblichem Umfang und mit großem zeitlichen Einsatz der Eltern sportlich gefördert werden sollten und dass dies tatsächlich auch jahrelang so praktiziert worden sei, wobei die Antragstellerin mit ihrer reduzierten Erwerbstätigkeit die Hauptlast getragen habe. Inwiefern daraus aber ein über die Scheidung hinausreichendes schutzwürdiges Vertrauen auf Beibehaltung dieser ursprünglichen Rollenverteilung erwachsen ist, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. (...)

(2) Dem Einwand der Antragstellerin, wonach Kindesbetreuung und Erwerbstätigkeit zusammen nicht über einen Achtstundentag hinausgehen dürften, wenn es um die Bemessung der Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils gehe, kann nicht gefolgt werden. Ein solcher Automatismus ist dem Gesetz, das stets eine Überprüfung der individuellen Verhältnisse fordert, fremd. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Elternteil mit der Summierung von Erwerbstätigkeit und Betreuung im Einzelfall unzumutbar belastet ist. Im Übrigen verkennt die Antragstellerin, dass zwischen der Obliegenheit, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, und der Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind zu differenzieren ist. Anders als der Barunterhaltsverpflichtete, der einen Teil seines Erwerbseinkommens für den Kindesunterhalt zu verwenden hat, ist der Elternteil, in dessen Obhut das Kind lebt, verpflichtet, dem Kind Naturalunterhalt zu leisten (vgl. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Davon unberührt bleibt die Obliegenheit, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, solange keine kind- oder elternbezogenen Gründe i. S. d. § 1570 BGB diese Erwerbsobliegenheit einschränken (vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 32 und zuletzt BGH, FamRZ 2009, 1391 Tz. 32 m. w. N.).

Deshalb verbietet es sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch, vom Einkommen des Unterhaltsberechtigten einen pauschalen Betreuungsbonus abzuziehen (vgl. BGH, FamRZ 2005, 442, 444 zu § 1615 I BGB). Die Frage, ob ein eigenes Einkommen des unterhaltsbedürftigen Elternteils, das dieser neben der Kindesbetreuung erzielt, bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist, richtet sich allein nach § 1577 Abs. 2 BGB. Danach ist stets auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abzustellen (BGH, FamRZ 2005, 442, 444 zu § 1615 I BGB), die im Falle des Betreuungsunterhalts wiederum dadurch geprägt sind, in welchem Maße der Unterhaltsberechtigte wegen der Kindesbetreuung nach § 1570 BGB von seiner Erwerbsobliegenheit befreit ist.

(...)

3. Schließlich ist der Ansatz des Berufungsgerichts, die Antragstellerin habe einen ergänzenden Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB, soweit der Betreuungsunterhalt nicht ausreiche, um den Bedarf der Antragstellerin nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu

decken, zwar richtig. Jedoch lässt das Berufungsurteil auch insoweit entsprechende Feststellungen vermissen.

a) Grundsätzlich kann der Unterhaltsberechtigte neben dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt auch einen solchen auf Aufstockungsunterhalt haben.

Der Senat unterscheidet in ständiger Rechtsprechung für die Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen wegen eines Erwerbshindernisses aus §§ 1570 bis 1572 BGB und aus § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) danach, ob wegen des vorliegenden Hindernisses eine Erwerbstätigkeit vollständig oder nur zum Teil ausgeschlossen ist (BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 Tz. 20 m. w. N.). Wenn der Unterhaltsberechtigte an einer Erwerbstätigkeit vollständig gehindert ist, ergibt sich der Unterhaltsanspruch allein aus §§ 1570 bis 1572 BGB, und zwar auch für den Teil des Unterhaltsbedarfs, der nicht durch das Erwerbshindernis verursacht worden ist, sondern auf den den angemessenen Lebensbedarf übersteigenden Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (voller Unterhalt) gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB beruht. Bei einer – wie hier – lediglich teilweisen Erwerbshinderung ist der Unterhalt nach der Rechtsprechung des Senats allein wegen des durch die Erwerbshinderung verursachten Einkommensausfalls nach §§ 1570 bis 1572 BGB zu stützen und im Übrigen auf § 1573 Abs. 2 BGB (BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 Tz. 20 und BGH vom 14.4.2010, XII ZR 89/08, zur Veröffentlichung bestimmt).

b) Demgemäß hätte das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, welches Einkommen die Antragstellerin bei einer Ganztätigkeit hätte erzielen können; die Differenz zu dem tatsächlich erzielten bzw. fiktiv erzielbaren Einkommen stellt den nach § 1570 BGB geschuldeten Betreuungsunterhalt dar. Erst in einem zweiten Schritt kann festgestellt werden, ob bzw. in welcher Höhe daneben ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB besteht; denn die Höhe dieses Unterhalts ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (voller Unterhalt) gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem angemessenen Lebensbedarf (i. d. R. Einkommen aus voller Erwerbstätigkeit).

4. Weil es an hinreichenden tatrichterlichen Feststellungen fehlt, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

III.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

(...)

4. Entgegen der Auffassung der Revision des Antragsgegners dürfte es jedoch nicht zu beanstanden sein, dass das Berufungsgericht eine zeitliche Begrenzung bzw. die Herabsetzung eines möglichen Unterhaltsanspruchs der Antragstellerin gemäß § 1578 b BGB abgelehnt hat.

a) Eine zeitliche Begrenzung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deshalb aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise

fortdauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Tz. 42 und vom FamRZ 2009, 1124 Tz. 55).

b) Nicht zu beanstanden dürfte zudem sein, dass das Berufungsgericht auch wegen der von ihm festgestellten ehebdingten Nachteile auf Seiten der Antragstellerin von einer Anwendung des § 1578 b BGB abgesehen hat. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision des Antragsgegners unter Hinweis darauf, dass für das Vorliegen eines ehebdingten Nachteils die Unterhaltsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast trage, geht fehl.

aa) Die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die zu einer Befristung oder Beschränkung des nahehelichen Unterhalts führen können, trägt grundsätzlich der Unterhaltsverpflichtete, weil § 1578 b BGB als Ausnahmetatbestand konzipiert ist (BGH vom 24.3.2010, XII ZR 175/08 – zur Veröffentlichung bestimmt und BGH, FamRZ 2009, 1990 Tz. 18). In die Darlegungs- und Beweislast des Unterhaltspflichtigen fällt grundsätzlich auch der Umstand, dass der Klägerin keine ehebdingten Nachteile i. S. v. § 1578 b BGB entstanden sind (BGH vom 24.3.2010, XII ZR 175/08 – zur Veröffentlichung bestimmt, Klarstellung zu den Senatsurteilen BGH, FamRZ 2009, 1990 Tz. 18; vom 16.4.2008, XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325; vom 14.11.2007, XII ZR 16/07, FamRZ 2008, 134 und vom 28.3.1990, XII ZR 64/89, FamRZ 1990, 857).

Die dem Unterhaltspflichtigen obliegende Darlegungs- und Beweislast erfährt jedoch Erleichterungen nach den von der Rechtsprechung zum Beweis negativer Tatsachen entwickelten Grundsätzen der sekundären Behauptungslast. Danach hat der Unterhaltsberechtigte die Behauptung, es seien keine ehebdingten Nachteile entstanden, substantiiert zu bestreiten und seinerseits darzulegen, welche konkreten ehebdingten Nachteile ihm entstanden sind. Erst wenn das Vorbringen des Unterhaltsberechtigten diesen Anforderungen genügt, müssen die vorgetragene ehebdingten Nachteile vom Unterhaltspflichtigen widerlegt werden (BGH vom 24.3.2010, XII ZR 175/08 – zur Veröffentlichung bestimmt).

(...)

10. BGB §§ 138, 139, 1408, 1410; BGB a. F. § 1585 c (*Unwirksamkeit von privatschriftlichen Abänderungen eines formbedürftigen Ehevertrages*)

- 1. Die Abänderung eines notariell beurkundeten formbedürftigen Ehevertrages ist ebenfalls formbedürftig, auch wenn der Regelungsgegenstand als solcher allein keinen Formvorschriften unterläge.**
- 2. Nehmen die Parteien wesentliche Änderungen eines formbedürftigen Ehevertrages in privatschriftlicher Form vor, so sind nicht nur diese formunwirksam und nichtig, sondern können über § 139 BGB auch zur Nichtigkeit des notariellen Vertrages führen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Bremen, Hinweisbeschluss vom 11.3.2010, 5 UF 76/09

Aus den Gründen:

I.

Die Parteien werden nach erneuter Beratung im Senat auf Folgendes hingewiesen:

Der Senat hält den Ehevertrag vom 11.9.1991 wegen der Formnichtigkeit des handschriftlichen Zusatzvertrages vom

12.9.1991 für insgesamt nichtig. Er beabsichtigt daher, das Scheidungsverbunderteil des AG – Familiengericht – B vom 29.9.2009 hinsichtlich der Entscheidung in den Folge-sachen 5 (nachehelicher Unterhalt), 6 (Versorgungsausgleich), 7 (Hausratsverteilung) und 8 (Zugewinnausgleich), d. h. in Ziffer 2-5 des Urteils aufzuheben und zur erneuten Entscheidung an das Familiengericht zurückzuverweisen.

Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde:

Da der Ehevertrag vom 11.9.1991 Regelungen zum Güterrecht, Versorgungsausgleich, Hausrat und nachehelichem Unterhalt enthält, die nach dem Willen der Parteien und angesichts der Bedeutung der im Vertrag getroffenen Regelungen in einem untrennbaren Zusammenhang standen, bedurften alle Vereinbarungen der notariellen Beurkundung (BGH, FamRZ 2002, 1179), auch wenn Regelungen zum nachehelichen Unterhalt nach altem Recht formfrei möglich waren (§ 1585 c BGB a. F.). Die Formbedürftigkeit der Ursprungsvereinbarung ergreift aber auch alle Vereinbarungen, mit denen einzelne in dem notariellen Vertragswerk enthaltenen Regelungen abgeändert werden sollten (BGH, DNotZ 1988, 548; *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Aufl., Rdnr. 118; MünchKommBGB/*Einsele*, 5. Aufl., § 125 Rdnr. 18). Die Formbedürftigkeit ergreift daher auch die Zusatzvereinbarung vom 12.9.1991. Eine Ausnahme vom Formzwang macht die Rechtsprechung nur, wenn die Änderungen nur der Beseitigung unvorhergesehener Schwierigkeiten der Vertragsentwicklung ohne wesentliche Änderung der Vertragspflicht dienen (BGH, MittBayNot 2001, 390) oder die formbedürftige Verpflichtung des Hauptvertrages nur eingeschränkt oder geringfügig modifiziert wird. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Im Gegenteil schränkte die Zusatzvereinbarung nach ihrem Wortlaut die in der notariellen Vereinbarung enthaltene Regelung des nachehelichen Unterhalts, auf die sie ausdrücklich Bezug nimmt, wesentlich ein, sollte doch der Ehefrau für den Fall, dass sie die Schuld am Scheitern der Ehe trüge, jeglicher Unterhaltsanspruch versagt sein. Eine solche Regelung bedurfte daher ebenfalls der notariellen Beurkundung. Die Parteien waren sich über den inneren Zusammenhang und wohl auch die Formbedürftigkeit nicht im Unklaren, sollte doch der Zeuge W. das von den Parteien unterzeichnete handschriftliche Exemplar beim Notar L. abliefern. Da es zur Beurkundung der Zusatzvereinbarung aber nicht gekommen ist, ist diese nichtig.

Die Nichtigkeit der Zusatzvereinbarung führt hier auch gemäß § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten ehevertraglichen Regelungswerks. Nach dem Vortrag des Ehemannes, dem die Ehefrau insoweit nicht entgegen tritt, da sie den notariellen Vertrag ohnehin aus inhaltlichen Gründen als sittenwidrig (§ 138 BGB) und damit nichtig ansieht, sollten nur beide Vereinbarungen zusammen den Regelungswillen der Parteien zutreffend abbilden. Der Ehemann hat dazu ergänzend geltend gemacht, ohne die Zusatzvereinbarung hätte er die Ehe, die Wirksamkeitsvoraussetzung für die rechtlichen Wirkungen des Vertrages ist, nicht geschlossen. Aus seiner Sicht sollten also die äußerlich getrennten Regelungen zum Unterhalt der Ehefrau miteinander stehen und fallen (BGH, NJW 2007, 1131). Dafür spricht auch der enge zeitliche Zusammenhang beider Vereinbarungen sowie der Umstand, dass beide noch vor Eingehung der Ehe getroffen worden sind. Der Wille des Ehemannes zu einer einheitlichen Regelung der Unterhaltsfrage war für die Ehefrau auch klar erkennbar und ist von ihr zumindest hingenommen worden. Er wird bekräftigt durch den Umstand, dass die Parteien den Zeugen W beauftragt haben, die Zusatzvereinbarung noch vor der Eheschließung beim Notar L abzuliefern. Es ist also im vorliegenden Fall nicht anzunehmen, dass die Parteien, wäre ihnen die

Nichtigkeit der Zusatzvereinbarung und die Auswirkungen auf den notariellen Vertrag klar gewesen, zumindest die in der notariellen Urkunde enthaltenen Regelungen gewollt hätten. Deshalb ist gemäß § 139 BGB von der Gesamtnichtigkeit aller Vereinbarungen, also auch der Nichtigkeit des notariellen Vertrages, auszugehen.

Die im notariellen Vertrag enthaltene salvatorische Klausel steht dem nicht entgegen. Solche standardgemäß verwendeten Erhaltungsklauseln entbinden in der Regel nicht von der in jedem Einzelfall vorzunehmenden Abwägung, ob das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Sie weisen lediglich abweichend von § 139 BGB demjenigen die Beweislast zu, der sich auf die Gesamtnichtigkeit beruft (BGH, NJW 2003, 347; *Palandt/Ellenberger*, 68. Aufl., § 139 Rdnr. 17). Da hier unstrittig beide Parteien, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, die ursprüngliche Vereinbarung (allein) nicht gewollt hätten, ergreift die Nichtigkeit der Änderungsvereinbarung den gesamten Vertrag. (...)

Anmerkung:

Der Hinweisbeschluss des OLG, der weit über das Familienrecht hinausreicht und eigentlich das gesamte private Vertragsrecht angeht, trifft Feststellungen zu mehreren Aspekten und gibt Anlass für weitere Fragen.

1. Das OLG stellt Folgendes fest:
 - Ein Ehevertrag, der formbedürftige und formfreie Regelungsgegenstände enthält, wird, wenn sie in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, insgesamt formbedürftig.
 - Abänderungen eines solchen Ehevertrages sind selbst dann formbedürftig, wenn sie (nur) einen Vertragsgegenstand betreffen, der an und für sich formfrei ist.
 - Wird die Form nicht beachtet, wird der gesamte Ehevertrag unter den Voraussetzungen des § 139 BGB nichtig; die Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks tritt unter dieser Voraussetzung auch dann ein, wenn eine an und für sich formfreie Regelung unter Missachtung der Formbedürftigkeit abgeändert wird.
 - Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen ist nur dann zu machen, wenn im Ehevertrag geringfügige oder eingeschränkte Modifikationen vorgenommen werden oder sie durch unvorhergesehene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung veranlasst sind.
2. Diese Grundsätze wendet das OLG im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt nur auf den Fall an, dass der Ehevertrag vor der Heirat abgeschlossen und geändert worden ist. Es ist aber kein Grund ersichtlich, diese Grundsätze nicht auch dann gelten zu lassen, wenn der Ehevertrag und die Abänderung während der Ehe oder der Ehevertrag vor und die Abänderung während der Ehe vorgenommen wird. Die Ehe ist schließlich auch Bedingung und Voraussetzung für die Abwicklung des Ehevertrages.
3. Sachverhalte der dem Beschluss zugrundeliegenden Art kommen für Eheverträge, die nach dem 1.1.2008 abgeschlossen werden, wesentlich seltener als früher in Betracht. Die meisten Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt sind nämlich aufgrund des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes nicht mehr formfrei. Seither bedürfen Vereinbarungen, die vor Rechtskraft der Scheidung über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung getroffen werden, der notariellen Beurkundung (§ 1585 c Satz 2 BGB). Damit sind für die im Rahmen eines Ehevertrages üblichen Regelungspunkte

nur noch Vereinbarungen über die Ehemwohnung (§ 1568 a BGB) und über Haushaltsgegenstände (§ 1568 b BGB) formfrei. Allerdings wird auch zwischen diesen und formbedürftigen Regelungspunkten oft ein Sachzusammenhang bestehen, der den Gesamtvertrag und auch die Abänderung an und für sich nicht formbedürftiger Punkte formbedürftig macht.

4. Formfrei sind nach wie vor Vereinbarungen über den Trennungunterhalt (§ 1361 BGB mit Verweisungen) und den Kindesunterhalt (§§ 1601 ff.), die beide hin und wieder Gegenstand eines Ehevertrages sind. Auf beide kann zwar nicht verzichtet, sie können jedoch modifiziert werden, z. B. in der Weise, dass für die Zeit der Trennung ein über der gesetzlichen Höhe liegender Unterhalt gegen einen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt oder ein die gesetzliche Höhe überschreitender Kindesunterhalt als Gegenleistung gegen einen Verzicht oder Teilverzicht auf nahehelichen Unterhalt vereinbart wird. Auch bei einem in solchen Fällen anzunehmenden Sachzusammenhang und dem Vorliegen der Voraussetzungen von § 139 BGB erstreckt sich die Formbedürftigkeit auf die an sich nicht formbedürftigen Regelungsgegenstände.

5. Eine andere Konstellation kann sich ergeben, wenn die Ehe rechtskräftig geschieden, der Ehevertrag jedoch noch nicht abgewickelt ist. Nach rechtskräftiger Scheidung können Vereinbarungen zum Güterrecht (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 180; *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 4. Aufl., Rdnr. 596), zum Versorgungsausgleich (*Bergschneider*, a. a. O., Rdnr. 843) und zum nahehelichen Unterhalt (§ 1585 c Satz 2 BGB) formfrei abgeschlossen werden; für keinen der Regelungsgegenstände des Ehevertrages bedarf es dann noch einer Form. Dann kann auch für ihre Abänderung keine Form mehr verlangt werden.

6. Das OLG referiert aus der Zusatzvereinbarung zum Ehevertrag den Passus, der Ehefrau solle für den Fall, dass sie „Schuld am Scheitern der Ehe trüge“, jeglicher Unterhaltsanspruch versagt sein. Auf das Thema, ob eine derartige Vereinbarung überhaupt zulässig ist, geht es allerdings nicht ein. Im Kern handelt es sich dabei um die Frage, inwieweit eine Erweiterung der Unbilligkeitsgründe des § 1579 BGB zulässig ist. Auch wenn das deutsche Scheidungsrecht vom Zerrüttungsprinzip getragen ist, ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine solche Vereinbarung nicht zulässig sein sollte. Auch die Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung ist nicht generell anzunehmen, zumal Gesetzesbestimmungen solchen Inhalts in Nachbarländern existieren. Allerdings ist stets eine Prüfung anhand der Rechtsprechung des BGH zur richterlichen Inhaltskontrolle vorzunehmen. Eine andere Frage ist, ob eine solche Vereinbarung praxistauglich ist. Was bedeutet schon Schuld am Scheitern der Ehe, wenn man beide Ehegatten anhört?

7. Das OLG hat schließlich auch wieder einmal den Anlass, auf den geringen Nutzen standardgemäß verwendeter Erhaltungsklauseln hinzuweisen, die in der Vertragspraxis oft recht gedankenlos verwendet werden. Wird im Vertrag nicht eine genaue Abgrenzung vorgenommen zwischen einerseits denjenigen Bestimmungen, die auch dann wirksam bleiben sollen, wenn andere unwirksam sind oder werden und andererseits denjenigen, die dadurch ebenfalls unwirksam werden, dann rechtfertigen salvatorische Klauseln im Konfliktfall oft nicht die in sie gesetzten Erwartungen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Ludwig Bergschneider, München

11. BGB § 1909 Abs. 1 Satz 1 (*Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers bei der Genehmigung einer Erbausschlagung*)

Zur Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Wahrnehmung der Verfahrensrechte des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren (Genehmigung einer Erbausschlagung)

KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10

Am ... 2009 verstarb in B. Herr H. G. R., ohne ein Testament hinterlassen zu haben. Sein Halbbruder und gleichzeitig Vater des minderjährigen Kindes, Herr W. O., schlug die Erbschaft nach H. R. aus, weil der Nachlass vermutlich überschuldet war. Daraufhin erklärte Frau J. B., die allein sorgeberechtigte Mutter des Kindes als dessen Vertreterin am 15.10.2009 gegenüber dem Nachlassgericht für das Kind die Ausschlagung der Erbschaft.

Am 19.10.2009 hat die Kindesmutter die familiengerichtliche Genehmigung der Erbausschlagung beantragt. Mit Beschluss vom 14.12.2009 hat das AG Tempelhof-Kreuzberg – Rechtspflegerin – von Amts wegen Ergänzungspflegschaft für das Kind mit dem Wirkungskreis „Vertretung des Kindes hinsichtlich des Beschwerde-rechts in der Erbausschlagungsangelegenheit nach dem am ... 2009 verstorbenen H. G. R.“ angeordnet und, nachdem es den Beteiligten die beabsichtigte Maßnahme eingehend erläutert und insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt hatte, das Bezirksamt ... – ... von B. – Jugendamt – zum Pfleger bestellt. Zur Begründung hat das Gericht darauf verwiesen, dass die Kindesmutter von der Vertretung des Kindes im Verfahren der Erbausschlagung ausgeschlossen sei.

Gegen den am 30.12.2009 zugestellten Beschluss hat der bestellte Ergänzungspfleger mit Telefaxschreiben, datiert auf den 9.12.2009, bei Gericht am bzw. vor dem 13.1.2010 eingegangen, Beschwerde eingelegt und die Aufhebung des Beschlusses vom 14.12.2009 beantragt. Zur Begründung hat der Ergänzungspfleger darauf hingewiesen, aus den ihm vorliegenden Unterlagen gehe nicht hervor, dass der sorgeberechtigte Elternteil wegen eines Interessenkonflikts oder aus anderen Gründen gehindert sei, die familiengerichtliche Genehmigung der Erbausschlagung für das minderjährige Kind als gesetzlicher Vertreter entgegenzunehmen oder – falls notwendig – Beschwerde gegen den ergangenen Beschluss einzulegen. Ergänzend hat der Ergänzungspfleger auf ein Rechtsgutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V., Heidelberg, vom 16.12.2009, hingewiesen, wonach die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft in Genehmigungsfällen regelmäßig nicht erforderlich sein soll.

Aus den Gründen:

II.

2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das AG hat dem minderjährigen, im Zeitpunkt der Entscheidung elfjährigen Kind zu Recht einen Ergänzungspfleger bestellt, um diesem einen noch zu erlassenden Beschluss über die Genehmigung der Erbausschlagung zustellen zu können, weil die allein sorgeberechtigte Mutter insoweit verhindert ist, für ihre Tochter zu handeln.

a) Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Soweit aufgrund der eigenen Ermittlungen des Gerichts (§ 26 FamFG) kein geeigneter ehrenamtlicher Pfleger gefunden werden konnte und auch das Jugendamt nicht in der Lage ist, eine geeignete Person zu benennen (§ 53 Abs. 1 SGB VIII), kann das Jugendamt zum Pfleger bestellt werden (§§ 1915 Abs. 1, 1791 b BGB).

Die Voraussetzungen für eine Pflegerbestellung liegen vor: Das Kind steht, der Erklärung der Mutter zufolge, unter deren alleiniger Sorge und diese ist auch daran gehindert, das Kind in dieser Angelegenheit zu vertreten. Denn insoweit steht das Interesse des Kindes zu demjenigen der Mutter in erheblichem Gegensatz, so dass der Mutter die Vertretung zu entziehen ist (§§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 Abs. 2 BGB). Die

Annahme eines Interessengegensatzes ist die Konsequenz aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des fairen Verfahrens und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs in der Ausformung, die diese Prinzipien durch die Rechtsprechung des BVerfG erfahren haben: Nach dem Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000 muss dem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen. Für Verfahren, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, folgt daraus, dass das rechtliche Gehör nicht durch den Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden kann. Denn das rechtliche Gehör kann nicht durch diejenigen vermittelt werden, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll; vielmehr ist der Vertretene einzubeziehen (vgl. BVerfGE 101, 397 = MittBayNot 2000, 311).

Unter der Geltung des FGG verpflichtete das BVerfG die Gerichte in Genehmigungsfällen zum Erlass eines Vorbescheids: Um zu verhindern, dass dem Kind als dem Vertretenen die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Genehmigungsentscheidung abgeschnitten werden, wurde die Entscheidung in einem beschwerdefähigen Vorbescheid gegenüber dem Vertretenen zunächst angekündigt; dem nicht verfahrensfähigen, unter 14 Jahre alten Kind wurde ein Ergänzungspfleger bestellt, dem der Vorbescheid sodann zugestellt wurde (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 55 Rdnr. 12 f.; *MünchKommBGB/Huber*, 5. Aufl. 2008, § 1643 Rdnr. 43; *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1828 Rdnr. 34). Mit dem Inkrafttreten des FamFG erübrigt sich die „Vorbescheidslösung“, weil ein Beschluss, mit dem ein Rechtsgeschäft genehmigt wird, nunmehr erst mit Rechtskraft wirksam wird (§ 40 Abs. 2 FamFG; sogenannte „Rechtskraftlösung“).

Das eigentliche Problem, welches Anlass zu der Entscheidung des BVerfG gab – das Abschneiden der Rechtsschutzmöglichkeiten für den Vertretenen – ist damit jedoch noch nicht in allen Fällen gelöst (ebenso *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 297): Zwar bestimmt § 41 Abs. 3 FamFG, dass ein Beschluss, mit dem ein Rechtsgeschäft genehmigt wird, auch demjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, bekannt zu geben ist. Den Materialien zum FamFG zufolge soll mit dieser Vorschrift der Rechtsprechung des BVerfG Rechnung getragen werden; die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Rechtsinhaber selbst von der Entscheidung frühzeitig Kenntnis erlangt und damit die Möglichkeit erhält, zu Wort zu kommen und ggf. Rechtsmittel einzulegen (vgl. Einzelbeurteilung § 41 Abs. 3 FamFG, BT-Drucks. 16/6308, S. 197). Aber dem vertretenen Kind ist die Entscheidung nur dann selbst bekannt zu geben, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und weitere, einschränkende Voraussetzungen gegeben sind (vgl. §§ 164 Satz 1, 60 FamFG); in der Praxis wird das vermutlich nur in einem kleinen Teil der Fälle zutreffen. In der Mehrzahl der Konstellationen müsste die Bekanntgabe im Wege der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen, noch keine 14 Jahre alten Kindes erfolgen. Das ergibt sich aus § 41 Abs. 3 FamFG i. V. m. §§ 9 Abs. 2, 15 Abs. 2 FamFG, § 170 Abs. 1 ZPO. Wenn die Genehmigung aber dem Vertreter zugestellt würde, bleibt es bei der vom BVerfG für verfassungswidrig erkannten Konstellation; dem Vertretenen bliebe der Rechtsweg gegen die Entscheidung faktisch versperrt. Das gilt auch im vorliegenden Fall: Da das vom Verfahren betroffene Kind erst elf Jahre alt ist, wäre der Genehmigungsbeschluss der Kindesmutter als der gesetzlichen Vertreterin zuzustellen (§ 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB). Damit lässt sich das von § 41 Abs. 3 FamFG intendierte Ziel, das vertretene Kind in den Entscheidungsprozess einzubeziehen, nicht erreichen. Der Zweck des Gesetzes, dem ver-

tretenen Kind die Möglichkeit einzuräumen, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, ist vielmehr nur gewährleistet, wenn dem betroffenen Kind ein Ergänzungspfleger bestellt wird (im Ergebnis ebenso OLG Oldenburg, u. a. JAmt 2010, 34, 36 sowie *Schürmann*, FamFR 2009, 153ff.; DNotI-Report 2009, 145, 148).

Der Interessengegensatz ist auch so erheblich, dass der Eingriff in das elterliche Sorgerecht gerechtfertigt ist. Denn für die Annahme eines Interessenkonflikts genügt es bereits, wenn (nur) die Gefahr besteht, der vertretungsberechtigte Elternteil werde im Verfahren das Kindeswohl nicht mit der gebotenen Konsequenz verfolgen (vgl. *MünchKommBGB/Wagenitz*, 5. Aufl. 2008, § 1796 Rdnr. 5; *Palandt/Diederichsen*, 69. Aufl. 2010, § 1796 Rdnr. 2; § 1629 Rdnr. 24). Das liegt hier vor: Es ist nicht zu erwarten, dass der Elternteil, wenn die zu erlassende Entscheidung seinem Antrag entspricht, den Beschluss noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls prüft, zumal dabei auch andere als nur wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle spielen können.

b) Das Rechtsgutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V., Heidelberg (DIJuF), vom 16.12.2009 vermag in den hier entscheidenden Passagen (S. 4 f. des Gutachtens; der erste Teil des Gutachtens deckt sich mit demjenigen vom 28.10.2009, JAmt 2009, 553 ff.) nicht zu überzeugen: Das DIJuF führt im Wesentlichen aus, außerhalb des Falls der §§ 1795, 1796 BGB sei nicht davon auszugehen, dass sich allein aus dem Genehmigungsverfahren ein Interessenkonflikt ergeben könne; die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft sei nicht erforderlich, weil der Vertreter des Kindes, dessen Handeln bzw. dessen Erklärung der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe, berechtigt sei, als Vertreter des Kindes die Genehmigung entgegenzunehmen. Die Entscheidung BVerfGE 101, 397 stünde nicht entgegen, weil diese sich lediglich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des FamFG beziehe und der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 40 Abs. 2 FamFG, der sogenannten „Rechtskraftlösung“, der Rechtsauffassung des BVerfG bereits Rechnung getragen habe. Diese Argumentation greift ersichtlich zu kurz; sie übersieht, dass das vom BVerfG bemängelte Sachproblem – die Gefahr, dass durch die Einschaltung eines Vertreters dem eigentlichen Rechtsinhaber die Möglichkeit genommen wird, in das Verfahren einzugreifen – durch die Regelung in §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 3 FamFG allenfalls partiell gelöst wird und insbesondere in Fällen fortbesteht, in denen das betroffene Kind weder im Verfahren persönlich gehört (§ 159 FamFG) noch die Entscheidung ihm persönlich bekannt gegeben wurde (§§ 164, 41 Abs. 3 FamFG). Auch werden im Rechtsgutachten keine Gründe dafür aufgezeigt, die geeignet wären, ein Abgehen von der bereits unter Geltung des FGG geübten Praxis, dem Kind zum Zwecke der Zustellung einen Ergänzungspfleger zu bestellen, zu rechtfertigen. Denn die Einführung der „Rechtskraftlösung“ ändert nichts daran, dass der Beschluss im Fall eines Kindes, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, dessen gesetzlichem Vertreter zuzustellen ist (vgl. *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 298 f.).

c) Entgegen der Anregung des Jugendamtes im Schreiben vom 9.12.2009 und entgegen einer in der Literatur, insbesondere in Teilen des notarrechtlichen Schrifttums (vgl. *Heinemann*, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 158; *Litzenburger*, RNotZ 2009, 380, 381; *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 5 f. sowie *MünchKommZPO/Utrici*, 3. Aufl. 2010, § 41 FamFG Rdnr. 14; *Bork/Jacoby/Schwab/Elzer*, FamFG, 2009, § 41 Rdnr. 17; *Weber*, RpflStud 2009, 129, 132; *Stößer*, FamRB 2010, 39) verbreiteten Ansicht kann die nach den vorstehenden Ausführ-

rungen erforderliche Anordnung einer Ergänzungspflegschaft nicht durch die Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind (§ 158 FamFG) ersetzt werden: Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut des Gesetzes und der Funktion des Verfahrensbeistandes. Nach § 158 Abs. 1 FamFG kommt die Bestellung eines Verfahrensbeistandes nur in Angelegenheiten in Betracht, die die Person des Kindes betreffen und damit nicht in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem es um die Vertretung des Kindes (§ 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB) im Zuge einer Erbausschlagung – einer vermögensrechtlichen Angelegenheit – geht. Dem steht auch der Sinn und Zweck der Verfahrensbeistandschaft entgegen: Mit § 50 FGG, dem durch die Kindschaftsrechtsreform mit Wirkung zum 1.7.1998 geschaffenen Vorläufer des heutigen § 158 FamFG sollte ausschließlich die Stellung des Kindes in einem seine Person betreffenden Verfahren gestärkt werden; der „Anwalt des Kindes“ sollte die kindlichen Interessen in einer Weise in das Verfahren einbringen, die der grundrechtlichen Position des Kindes hinreichend Rechnung trägt (vgl. MünchKommZPO/Schumann, 3. Aufl. 2010, § 158 FamFG Rdnr. 1). Die vereinzelt vertretene Auffassung, der Gesetzgeber des FamFG habe eine Erstreckung der Bestimmung auch auf vermögensrechtliche Angelegenheiten „sehenden Auges“ in Kauf genommen, weil die Notwendigkeit, den Genehmigungsbeschluss dem minderjährigen Kind zustellen zu müssen, bereits vor Erlass des FamFG bekannt gewesen sei (vgl. Weber, RpfStud 2009, 129, 131 f.), geht offensichtlich fehl: Denn bereits unter Geltung des FGG wurde darauf hingewiesen, dass eine analoge Anwendung von § 50 FGG in rein vermögensrechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen ist (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt, FGG, 15. Aufl. 2003, § 55 Rdnr. 13). Letzte Zweifel, ob die Verfahrensbeistandschaft in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang ein tauglicher Ersatz für die Ergänzungspflegschaft sein kann, werden schließlich durch § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG mit der gebotenen Deutlichkeit ausgeschlossen: Der Verfahrensbeistand ist kein gesetzlicher Vertreter des Kindes, für das er tätig wird. Der Verfahrensbeistand handelt vielmehr in eigenem Namen und hat nicht die Funktion, rechtliche Willenserklärungen für das Kind abzugeben oder entgegenzunehmen (vgl. Einzelbegründung § 158 FamFG, BT-Drucks. 16/6308, S. 240). Da Zustellungen für nicht verfahrensfähige Personen an deren gesetzlichen Vertreter zu bewirken sind (§§ 41 Abs. 3, 15 Abs. 1, Abs. 2, § 9 Abs. 2 FamFG, § 170 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Keidel/Engelhardt, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 158 Rdnr. 39), kann der Verfahrensbeistand insoweit den Ergänzungspfleger nicht ersetzen (im Ergebnis ebenso OLG Oldenburg, JAmt 2010, 34, 35 sowie Keidel/Engelhardt, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 158 Rdnr. 6; Zöller/Philippi, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 158 FamFG Rdnr. 1; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299; Schürmann, FamFR 2009, 153ff.; Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426; DNNotl-Report 2009, 145, 148).

d) Dem Ergänzungspfleger ist darin beizupflichten, dass das Ergebnis unbefriedigend ist: Die in der Verkürzung der Beschwerdefrist auf zwei Wochen (§ 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) zum Ausdruck kommende Intention des Gesetzgebers, Genehmigungsverfahren im Interesse der Rechtsklarheit zügig und ohne unnötigen Aufwand abzuwickeln (vgl. Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 2009, § 63 Rdnr. 4; Schürmann, FamRB 2009, 24, 25), wird unterlaufen, weil das Verfahren durch die erforderliche Bestellung eines Ergänzungspflegers in einem gesonderten Verfahren schwerfällig wird und weil die Pflegerbestellung als Endentscheidung innerhalb der Regelfrist von einem Monat mit der Beschwerde isoliert angefochten und das Genehmigungsverfahren somit blockiert werden kann (§§ 58 Abs. 1, 63 Abs. 1, 3 FamFG). Zu berücksichtigen

ist weiter, dass durch diese Vorgehensweise verhältnismäßig einfach zu bewältigende, leicht zu überblickende und in der Praxis gehäuft auftretende Angelegenheiten wie hier die Ausschlagung eines überschuldeten Nachlasses durch ein Kind, nachdem ein anderer, vorrangig berufener gesetzlicher Erbe bereits die Ausschlagung erklärt hat, dadurch ohne erkennbaren sachlichen Gewinn aufgebläht werden. Schließlich ist nicht zu verkennen, dass die knappen Ressourcen der Jugendämter – die in der Praxis aufgrund des Fehlens anderer, geeigneter Personen in der Regel zu bestellen sein werden (§§ 1915 Abs. 1, 1791 b BGB, 53 Abs. 1 SGB VIII) – hierdurch in nicht unerheblichem Maß belastet werden. Die gesetzlichen Bestimmungen, namentlich zur Einbeziehung des Kindes in das Verfahren und seine Vertretung, sind indessen eindeutig und lassen keinen Spielraum; die mit dieser Verfahrensweise verbundenen Erschwernisse sind die zwangsläufige Folge aus der mit dem FamFG erfolgten Neuordnung der formellen Beteiligung von Kindern am Verfahren. Eine dies korrigierende Auslegung übersteigt die Befugnisse der Rechtsprechung (ebenso OLG Oldenburg, JAmt 2010, 34, 36).

e) Im Ergebnis erweist sich der angegriffene Beschluss daher als zutreffend. Für das minderjährige Kind ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen, der dessen Verfahrensrechte wahrnimmt und das Kind insoweit auch gesetzlich vertritt. Nachdem es im vorliegenden Fall um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht und das Kind aufgrund seines Alters – elf Jahre – noch nicht die erforderliche Reife besitzt, bestehen keine Bedenken, dass das Familiengericht von einer persönlichen Anhörung abgesehen hat (§§ 159, 34 FamFG). Die Entscheidung des OLG Oldenburg vom 26.11.2009 (JAmt 2010, 34), wonach das minderjährige Kind in vermögensrechtlichen Angelegenheiten jedenfalls schriftlich anzuhören ist, unterscheidet sich vom vorliegenden Fall dadurch, dass das verfahrensbetroffene Kind in jenem Fall bereits 17 Jahre alt war, so dass schon deshalb eine andere Beurteilung angezeigt erscheint.

12. BGB §§ 2269 Abs. 1, 2273, 2315 Abs. 1, 2316 Abs. 1, 2317, 2346, 2348 (*Anrechnung lebenszeitiger Zuwendungen bei Berliner Testament*)

1. **Setzen sich im Rahmen eines Berliner Testaments die Ehegatten wechselseitig zu Erben ein, so ist nach dem Tod des Letztversterbenden im Rahmen der Berechnung eines Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruchs in der Regel von zwei getrennten Erbfällen und nicht nur von einem Erbfall auszugehen, auch wenn die Erblasser bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments nur einen begünstigenden Erbfall bedacht haben (in Anknüpfung an BGHZ 88, 102 = NJW 1983, 2875; BGH, NJW 1983, 277).**
2. **Für einen stillschweigenden Pflichtteilsverzicht bedarf es unter Berücksichtigung einer ergänzenden Testamentsauslegung bzw. der Andeutungstheorie gesicherter Anhaltspunkte (in Anknüpfung an BGHZ 22, 364 = NJW 1977, 390; OLG Düsseldorf, MittBayNot 1999, 574; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 906; BayObLG, MDR 1981, 673).**

OLG Koblenz, Beschluss vom 14.6.2010, 2 U 831/09

Die Parteien sind Kinder der Eheleute ... (Vater – V), und ... (Erblasserin – E). Aus dieser Ehe sind insgesamt vier Kinder hervorgegangen, neben den Parteien noch Dr. D. B. Die Eltern der Parteien errichteten

1996 ein notarielles gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich wechselseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben eingesetzt und für den Fall des Todes des Letztversterbenden ihre vier Kinder zu gleichen Teilen als Erben berufen haben. Zugleich hatten sie Vermächtnisse ausgesetzt und in Ziffer IV. der notariellen Urkunde angeordnet, dass zugunsten der Kläger erfolgte Vausempfänge (90.000 DM für die Kläger zu 1, 1/2-Anteile an zehn Eigentumswohnungen für beide Kläger) auszugleichen sind. In Ziffer X. hatten die Eltern ferner die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments dahingehend eingeschränkt, dass der Überlebende berechtigt sein sollte, sämtliche Verfügungen – mit Ausnahme der gegenseitigen Erbeinsetzung – zu ergänzen, abzuändern oder aufzuheben und erneut zu verfügen, dies alles jedoch nur zugunsten gemeinschaftlicher Abkömmlinge.

Zuvor hatten die Eltern der Kläger zu 1 mit Vertrag von 1995 ein zinsloses Darlehen über 110.000 DM gewährt und einen weiteren Betrag von 90.000 DM „als vorgezogenes Erbe“ zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus hatten die Eltern mit notariellem Übergabevertrag vom 28.12.1995 die von ihnen gehaltenen Miteigentumsanteile an insgesamt zehn Eigentumswohnungen – insgesamt jeweils 1/2-Miteigentumsanteil mit einem Gesamtwert von 662.000 € – beiden Klägern geschenkt. In Ziffer II. des notariellen Vertrags ist bestimmt:

„Die Erwerber haben sich die Übertragung mit ihrem Wert im Zeitpunkt des Erbfalls auf ihren Erbteil bzw. Pflichtteil nach den Übergebern anrechnen zu lassen.“

V verstarb am ... und wurde von E allein beerbt. Mit notariellem Testament von 1997 hob E sämtliche in den Ziffer II.–IX. des gemeinschaftlichen Testaments getroffenen Bestimmungen auf und setzte nunmehr den Beklagten zu ihrem Alleinerben ein. Bezüglich der Eigentumssetze, in der Dr. D. B. seine Praxis betreibt, setzte sie ein Vermächtnis zu dessen Gunsten aus. Mit notariellem Testament von 1999 regelte sie das ausgesetzte Vermächtnis neu. 1999 übertrug sie ein EFH dem Beklagten zu Eigentum (Wert: 390.899,84 €) und 2005 errichtete sie ein weiteres Testament, in dem sie unter Widerruf der früheren Vermächtnisse den Beklagten zum Alleinerben einsetzte. E verstarb am ... 2005 und wurde nach den testamentarischen Verfügungen vom Beklagten allein beerbt.

Im Wesentlichen haben die Parteien über die Rechtsfrage gestritten, ob auf ihren Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch nur die lebzeitigen Zuwendungen der E oder aber die beider Elternteile anzurechnen sind.

Das LG ist der Auffassung des Beklagten gefolgt und hat auf die Pflichtteilsansprüche nach E sowohl deren Zuwendungen wie auch die des V angerechnet. Es hat den Beklagten verurteilt, den Kläger als Gesamtgläubigern 1.741,21 € nebst Zinsen zu zahlen. Das LG hat hinsichtlich der Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgeführt, dass die getroffene Anrechnungsregelung so zu verstehen sei, dass sich die Kläger die ihnen zugewendeten Wohnungseigentumsanteile mit ihrem Gesamtwert (bezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalls) auf ihren Erb- bzw. Pflichtteil anrechnen lassen müssten. Dies ergebe sich einerseits daraus, dass die Klausel in Ziffer II. der notariellen Urkunde nicht zwischen einer Übertragung des V einerseits und der E andererseits unterscheide und in der Schlussklausel lediglich von einer Anrechnung „nach den Übergebern“ die Rede sei. Dass die Anrechnung in dieser Form vollzogen werden sollte, habe ersichtlich auch dem Willen und der Interessenlage der Eltern entsprochen. Mit der Errichtung ihres gemeinschaftlichen Testaments von 1996 hätten die Eltern eindeutig dokumentiert, dass es nach ihren Vorstellungen nur einen die Kinder begünstigenden Erbfall geben sollte. Dann aber müsse es aus ihrer Sicht auch folgerichtig sein, dass bei diesem Erbfall der gesamte Vausempfang auf den Erbteil der Kinder angerechnet werde. Es könne als sicher gelten, dass die Eltern den Übergabevertrag mit den Klägern im Vorgriff auf die zu diesem Zeitpunkt bereits beabsichtigte umfassende Regelung im gemeinschaftlichen Testament getroffen hätten. Offensichtlich sollte die Übertragung der Eigentumswohnungen, sei es aus erbschaftsteuerlichen oder anderen steuerlichen Gründen, noch im Jahre 1995 erfolgen, worauf der gewählte Zeitpunkt kurz vor dem Jahresende hindeute, und sei deshalb vorgezogen worden. Damit sei die Anrechnungsbestimmung, soweit sie sich auf den Erbteil der Kinder beziehe, eindeutig definiert.

Hiergegen hat sich der Kläger zu 2 mit seiner Berufung gewandt. Er hat unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiteren 17.745 € nebst Zinsen beantragt.

Der Beklagte hat im Verlaufe des Berufungsverfahrens einen Betrag von 19.324,59 € an den Kläger zu 2 geleistet. Es handelte sich dabei um die Hauptforderung von 17.745 € nebst Zinsen. Die Parteien haben darauf hin den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung hätte ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses Erfolg gehabt. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes waren die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen und die erstinstanzlichen Kosten, wie tenoriert, zu verteilen.

Die Berufung hat zu Recht gerügt, dass die vom LG vorgenommene Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments gegen zwingendes Recht verstößt. § 2317 BGB bestimmt, dass der Anspruch auf den Pflichtteil mit dem Erbfall entsteht. Der Pflichtteilsberechtigte hat sich nach § 2315 Abs. 1 BGB auf den Pflichtteil das anrechnen zu lassen, was ihm vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Der Pflichtteil eines Abkömmlings bestimmt sich, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde, nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichspflichten bei der Teilung entfallen würde (§ 2316 Abs. 1 BGB). Eine Zuwendung der in § 2315 Abs. 1 BGB bezeichneten Art kann der Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten ausschließen.

Das LG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die Kläger den vollen Wert der von beiden Elternteilen übertragenen Anteile an den Eigentumswohnungen auf den Pflichtteil anrechnen lassen müssen. Vielmehr ist nur das in Anrechnung zu bringen, was den Klägern allein von E zugewendet worden ist. Die vom LG vorgenommene Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments, wonach die Eltern die Vorstellung hatten, dass es nur einen die Kinder begünstigenden Erbfall gebe, entspricht nicht der Gesetzeslage und der Rechtsprechung des BGH.

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 13.7.1983, IVa ZR 15/82 (BGHZ 88, 102 = NJW 1983, 2875; vgl. auch BGH, NJW 1983, 277; ferner *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 2303 Rdnr. 1; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 2. Aufl., § 2315 Rdnr. 3) hierzu ausgeführt, dass nach § 2317 Abs. 1 BGB mit dem – also mit jedem – Erbfall der Anspruch des durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmlings gegen den Erben auf Auszahlung des Pflichtteils entsteht. Jedes von seinen Eltern enterbte Kind hat danach zwei Pflichtteilsansprüche, je einen beim Tode jedes Elternteils. Daran ändert sich nichts durch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Auch dann sind die Erbfolge nach der Mutter und diejenige nach dem Vater deutlich auseinanderzuhalten. Auch das Berliner Testament regelt nach dem eindeutigen Wortlaut der §§ 2269, 2273 BGB nicht einen, sondern zwei Erbfälle. Der Tod des erstversterbenden Ehegatten hat zur Folge, dass sein Vermögen als Ganzes auf den überlebenden Ehegatten übergeht. Stirbt später dann der überlebende Ehegatte, so wird bei diesem zweiten Erbfall der im Berliner Testament als Schlusserbe eingesetzte Dritte i. d. R. dessen Erbe. Jeder dieser beiden Erbfälle löst für den Enterbten, wie ausgeführt, einen Pflichtteilsanspruch aus.

Im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute B. von 1996 oder im Übergabevertrag von 1995 kann auch kein stillschweigender Verzicht auf den Pflichtteil bzw. ein Pflichtteil-

sergänzungsanspruch gesehen werden. In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob im Hinblick auf die Formvorschriften in §§ 2346, 2348 BGB ein stillschweigender Erb- oder Pflichtteilsverzicht möglich ist. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 22, 364 = NJW 1977, 390) und OLG Düsseldorf (OLGR Düsseldorf 2000, 330) soll ein stillschweigender Verzicht auf das Erb- oder den Pflichtteil auch im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments grundsätzlich möglich sein. Die Kommentarliteratur hält dies wohl überwiegend im Hinblick auf die Formvorschriften der §§ 2346, 2348 BGB nicht für möglich (*Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2346 Rdnr. 13–15; *MünchKommBGB/Strobel*, 2004, § 2348 Rdnr. 2 a). Eine vermittelnde Ansicht vertritt *Mayer* (a. a. O., § 2346 Rdnr. 8), wonach unter Berücksichtigung der Andeutungstheorie und der ergänzenden Auslegung zu prüfen sei, ob von einem stillschweigenden Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht auszugehen sei. Das OLG Hamm (NJW-RR 1996, 906) und das BayObLG (MDR 1981, 673) verlangen hierfür deutliche Anhaltspunkte.

Die vom LG vorgenommenen Ausführungen bieten auch unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums genannten Kriterien keine Anhaltspunkte für einen Verzicht der Kläger auf die Geltendmachung von Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Die Abkömmlinge waren an der Gestaltung des gemeinschaftlichen Testaments ihrer Eltern nicht beteiligt und haben diesbezüglich keine Erklärungen abgegeben. Die Formulierung unter Ziffer II. des gemeinschaftlichen Testaments, wonach die Erbeinsetzung unabhängig davon erfolge, welche Pflichtteilsberechtigten zum Zeitpunkt des Ablebens des zuerst versterbenden Ehegatten noch vorhanden sein sollten, spricht mehr dafür, dass die Eheleute nicht von einem Pflichtteilsverzicht eines ihrer Abkömmlinge ausgegangen sind. Auch unterscheidet sich vorliegende Fallgestaltung deutlich von dem Sachverhalt, den der BGH in seiner Entscheidung BGHZ 22, 364 zu beurteilen hatte. Dort war in einem Erbvertrag eines der Kinder als Schlusserbe eingesetzt worden, während den anderen Kindern Vermächtnisse zugewandt wurden, für den Fall, dass sie keine Pflichtteilsansprüche geltend machen. Im vorliegenden Fall sind jedoch sämtliche Kinder als Schlusserven eingesetzt worden, ohne dass irgendwelche Erklärungen abgegeben wurden, die im Rahmen der Andeutungstheorie oder der ergänzenden Testamentsauslegung als Pflichtteilsverzicht ausgelegt werden könnten.

Auch der Übergabevertrag zwischen V und den Klägern von 1995 bietet keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Verzicht der Kläger auf die Geltendmachung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der zulasten der Klägern in Ansatz zu bringende Wert für die zehn Eigentumswohnungen nur zur Hälfte, d. h. mit 165.500 € und nicht mit 331.000 € zu berücksichtigen ist. Dies führt unstreitig rechnerisch dazu, dass dem Kläger zu 2 im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs weitere 17.745,11 € nebst Zinsen gegenüber dem Beklagten zugestanden haben.

13. BGB § 1945; BayAGGVG Art. 37 (*Keine Entscheidung über die Wirksamkeit einer Erbschaftsausschlagung außerhalb eines Erbscheinsverfahrens*)

Das Nachlassgericht ist grundsätzlich nicht befugt, über die Wirksamkeit einer Ausschlagung der Erbschaft außerhalb eines Erbscheinsverfahrens förmlich zu ent-

scheiden. Eine solche Entscheidung ist auch im Rahmen einer nach Landesrecht durchzuführenden Ermittlung der Erben von Amts wegen nicht veranlasst (Fortführung von BayObLGZ 1985, 244).

OLG München, Beschluss vom 25.2.2010, 31 Wx 20/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Erblasser ist am (...) 2008 verstorben. Eine letztwillige Verfügung liegt nicht vor. Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau, die Beteiligte zu 2 das einzige Kind des Erblassers. Beide haben jeweils am 24.10.2008 zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Ausschlagung der Erbschaft erklärt und die Versäumung der Ausschlagungsfrist angefochten. Ein Erbscheinsantrag ist nicht gestellt. Mit Beschluss vom 19.11.2008 hat das Nachlassgericht ausgesprochen, dass die Ausschlagungen unwirksam seien; sie seien verspätet. Beide Beteiligte haben Beschwerde eingelegt. Mit Beschluss vom 22.1.2010 hat das LG die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 den angefochtenen Beschluss aufgehoben, soweit er sie betrifft. Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist insoweit begründet, als eine Entscheidung des Nachlassgerichts – und des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts – zur Wirksamkeit der Ausschlagungserklärungen vom 24.10.2008 nicht veranlasst war.

1. Das Nachlassgericht ist grundsätzlich nicht befugt, außerhalb eines bei ihm anhängigen Verfahrens – etwa auf Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins – durch förmliche Entscheidung über die Wirksamkeit einer Ausschlagung zu befinden.

a) Geht dem Nachlassgericht eine Erklärung über die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 BGB) oder eine als Ausschlagung geltende Anfechtung der Annahme (§§ 1957 Abs. 1, 1955 BGB) zu, so hat es zunächst lediglich seine örtliche Zuständigkeit zu prüfen und, falls es zuständig ist, die Erklärung entgegenzunehmen. Gemäß § 1953 Abs. 3 Satz 1 BGB teilt es die Ausschlagung bzw. die Anfechtung der Annahme demjenigen mit, dem die Erbschaft infolge der Ausschlagung oder im Falle der Wirksamkeit der Anfechtung anfällt. Hingegen prüft das Nachlassgericht im Ausschlagungsverfahren die Wirksamkeit jener Erklärung nicht, so dass es die Erklärung nicht als ungültig oder verspätet zurückweisen darf und diese selbst dann entgegennehmen muss, wenn es sie für verspätet oder unwirksam hält. Erteilt das Nachlassgericht dem Erklärenden auf dessen Verlangen eine Bestätigung über den Eingang der Erklärung, so hat sich eine solche auf die Tatsache des Eingangs zu beschränken und sich nicht über ihre Wirksamkeit zu äußern (*Staudinger/Otte*, 2008, § 1945 Rdnr. 24).

b) Über die Wirksamkeit einer Ausschlagung oder Anfechtung der Annahme hat das Nachlassgericht grundsätzlich erst im Erbscheinsverfahren zu befinden. Außerhalb dieses Verfahrens ist – vom Fall der Feststellung des Fiskuserbrechts (§ 1964 BGB) abgesehen – eine feststellende Entscheidung des Nachlassgerichts über ein Erbrecht oder die Wirksamkeit einer Ausschlagung der Erbschaft oder der Anfechtung ihrer Annahme als Voraussetzung eines Erbrechts nicht vorgesehen (vgl. BayObLGZ 1985, 244, 247 f. m. w. N.; *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 1945 Rdnr. 7; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1945 Rdnr. 13; *MünchKommBGB/Leipold*, 4. Aufl., § 1945 Rdnr. 14; *Staudinger/Otte*, § 1945 Rdnr. 13). Es besteht auch kein Bedürfnis dafür, ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung einen derartigen feststellenden Beschluss

des Gerichts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzulassen, denn er bindet weder die Beteiligten noch andere Gerichte und begründet auch keine Rechtsvermutung wie etwa der Erbschein (§ 2365 ff. BGB; vgl. BayObLGZ 1985, 244, 251).

2. Allerdings wurde für den Fall der amtlichen Ermittlung der Erben nach Landesrecht in der Entscheidung des BayOLG vom 22.3.1968 ausgeführt, gegen die Zulässigkeit eines Beschlusses über die Wirksamkeit einer Ausschlagungserklärung bestünden keine Bedenken, denn so könne das Nachlassgericht förmlich und unter Darlegung der Gründe über das Ergebnis der Erbenermittlung befinden (BayObLGZ 1968, 68, 71 zum damals geltenden Art. 3 Abs. 1 NachlG; ebenso *Soergel/Stein*, § 1945 Rdnr. 13 a. E.; *Palandt/Edenhofer*, § 2358 Rdnr. 14). Ob daran festzuhalten ist, erscheint fraglich. Zweck der amtlichen Erbenermittlung nach den jetzt gültigen Vorschriften (Art. 37 AGGVG) ist in erster Linie die Vorbereitung einer Entscheidung über das Erbrecht und die Sicherung der erforderlichen Entscheidungsgrundlagen und Beweismittel (BayObLGZ 1985, 244, 250), während die Entscheidung selbst in einem nachfolgenden Erbscheinsverfahren zu treffen ist. Auch nach amtlicher Erbenermittlung entfaltet der lediglich feststellende Beschluss weder Bindungs- noch Rechtsscheinwirkung und stellt so für das Nachlassgericht und die Beteiligten eher eine unnötige Belastung dar. Das spricht dafür, auch in Fällen amtlicher Erbenermittlung einen feststellenden Beschluss des Nachlassgerichts als unzulässig anzusehen.

Im vorliegenden Fall kommt es auf diese Frage nicht entscheidend an, weil nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 AGGVG ohnehin keine Ermittlung der Erben von Amts wegen durchzuführen ist: Zum Nachlass gehört weder ein Grundstück noch ein grundstücksgleiches Recht noch ist sonst ein die Beerdigungskosten übersteigender Nachlass vorhanden. Die Beteiligte zu 1 hat angegeben, es sei „nichts vorhanden“, während bereits die aus den Nachlassakten ersichtlichen Forderungen von Gläubigern des Erblassers eine Größenordnung von über 20.000 € erreichen.

Anmerkung:

Der Senat kommt zum Ergebnis, dass das Nachlassgericht grundsätzlich nicht befugt sei, über die Wirksamkeit einer Ausschlagung der Erbschaft außerhalb eines Erbscheinsverfahrens förmlich zu entscheiden. Eine solche Entscheidung sei auch im Rahmen einer nach Landesrecht durchzuführenden Ermittlung der Erben von Amts wegen nicht veranlasst. Dem landesrechtlichen (hier bayerischen) Verfahren komme lediglich eine „vorbereitende“ Funktion zu.

Die Entscheidung wirft zwei Fragen auf. Neben der Frage, ob das Nachlassgericht bei Entgegennahme einer Ausschlagung oder Anfechtung die Wirksamkeit der Erklärung prüfen darf, wird auch obiter dicta der Charakter des amtlichen Erbenermittlungsverfahrens, wie es in Bayern und Baden-Württemberg vorgesehen ist, angesprochen.

Sowohl die Entgegennahme von Ausschlagungs- und Anfechtungserklärung als auch das amtliche Erbenermittlungsverfahren sind Nachlassverfahren, die sich, soweit sie nach dem 1.9.2009 eingeleitet wurden, nach dem FamFG richten.¹

1. Prüfungskompetenz des Nachlassgerichts

§ 342 Abs. 1 Nr. 5 FamFG definiert die Entgegennahme von Erklärungen, die nach gesetzlicher Vorschrift dem Nach-

lassgericht gegenüber abzugeben sind, ausdrücklich als Nachlassverfahren. Unstreitig hat das Nachlassgericht bei der Entgegennahme der Erklärung seine örtliche Zuständigkeit zu prüfen.² Erachtet es sich für unzuständig, darf es die Erklärung nicht entgegennehmen. Wird die Unzuständigkeit erst nach der Entgegennahme der Erklärung festgestellt, hat das unzuständige Gericht die Erklärung an das zuständige weiterzuleiten, § 3 FamFG. Wirksam wird die Erklärung aber erst mit Eingang beim zuständigen Gericht.³ Allerdings war schon vor Inkrafttreten des FamFG anerkannt, dass der Zeitpunkt des Eingangs beim unzuständigen Gericht maßgeblich sein soll, wenn es die Erklärung entgegengenommen hatte und der Erklärende nicht auf die Unzuständigkeit hingewiesen wurde.⁴ Dies wurde mit einer unmittelbaren oder zumindest analogen Anwendung des § 7 FGG begründet.⁵ Entsprechendes gilt nunmehr nach § 2 Abs. 3 FamFG.⁶ Darüber hinaus wurde durch das FamFG noch eine zusätzliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk der Ausschlagende oder der Anfechtende seinen Wohnsitz hat, geschaffen, § 344 Abs. 7 FamFG. Da § 1945 BGB nur von der Entgegennahme der Erklärung spricht, kann eine über die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit hinausgehende Pflicht zur Feststellung der Wirksamkeit der Entscheidung mit dem OLG München verneint werden.

Eine andere Frage ist aber, ob die Wirksamkeitsprüfung dem Nachlassgericht damit auch verwehrt ist. Die Rechtsprechung⁷ räumte dem Nachlassgericht jedenfalls im Rahmen der ihm nach bayerischem Landesrecht obliegenden Pflicht, den Erben von Amts wegen zu ermitteln, die Befugnis ein, die Unwirksamkeit einer Erbausschlagung auszusprechen. Diese sollte mit einem beschwerdefähigen Beschluss geschehen. In einer späteren Entscheidung wurde die Beantwortung dieser Frage offengelassen.⁸ Der Senat verweist nun auf die Möglichkeit der Wirksamkeitsprüfung im Erbscheinsverfahren. Ein Problem ergibt sich dadurch aber für die Nachlassgläubiger, die regelmäßig ein Interesse an der Frage der Wirksamkeit der Ausschlagung haben. Der Erbe, der die Ausschlagung erklärt hat, wird gerade keinen Erbscheinsantrag stellen. Allenfalls Nachlassgläubiger, die bereits einen titulierten Anspruch gegen den Erblasser haben, könnten gemäß § 792 ZPO einen Erbschein für den Erben beantragen. Innerhalb dieses Verfahrens könnte dann die Wirksamkeit der Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung geprüft werden können. Ein Problem haben aber alle übrigen Nachlassgläubiger. Weder Pflichtteilsberechtigte noch Vermächtnisnehmer könnten ein Erbscheinsverfahren initiieren. Ihnen bleibt allenfalls der Weg zum streitigen Zivilgericht. Bei einer Klage auf Zahlung des Pflichtteilsanspruchs oder Erfüllung eines Vermächtnisses könnte inzident die Erbenstellung geklärt werden. Prozesse wären aber zu vermeiden, wenn das Nachlassgericht zumindest im amtlichen Erbenermittlungsverfahren Stellung zur Frage der Wirksamkeit der Ausschlagung beziehen könnte. Auch ist oft fraglich, ob ein Nachlassgläubiger einen Zivilprozess gegen den Ausschlagenden anstrengt, wenn er doch vom Nachlassgericht die Mitteilung erhält, „der Erbe habe die

² MünchKommBGB/Leipold, § 1945 Rdnr. 22.

³ Kroiß, Zuständigkeitsprobleme in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1994, § 3 C II.

⁴ Staudinger/Otte, § 1945 Rdnr. 17; Siegmann/Höger in Bamberger/Roth, BGB, § 1945 Rdnr. 5; Erman/Schlüter, § 1945 Rdnr. 4.

⁵ Kroiß, Zuständigkeitsprobleme in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1994, § 3 C I.

⁶ MünchKommBGB/Leipold, § 1945 Rdnr. 12.

⁷ BayObLGZ 1968, 68.

⁸ BayObLGZ 1985, 363, 364.

¹ Kroiß, Das neue Nachlassverfahrensrecht, 2009, S. 85 ff.

Ausschlagung der Erbschaft erklärt“. Dem Nachlassgläubiger wird damit zunächst einmal die Wirksamkeit der Ausschlagung suggeriert. Auch hat der Nachlassgläubiger regelmäßig große praktische Schwierigkeiten, die Wirksamkeit einer Ausschlagung zu prüfen. Man sollte entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG⁹ den Nachlassgerichten zumindest die Befugnis belassen, in Fällen, in denen die Interessen der Beteiligten es erfordern, durch (beschwerdefähigen) Beschluss über die Wirksamkeit der Ausschlagung zu entscheiden. Schließlich spricht auch die Verpflichtung des Nachlassgerichts, die Ausschlagung demjenigen mitzuteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist, § 1953 Abs. 3 Satz 1 BGB, für eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Wirksamkeit der Ausschlagung. Sonst müsste das Nachlassgericht auch „sehenden Auges“ eine „unwirksame Ausschlagung“ an den „falschen Erben“ mitteilen. Aufgrund der Mitteilungspflichten obliegt es vielmehr naturgemäß dem Nachlassgericht, dass es von Amts wegen, § 26 FamFG, und gebührenfrei, § 105 KostO, die nötigen Ermittlungen aufnehmen muss, um die Frage des Nächstberufenen zu klären.¹⁰

2. Das amtliche Erbenermittlungsverfahren

Mit dieser Prüfungskompetenz hängt auch die zweite Frage, der Charakter des amtlichen Erbenermittlungsverfahrens, zusammen. Nach § 342 Abs. 1 Nr. 4 FamFG handelt es sich bei Verfahren, die die Ermittlung der Erben betreffen, um Nachlasssachen. Art. 37 Abs. 1 des bayerischen AGGVG und § 41 LFGG (Baden-Württemberg) bestimmen, dass das Nachlassgericht die Erben von Amts wegen zu ermitteln hat. Ob diesen Verfahren lediglich eine vorbereitende Funktion zukommt, darf spätestens mit Inkrafttreten des FamFG bezweifelt werden. Zuzugeben ist dem OLG München, dass einer Entscheidung im amtlichen Erbenermittlungsverfahren nicht eine dem Erbschein vergleichbare Bindungswirkung zukommt. Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, welche Qualität das Erbenermittlungsverfahren hat und insbesondere, ob dieses durch einen Beschluss beendet werden darf. Spätestens seit Inkrafttreten des FamFG ergehen Endentscheidungen in Nachlasssachen durch Beschluss, § 38 Abs. 1 FamFG. Ein bloß vorbereitender Charakter für diese Verfahren ergibt sich weder aus den landesrechtlichen Vorschriften noch aus dem FamFG. Ein praktisches und rechtliches Bedürfnis für einen Beschluss, der auch die Wirksamkeit von Ausschlagungen umfasst, wird auch im Hinblick auf die Fälle gesehen, wenn ein Nachlasspfleger ein zum Nachlass gehörendes Grundstück veräußern will, weil er dazu der Genehmigung des Nachlassgerichts bedarf.¹¹ Vor Inkrafttreten des FamFG konnte das Nachlassgericht im Genehmigungsverfahren einen rechtsmittelfähigen Vorbescheid erlassen. Nunmehr muss der Genehmigungsbeschluss auch den zu dieser Zeit bereits bekannten Erben gemäß § 41 Abs. 3 FamFG mitgeteilt werden. Erst damit wird die Rechtsmittelfrist in Lauf gesetzt. Es besteht damit auch in diesen Fällen ein dringendes Bedürfnis an einem feststellenden Beschluss im Erbenermittlungsverfahren. Ein weiteres Argument gegen die Qualifizierung der amtlichen Erbenermittlung als bloß vorbereitende Tätigkeit ist die Tatsache, dass in einer Vielzahl von Nachlassverfahren gar kein Erbschein beantragt wird. Was soll dann in diesen Fällen vorbereitet werden? Sinn und Zweck des amtlichen Erbenermittlungsverfahrens ist gerade die Feststellung der Erben im Interesse der Beteiligten (Erben, Nachlasspfleger,

Grundstückskäufer) und der Nachlassgläubiger (Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer).

3. Zusammenfassung

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Nachlassgericht in gewissen Ausnahmefällen die Befugnis haben muss, förmlich und unter Darlegung der Gründe über das Ergebnis der Erbenermittlung zu befinden. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass ein solcher Beschluss untersagt sein soll¹².

Dr. Ludwиг Kroiß, Traunstein

¹² BayObLGZ 1968, 68.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. AktG §§ 171 Abs. 2, 175 Abs. 2, (*Formerfordernisse an den Aufsichtsratsbericht*)

Der Bericht des Aufsichtsrats i. S. d. § 171 Abs. 2 AktG, welcher von der Einberufung der Hauptversammlung an in dem Geschäftsraum der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen ist (§ 175 Abs. 2 AktG), muss vom Aufsichtsrat durch förmlichen Beschluss festgestellt und dessen Urschrift zumindest durch den Aufsichtsratsvorsitzenden unterschrieben werden.

BGH, Urteil vom 21.6.2010, II ZR 24/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NZG 2010, 943.

15. GmbHG § 39 Abs. 3 (*Versicherung vor Beginn der Wirksamkeit der Bestellung zum Geschäftsführer*)

- 1. Die Versicherung eines neu bestellten Geschäftsführers über das Nichtvorliegen seiner Bestellung ergetzender Umstände (§ 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG) ist nicht deshalb unwirksam, weil sie am Tage des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses abgegeben worden ist, der ein Wirksamwerden der Bestellung erst für einen künftigen Zeitpunkt vorsieht.**
- 2. Die inhaltliche Überzeugungskraft der Versicherung ist vom Registergericht zu überprüfen. Bei einer nur wenige Tage umfassenden Lücke am Jahresende bis zum Wirksamwerden der Geschäftsführerbestellung mit Beginn des neuen Jahres besteht für weitere Maßnahmen der Amtsermittlung (§ 26 FamFG) regelmäßig kein Anlass.**

OLG Hamm, Beschluss vom 3.8.2010, I-15 W 85/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Dr. X & Partner GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist im Handelsregister Essen eingetragen. Als Geschäftsführer ist der Steuerberater T2 in T vermerkt. Am 17.12.2009 bestellte die Gesellschafterversammlung einstimmig mit Wirkung ab dem 2.1.2010 den Beteiligten zum Geschäftsführer. Der Notar reichte unter dem 7.1.2010 die von ihm am 17.12.2009 beglaubigte Handelsregisteranmeldung vom selben Tage bei dem AG – Registergericht – Essen ein. Die Anmeldung war von dem Gesellschafter C und von dem Beteiligten unter-

⁹ BayObLGZ 1968, 68.

¹⁰ *Wildemann* in juris-PK, § 1953 BGB Rdnr. 9.

¹¹ *Litzenburger* in beck-online FD-ErbR 2010, 300505.

zeichnet und enthielt seine nach § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG notwendige Versicherung.

Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung vom 14.1.2010, dass die Versicherung des Beteiligten nach § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG unwirksam sei. Denn im Hinblick auf seine Bestellung erst mit Wirkung zum 2.1.2010 habe er nicht bereits am 17.12.2009 die erforderliche Versicherung erklären können.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten vom 21.1.2010, mit der er geltend macht, dass die Versicherung erst mit Eingang bei dem Registergericht am 8.1.2010 wirksam geworden sei, also zu einem Zeitpunkt, als seine Bestellung bereits wirksam geworden sei.

Aus den Gründen:

II.

(...) Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Das gilt zunächst für die Beanstandung der Unwirksamkeit der Versicherung.

Nach § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung ist durch den oder die Geschäftsführer zu bewirken (§ 78 GmbHG). Der neu bestellte Geschäftsführer hat im Zuge der Anmeldung gemäß § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu versichern, dass die dort genannten persönlichen Tatsachen seiner Bestellung nicht entgegenstehen. Die Versicherung erschöpft sich in einer Wissenserklärung. Sie ist notwendiger und zugleich unselbständiger Bestandteil der Registeranmeldung. Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift („Die neuen Geschäftsführer haben in der Anmeldung zu versichern, ...“) ergibt sich, dass die Anmeldung die maßgebende Verfahrenshandlung ist. Sie enthält das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Eintragung und nur sie leitet zu diesem Zwecke das Registerverfahren ein. Es kommt deshalb zunächst allein auf die verfahrensrechtliche Wirksamkeit der Anmeldung selbst an. Insoweit teilt der Senat die Auffassung des Registergerichts nicht, der Beteiligte habe die Versicherung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verfrüht erklärt bzw. abgegeben. Das Registergericht kann sich für seinen Standpunkt nicht auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15.12.1999, 3 Wx 354/99 (MittBayNot 2000, 242) berufen. Das OLG Düsseldorf war mit einem Fall befasst, in dem es um die Anmeldung einer in der Zukunft liegenden Bestellung zum neuen Geschäftsführer einer GmbH ging, wobei die Anmeldung unter der Bedingung erfolgte, dass demnächst eine Gesellschafterversammlung stattfindet, die die angemeldete Tatsache (Geschäftsführerbestellung) erst noch schaffen sollte. Demgegenüber ist vorliegend die Anmeldung, d. h. der öffentlich beglaubigte Antrag, das Registerverfahren zum Zweck einer Eintragung einzuleiten, weder durch Bedingungen noch Befristungen eingeschränkt, was unzulässig wäre (vgl. BayObLG, DNotZ 1993, 197 und OLG Düsseldorf a. a. O.; *Keidel/Sternal*, a. a. O., § 23, Rdnr. 45 m. w. N.), noch fehlte es im Zeitpunkt der Anmeldung an einem Beschluss über die Bestellung des neuen Geschäftsführers. Der Umstand, dass die Bestellung unter der Befristung (§ 163 BGB) beschlossen wurde, dass die Wirkungen zum 2.1.2010 eintreten sollten, bewirkte nicht, dass die verfahrensrechtliche Anmeldung zum Handelsregister von einer Bedingung abhängig gemacht wurde. Eine andere Frage ist, ob das Registergericht die Eintragung wegen der Regelung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlussfassung erst ab dem 2.1.2010 eintragen konnte. Diese Frage hat der Senat dahin entschieden, es komme für die Entscheidung über die Anmeldung nur darauf an, ob zum Zeitpunkt der Eintragung sämtliche Eintragungsvoraussetzungen vorliegen (FGPrax 2007, 186 = Rpfleger 2007, 327; FGPrax 2002, 126 = NJW-RR 2002, 761;

vgl. *Keidel/Kafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 147). An dieser Auffassung hält der Senat aus den Gründen seiner Entscheidungen fest. Das vom Registergericht angenommene Hindernis bestand im Zeitpunkt der Bearbeitung des Antrags am 8.1.2010 jedenfalls nicht mehr.

Die Versicherung genügt im vorliegenden Falle auch in sachlicher Hinsicht den Anforderungen an die Handelsregistereintragung der Geschäftsführerbestellung.

Bei der Versicherung i. S. d. § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG handelt es sich um eine dem neuen Geschäftsführer obliegende höchstpersönliche Erklärung, mit der er das Fehlen der gesetzlichen Bestellungshindernisse im Rahmen einer Selbstauskunft offenbart. Diese Erklärung kann aufgrund ihrer Eigenschaft als Wissenserklärung nur vergangenheits- bzw. allenfalls gegenwartsbezogen sein (*Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 18, 19 a; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 8 Rdnr. 11). Ihre maßgebliche Bedeutung liegt darin, dem Registergericht eine ordnungsgemäße Eintragungskontrolle zu ermöglichen, um die Bestellung ungeeigneter Personen zum Geschäftsführer zu verhindern. Diesem Schutzzweck wird die von dem Beteiligten erklärte Versicherung in dem hier zu entscheidenden Fall gerecht.

Für die Prüfung, ob ein zur Eintragung angemeldeter Geschäftsführer von seinem Amt ausgeschlossen ist, gelten die allgemeinen Grundsätze des Registerverfahrensrechts. Danach hat das Registergericht gemäß § 26 FamFG weitere Ermittlungen nur anzustellen, wenn konkrete Anhaltspunkte dazu Anlass geben. Dahingehende Anhaltspunkte, die an der Richtigkeit der Versicherung zweifeln lassen, sind vorliegend jedoch aus der Sicht des Senats nicht gegeben und auch sonst nicht ersichtlich. Dabei fällt ins Gewicht, dass die zeitliche „Lücke“ zwischen dem Zeitpunkt der Versicherung am 17.12.2009 und der Bestellung zum 2.1.2010 gering ist, zumal in diese Zeit die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage fielen. Ein sachwidriges Vorgehen des Beteiligten und der Gesellschafter ist insoweit nicht erkennbar. Vielmehr bestand für die am Jahresende für das darauf folgende Jahr beschlossene Geschäftsführerbestellung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen steuer- und bilanzrechtliche Veranlassung. Auch ist in diesem Zusammenhang nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle ein zeitliches Auseinanderfallen von Versicherung und wirksamer Geschäftsführerbestellung durchaus gesehen und in Kauf genommen hat. So geht eine nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG in der Erstanmeldung der Gesellschaft abzugebende Versicherung der Geschäftsführer notwendigerweise der Wirksamkeit ihrer Bestellung zeitlich voran.

16. FamFG § 383 Abs. 3 (*Fassungsbeschwerde trotz Unanfechtbarkeit der Handelsregistereintragung*)

- Die Unanfechtbarkeit der Handelsregistereintragung nach § 383 Abs. 3 FamFG schließt nicht aus, auf Antrag eine Namens-, Firmen- oder Datumsangabe oder die Verlautbarung rechtlicher Verhältnisse zu berichtigen („Fassungsbeschwerde“).**
- Das Registergericht ist bei der Eintragung an die in der Anmeldung vorgeschlagene grafische Gestaltung des Firmennamens (hier: durchgehende Verwendung von Großbuchstaben) nicht gebunden.**

OLG München, Beschluss vom 28.7.2010, 31 Wx 129/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Mit Schreiben vom 21.4.2010 beantragten die Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaft u. a. die Eintragung des geänderten Firmennamens. Der derzeitige Firmenname wurde abgeändert in T. CONSTRUCTION GMBH. Das Registergericht trug am 20.5.2010 die Firma unter dem Namen T. [in Großbuchstaben] Construction GmbH in das Handelsregister ein. Mit Schreiben vom 1.6.2010 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte die Berichtigung der Eintragung im Hinblick auf die Schreibweise „Construction“. Die richtige Firmenbezeichnung laute auf einen Namen, der durchgehend in Großbuchstaben geschrieben sei. Nach der Revision des Firmenrechts sei es zulässig, eine Firma durch Groß- und Kleinschreibung sowie mit einer Kombination beider Elemente grafisch zu gestalten. Da maßgebend der Eintrag im Handelsregister sei und die Beteiligte demgemäß auch gehalten sei, gemäß dem Handelsregistereintrag ihren Namen zu verwenden, sei der richtige Name bzw. die richtige Firmenbezeichnung einzutragen, mithin die gemäß dem Gesellschafterbeschluss gewählte Fassung der Großschreibung. Hilfsweise werde gegen die vorgenommene Eintragung vom 20.5.2010 Beschwerde/Erinnerung eingelegt. Das Registergericht behandelte das Schreiben als Beschwerde und half dieser nicht ab.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Nach § 383 Abs. 3 FamFG ist eine Eintragung im Handelsregister nicht anfechtbar. Es ist jedoch anerkannt, dass im Wege eines Berichtigungsantrags – auch „Fassungsbeschwerde“ genannt – die Korrektur/Klarstellung von Namens-, Firmen- oder Datumsangaben oder die korrekte Verlautbarung rechtlicher Verhältnisse herbeigeführt werden kann. Diese Möglichkeit wurde durch § 383 Abs. 3 FamFG nicht abgeschafft; sie besteht weiterhin (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 286; *Keidel/Heinemann*, FamFG, 16. Aufl., § 383 Rdnr. 24). Verfahrensmäßig ist das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Berichtigung der Eintragung ein „Antrag“ und nicht eine „Beschwerde“; denn es ist zunächst einmal Sache des Registergerichts, über das Berichtigungsbegehren zu entscheiden. Der Antrag ist nur zulässig, wenn er auf eine Berichtigung oder Klarstellung in dem vorgenannten Sinn und nicht etwa auf eine inhaltliche Änderung gerichtet ist. Hält das Registergericht das Berichtigungsbegehren für unbegründet, so weist es den Antrag durch verfahrensbeendenden Beschluss zurück, gegen den sodann die Beschwerde eröffnet ist (vgl. *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 2445; *Heinemann*, DNotZ 2009, 1, 32 f.).

2. So ist das Verfahren hier allerdings nicht gelaufen. Das Registergericht hat den Schriftsatz vom 1.6.2010 als Beschwerde aufgefasst und – von diesem Ansatz aus folgerichtig – einen Nichtabhilfebefehl gefasst. Richtigerweise hätte es die in dem Schriftsatz enthaltenen Verfahrenserklärungen unschwer als – zulässigen – „Antrag“ auslegen können und über diesen Antrag durch Endentscheidung entscheiden müssen. Das kann jedoch dahinstehen; denn das Registergericht hat jedenfalls der Sache nach den Berichtigungsantrag abgelehnt. Die Überprüfung durch das Beschwerdegericht führt zu keinem anderen Ergebnis.

3. Das Registergericht ist bei der Eintragung zwar an den gewählten Firmennamen, nicht aber an einen bestimmten Fassungsantrag gebunden. Das gilt insbesondere für das Schriftbild. Die grafische Gestaltung des Schriftbildes hat keine namensrechtliche und somit auch keine firmenrechtliche Relevanz. Deshalb bindet die Schreibweise in der Registeranmeldung betreffend die Verwendung nur von Großbuchstaben oder nur von Kleinbuchstaben das Registergericht nicht. Ob es dem Vorschlag des Anmeldenden für eine bestimmte Fassung des Schriftbildes folgt, ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. KG, NJW-RR

2001, 173; *Krafka/Willer/Kühn*, Rdnr. 173, 206). In der Regel ist es zweckmäßig, zur Gewährleistung eines einheitlichen, verlässlichen Standards die Regeln der deutschen Rechtschreibung zugrunde zu legen, soweit sich nicht der gewählte Name, etwa als Phantasie-, oder ein dem Regelwerk der deutschen Rechtschreibung entzieht.

4. Nach diesen Grundsätzen ist die Eintragung nicht zu beanstanden. Der Senat sieht keinen Anlass für eine abweichende Ermessensausübung. Soweit das Registergericht den ersten Teil des zweigliedrigen Firmennamens in Großbuchstaben eingetragen und so dem Wunsch der Gesellschaft Rechnung getragen hat, wendet sich die Beschwerde dagegen nicht und ist das hier nicht Verfahrensgegenstand. Die Differenzierung zwischen den beiden Wörtern des Namens erscheint hier gerechtfertigt, da der erste, japanisch klingende Teil in deutscher Sprache kein sinnhaftes Wort oder Eigenname ist (soweit es sich um einen in Japan gebräuchlichen Eigennamen handelt, erschließt sich dessen Bezug zur Gesellschaft für Außenstehende nicht), während das zweite Wort „Construction“ ersichtlich den Gegenstand des Unternehmens beschreibt (Ausführung von Bauarbeiten usw.).

Es trifft auch nicht zu, wie die Beschwerde meint, dass die Gesellschaft an die Registereintragung gebunden wäre. Die Eintragung hindert die Gesellschaft nicht, im geschäftlichen Verkehr auf ihren Briefbögen, Schildern und Werbeaussagen mit einem anderen Schriftbild, etwa nur Großbuchstaben, aufzutreten. Ihr Interesse an einer bestimmten grafischen Gestaltung des Firmennamens im öffentlichen Auftreten wird daher durch eine anderslautende Registereintragung im Kern gar nicht beeinträchtigt.

17. GmbHG §§ 16, 40, 54 (*Erstellung der neuen Gesellschafterliste bei Kapitalerhöhung einer GmbH*)

Zwar besteht die notarielle Pflicht zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste erst nach Wirksamwerden der beurkundeten Veränderungen (hier: der Kapitalerhöhung); der Notar ist aber nicht gehindert, die aktualisierte Liste bereits vor Wirksamwerden der Veränderungen zu erstellen und mit der erforderlichen Notarbescheinigung zu versehen.

OLG Jena, Beschluss vom 28.7.2010, 6 W 256/10; eingesandt von Notar a. D. *Sebastian Herrler*, Würzburg

Der Beschwerdeführer reichte am 6.5.2010 zum Handelsregister des AG – Registergerichts – Jena eine notarbescheinigte Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner des Registerblatts der beteiligten Gesellschaft ein. In der am 18.2.2010 erstellten und mit einer Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehenen Liste ist das Stammkapital der einzigen Gesellschafterin entsprechend dem Kapitalerhöhungsbeschluss vom 18.2.2010 angegeben. Die Kapitalerhöhung ist am 28.4.2010 in das Handelsregister eingetragen worden.

Mit Schreiben vom 18.5.2010 wies das Registergericht darauf hin, die Liste könne nicht aufgenommen werden, weil die Notarbescheinigung vor dem Wirksamwerden der Kapitalerhöhung erteilt worden sei. Nachdem der beschwerdeführende Notar es abgelehnt hatte, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, wies das AG den Antrag auf Aufnahme der Liste in den Registerordner mit Beschluss vom 27.5.2010 zurück. Hiergegen legte der Notar am 14.6.2010 Beschwerde ein und begründete diese im Wesentlichen damit, die beanstandete Gesellschafterliste entspreche sachlich dem Stand am Tag der Einreichung zum Handelsregister. Zwar sei der an einer Veränderung mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet, die geänderte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einzureichen, wenn er sich von der Wirksamkeit der Änderungen sicher

überzeugt habe. Dieser maßgebliche Zeitpunkt betreffe aber ausschließlich die Frage der Einreichung und nicht den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gesellschafterliste.

Das Registergericht hat der Beschwerde unter Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunktes nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

Das AG – Registergericht – Jena hat die von dem beschwerdeführenden Notar eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht unter Hinweis auf den Zeitpunkt der Erstellung und Unterzeichnung der Liste sowie der Notarbescheinigung zurückgewiesen.

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG muss der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitwirkende Notar unverzüglich nach dem Wirksamwerden der Veränderungen die geänderte Gesellschafterliste unterschreiben, zum Handelsregister einreichen und eine Abschrift an die Gesellschaft übermitteln. Folgt man allein dem Wortlaut der Vorschrift, dürfte der eine Kapitalerhöhung beurkundende Notar die geänderte Gesellschafterliste erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG) unterzeichnen und einreichen. Das Registergericht wäre demnach gehalten, eine bereits vor Wirksamkeit der Veränderungen unterzeichnete und mit einer Notarbescheinigung versehene Gesellschafterliste als nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechend zurückzuweisen und zwar auch dann, wenn diese – wie vorliegend – erst nach Eintritt der Veränderungen zum Handelsregister eingereicht wird.

Die am Gesetzeszweck orientierte teleologische Interpretation (vgl. dazu BGHZ 79, 263, 265; BGHZ 87, 381, 383) der Vorschrift lässt es jedoch geboten erscheinen, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG dahin auszulegen, dass der an Veränderungen mitwirkende Notar die aktuelle Gesellschafterliste bereits vor dem Wirksamwerden der Veränderungen erstellen, unterschreiben und mit einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehen kann.

Ziel der Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG war es, den Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einzubeziehen und zugleich das Verfahren zur Änderung der Gesellschafterliste einfach und unbürokratisch zu gestalten. Dem Gesetzgeber erschien es deshalb sinnvoll, dass der z. B. an einer Abtretung eines Gesellschaftsanteils mitwirkende Notar im Interesse aller Beteiligten mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit erledigt (vgl. Gesetzentwurf des Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, S. 44).

Dem Sinn und Zweck des Gesetzes wird nur eine Auslegung der Vorschrift gerecht, die den Notar zwar verpflichtet, die aktualisierte Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderungen einzureichen, ihm aber zugleich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe die Möglichkeit belässt, die neue Gesellschafterliste bereits mit Beurkundung der Veränderungen zu erstellen, zu unterschreiben und mit der Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen.

Einem derartigen Verständnis des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kann auch nicht entgegengehalten werden, die Notarbescheinigung sei im Zeitpunkt ihrer Erstellung falsch. Der Notar bescheinigt ungeachtet seiner in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verantwortung für die Prüfung,

ob die beurkundeten Veränderungen auch eingetreten sind (vgl. nur *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 40 Rdnr. 36 ff.) mit der Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur, dass die geänderten Eintragungen in der Gesellschafterliste den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, nicht aber, dass diese Veränderungen auch wirksam sind (vgl. *Wachter*, ZIP 2008, 378, 392; *Preuss* in *Armbrüster/Preuss/Renner*, BeurkG, DNot, 5. Aufl. 2009, § 53 BeurkG Rdnr. 42). Legitimations- und Rechtsscheinsgrundlage ist dementsprechend nur die in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste und nicht die Notarbescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG (vgl. § 16 Abs. 1 und 3 GmbHG – so auch *Zöller/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 65; *Wachter* in *Bork*, GmbHG, 1. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 51; OLG Celle, Beschluss vom 25.6.2010, 2 W 161/10, juris Rdnr. 9).

Wegen seiner Prüfungsverantwortung darf der Notar nach wohl überwiegender Ansicht die aktualisierte Gesellschafterliste erst zum Handelsregister einreichen, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt hat (vgl. *Scholz/Schneider*, a. a. O., § 40 Rdnr. 39; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, 17. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 38; *Zöller/Noack* in *Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 40 Rdnr. 54; *Wachter* in *Bork*, a. a. O., § 40 Rdnr. 19; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1046 ff.; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 388; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 452; weitergehend *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1051 a; *Link*, RNotZ 2009, 193, 207 f.; *Hasselmann*, NZG 2009, 468, 491; *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 910 – die in einfach gelagerten Fällen wie der Kapitalerhöhung eine Einreichung der geänderten Liste vor Wirksamwerden der Änderungen zulassen wollen). Er ist aber nicht gehindert, die aktualisierte Liste schon zeitlich vorher entsprechend der von ihm beurkundeten Veränderungen zu erstellen und mit der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen. Reicht er die geänderte Liste erst nach Wirksamwerden der Veränderungen zum Handelsregister ein und entspricht diese inhaltlich dem Sachstand am Tag der Einreichung (vgl. dazu *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 40 Rdnr. 13 m. w. N.), ist die Liste – ungeachtet des Zeitpunktes ihrer Erstellung – in den Registerordner aufzunehmen. Das Registergericht wird den Zeitpunkt der Änderung der Gesellschafterliste nur dann zum Anlass nehmen können, die Gesellschafterliste zu beanstanden, wenn in der Zeit zwischen Erstellung der notarbescheinigten Gesellschafterliste (hier am 18.2.2010) und deren Einreichung zum Handelsregister (hier am 6.5.2010) eine weitere Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen wurde und deshalb die nunmehr eingereichte, geänderte Gesellschafterliste für das Registergericht erkennbar nicht an den Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG anschließt. Knüpft demgegenüber die vor Wirksamwerden der Veränderungen erstellte und mit dem Notarvermerk nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG versehene Gesellschafterliste an der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste an – wie dies vorliegend für das Registergericht erkennbar der Fall ist – ist es nach Sinn und Zweck der Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG nicht gerechtfertigt, die Liste allein deshalb als sachlich unzutreffend zurückzuweisen, weil der Notar sie vor Wirksamwerden der Veränderungen erstellt, mit der Notarbescheinigung versehen und unterschrieben hat (vgl. *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 1051 a; *Link*, RNotZ 2009, 193, 207 f.; *Hasselmann*, NZG 2009, 468, 491; *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 910 je m. w. N., die im Fall einer Kapitalerhöhung aus Praktikabilitätsgründen sogar zulassen wollen, dass der Notar die geänderte Liste unter Hinweis auf die erst wirksam werdende Kapitalerhöhung bereits mit deren Eintragungsunterlagen einreichen kann).

18. GmbHG § 8 Abs. 3 Satz 1 (*Anmeldung einer GmbH ohne Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht*)

Fehlt in der zunächst beim Registergericht eingereichten Anmeldung einer Unternehmergesellschaft die Versicherung des Geschäftsführers zur Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht und wird diese vom Notar nachträglich in derselben Urkunde ohne erneute Beglaubigung ergänzt, kann das Registergericht die Eintragung ablehnen.

OLG München, Beschluss vom 23.7.2010, 31 Wx 128/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die beteiligte Unternehmergesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Die am 4.3.2010 beim Registergericht eingegangene Anmeldung vom 23.12.2009 enthält unter c) auf Seite 2 die Versicherung des Geschäftsführers, nicht nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG vom Amt eines Geschäftsführers ausgeschlossen zu sein, wobei die Ausschlussgründe im Einzelnen aufgezählt und verneint werden. Nicht enthalten ist die Versicherung, über die unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden zu sein. Die Echtheit der Unterschrift unter der Anmeldung ist notariell beglaubigt.

Nach Beanstandung durch das Registergericht reichte der Notar am 10.3.2010 die – im Übrigen unveränderte – Anmeldung vom 23.12.2009 einschließlich Beglaubigung der Unterschrift vom 23.12.2009 erneut ein, die nunmehr unter c) am Ende den Satz enthält:

„Über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht wurde ich durch den beglaubigenden Notar belehrt.“

Mit Zwischenverfügung vom 22.4.2010 beanstandete das Registergericht, der Notar sei nicht befugt, die Versicherung des Geschäftsführers zu ergänzen. Sofern der Geschäftsführer sie selbst ergänzt habe, sei seine Unterschrift erneut zu beglaubigen. Mit der Beschwerde wandte der Notar ein, er habe den Geschäftsführer über die unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt. Der Geschäftsführer habe ihm gegenüber auch angegeben und versichert, dass diese Belehrung erfolgt sei. Dass sie in der ursprünglichen Registeranmeldung nicht enthalten gewesen sei, beruhe auf einem technischen Versehen; die entsprechende Passage sei im „virtuellen Raum“ des elektronisch vorbereiteten Dokuments verblieben und nicht auf dem Papier erschienen. Die Beweiskraft des Beglaubigungsvermerks werde nicht dadurch berührt, dass der Unterzeichner den Text nach Beglaubigung seiner Unterschrift ergänze, berichtige oder abändere. Dazu könne er sich auch einer dritten Person, insbesondere des Notars bedienen. Die Berichtigung sei im Einvernehmen mit dem Geschäftsführer vorgenommen worden. Es handle sich deshalb nach wie vor um seine Erklärung, die schriftlich niederlege, was am 23.12.2009 tatsächlich geschehen sei. Nachdem es sich bei der Ergänzung um die Wiederherstellung des ursprünglich in der Beurkundungsverhandlung vorliegenden Entwurfs und zudem um einen Textteil handle, der für eine ordnungsgemäße Handelsregisteranmeldung erforderlich sei, seien Zweifel an der Beweiskraft der Urkunde weder veranlasst noch begründbar.

Das Registergericht half der Beschwerde unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit der Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG nicht ab.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist im Ergebnis nicht begründet.

Durch die vorliegenden Urkunden wird nicht der nach § 8 Abs. 3 GmbHG zur Eintragung der Gesellschaft erforderliche Nachweis geführt, dass der Geschäftsführer vor Verneinung der Bestellungshindernisse über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt worden war.

1. Die Versicherung des Geschäftsführers, über die unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden zu sein, ist nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 GmbHG „in“ der Anmeldung zum Handelsregister abzugeben. Die Erklärung ist höchstpersönlich abzugeben (herrschende Meinung, vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 8 Rdnr. 11; *Krafka/*

Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 935; offengelassen in BGH NJW 1987, 135). Die Anmeldung – und damit auch die Versicherung des Geschäftsführers – bedarf der notariellen Beglaubigung (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB). Erfolgt die Versicherung in einer gesonderten Erklärung (was abweichend vom strengen Wortlaut des § 8 Abs. 3 GmbHG als zulässig angesehen wird), muss diese ihrerseits der Form des § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB entsprechen und notariell beglaubigt sein (*Krafka/Willer/Kühn*, Rdnr. 115, 945 a. E.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 8 Rdnr. 11).

Die Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht hat zur Folge, dass eine in die Fünf-Jahres-Frist fallende Verurteilung wegen einer der in § 6 Abs. 2 GmbHG genannten Straftaten dem Registergericht auch dann angegeben werden muss, wenn sie nicht mehr in das Führungszeugnis oder nur noch in ein Führungszeugnis für Behörden aufgenommen wird. Mit der Belehrung entfällt das Recht, eine nicht in das Führungszeugnis aufzunehmende Verurteilung zu verschweigen. Vor Belehrung darf sich dagegen ein Verurteilter unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 BZRG als unbestraft bezeichnen. Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 GmbHG sind deshalb nur dann erfüllt, wenn die Versicherung zum Fehlen von Bestellungshindernissen erst nach erfolgter Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG in öffentlich beglaubigter Form abgegeben ist (*Krafka/Willer/Kühn*, Rdnr. 962).

2. Diesen Anforderungen genügt die eingereichte Anmeldung nicht, in der die Versicherung des Geschäftsführers über die Belehrung bezüglich der unbeschränkten Auskunftspflicht erst nachträglich ergänzt wurde.

Zwar beeinträchtigen, wie die Beschwerde hervorhebt, nachträgliche Veränderungen des Textes einer Urkunde, deren Unterzeichnung notariell beglaubigt ist, die Formgültigkeit nicht, denn die öffentliche Beglaubigung bezieht sich nur auf die Echtheit der Unterschrift, nicht auf den Erklärungsinhalt (herrschende Meinung, OLG Brandenburg MDR 2010, 713; OLG Frankfurt DNotZ 2006, 767; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 40 Rdnr. 17 a. m. w. N.; *Palandt/Ellenberger*, 69. Aufl., § 129 Rdnr. 2; offengelassen in BayObLG, DNotZ 1985, 220, 223 m. Anm. *Kanzleiter*). Durch die Unterschriftsbeglaubigung (§ 40 BeurkG) wird nur bezeugt, dass die Unterschrift von dem herrührt, der im Vermerk als Unterzeichner der Urkunde genannt ist. Die unterzeichnete Erklärung bleibt daher Privaturkunde (§ 416 ZPO). Lediglich der Beglaubigungsvermerk ist öffentliche Urkunde (§§ 415, 418 ZPO), ohne aber die unterzeichnete Erklärung dazu zu machen (vgl. *Winkler*, § 40 Rdnr. 17).

Von der Wahrung des Formerfordernisses ist jedoch die Beweiskraft der Urkunde zu unterscheiden. Steht die Echtheit der Unterschrift fest – das ist infolge der öffentlichen Beglaubigung der Fall –, wird auch die Echtheit der über der Unterschrift stehenden Schrift vermutet (§ 440 Abs. 2 ZPO), d. h. es ist als bewiesen anzusehen, dass die Schrift von der Person, die unterschrieben hat, stammt oder mit ihrem Willen erstellt wurde. Die Urkunde begründet nach § 416 ZPO weiter vollen Beweis dafür, dass die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller (Unterzeichnenden) abgegeben wurde. Steht jedoch fest – wie hier –, dass der Text über der Unterschrift nachträglich durch Ergänzung (Einschaltung) geändert worden ist, so gilt für die Ergänzung § 440 Abs. 2 ZPO nicht (BayObLG, DNotZ 1985, 220, 222; *Staudinger/Hertel*, § 129 Rdnr. 129; *Kanzleiter*, DNotZ 1985, 224, 227 f.).

Auch wenn der Notar, wie von ihm dargelegt, berechtigt die nachträgliche Einfügung der höchstpersönlichen Versicherung über die erfolgte Belehrung in die beglaubigte und bereits eingereichte Erklärung vorgenommen hat, so fehlt jeden-

falls hinsichtlich der Einfügung die Beweiskraft nach § 440 Abs. 2 ZPO. Angesichts der Bedeutung der vorherigen Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht im Hinblick auf die strafrechtlichen Folgen falscher Angaben in der Versicherung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG (§ 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG) konnte das Registergericht beanstanden, dass die Versicherung des Geschäftsführers über die Belehrung nicht durch eine Urkunde belegt ist, der die volle Beweiskraft nach § 440 Abs. 2 ZPO zukommt. Wegen dieser Besonderheit ist die vorliegende Fallgestaltung nicht vergleichbar mit den nach Unterschriftsbeglaubigung als zulässig erachteten Ergänzungen, etwa hinsichtlich offensichtlich fehlender Daten des Geburtsdatums eines Beteiligten bei einer Handelsregisteranmeldung (vgl. *Staudinger/Hertel*, § 129 Rdnr. 128) oder Textänderungen im Grundbuchverfahren (vgl. *Staudinger/Hertel*, § 129 Rdnr. 130; *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 36).

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. InsO § 133 Abs. 2 Satz 1 (*Vermutung der Gläubigerbenachteiligung auch bei güterrechtlichen Verträgen*)

Auch im Zusammenhang mit güterrechtlichen Verträgen, die der Schuldner mit einer nahestehenden Person nicht früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag schließt, werden sein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des anderen Teils hiervon widerleglich vermutet.

BGH, Urteil vom 1.7.2010, IX ZR 58/09

Die Klägerin ist Verwalterin in dem auf Eigenantrag vom 26.7.2004 am 29.12.2004 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des W. B. (fortan: Schuldner). Der Schuldner war neben H. und P. Gesellschafter einer ebenfalls in Insolvenz befindlichen Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts (fortan: H.), die auf einem in D. belegenen Grundstück ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet und vermietet hatte. Zur Finanzierung hatte jeder der Gesellschafter bei der S. – A. (fortan: S.) ein Darlehen von mehr als 2 Mio. DM aufgenommen. Der Schuldner hatte gegenüber der S. wegen der Verpflichtungen auch der anderen Gesellschafter seine Mithaft erklärt.

Der Schuldner war mit der Beklagten verheiratet. Er lebte mit ihr im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Am 5.1.2004 schlossen die Eheleute zur Urkunde eines Dortmunder Notars einen Vertrag. Darin erklärten sie, dass sie seit dem 2.1.2004 getrennt leben und sich einverständlich scheiden lassen wollten. Sie vereinbarten Gütertrennung und nahmen einen auf den Stichtag 27.12.2003 bezogenen Zugewinnausgleich vor. In Vollzug dieser Vereinbarung zahlte der Schuldner einen Betrag von 150.000 € an die Beklagte und übertrug ihr ein unbelastetes Grundstück, verschiedene Gesellschaftsbeteiligungen, Forderungen aus Wertpapieren sowie Bezugsrechte aus einer Lebensversicherung. Hinsichtlich weiterer Beteiligungen und Wertpapiere, welche die Beklagte nach der Vereinbarung ebenfalls erhalten sollte, steht der Vollzug des Vertrages noch aus.

Die Klägerin hat den mit 1,7 Mio. € bezifferten vorgezogenen Zugewinnausgleich in der Vereinbarung vom 5.1.2004 als unentgeltliche und als unmittelbar benachteiligende vorsätzliche Schuldnerhandlung angefochten. Sie verlangt Rückgewähr zur Insolvenzmasse beziehungsweise die Feststellung, dass dem Anspruch auf Übertragung die Einrede der Anfechtbarkeit entgegenstehe. Das LG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr aus Vorsatzanfechtung im Wesentlichen stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht für die Beklagte zugelassenen Revision begehrt diese die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I.

Die Revision bleibt ohne Erfolg. Die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen der Vereinbarung vom 5.1.2004 unter-

liegen der Insolvenzanfechtung gemäß § 133 Abs. 2 i. V. m. § 138 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Das Berufungsgericht hat gemeint, in der Durchführung des vorgezogenen Zugewinnausgleichs liege ein entgeltlicher Vertrag, der die Gläubiger unmittelbar benachteilige. Auf die vorgezogene Durchführung des Zugewinnausgleichs während noch bestehender Ehe habe die Beklagte keinen Anspruch gehabt. Sie stelle eine vorzeitige und damit inkongruente Befriedigung dar. Auch die Art der Befriedigung sei inkongruent. Der gesetzliche Zugewinnausgleich sei auf Ausgleich des Mehrgewinns in Geld gerichtet, nicht auf die Übertragung bestimmter Vermögensgegenstände. Zumindest die Vorzeitigkeit des Ausgleichs indiziere den Vorsatz des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, und die Kenntnis der Beklagten hiervon. Zudem werde bei entgeltlichen Geschäften mit nahestehenden Personen, zu denen nach § 138 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Beklagte als damalige Ehefrau des Schuldners gehöre, sowohl dessen Vorsatz als auch die Kenntnis der Beklagten hiervon gesetzlich vermutet. Dabei genüge es, wenn der Schuldner die Benachteiligung neben anderen Zielen im Auge habe; das alleinige Motiv müsse sie nicht sein. Gründe, aus denen der Benachteiligungsvorsatz als widerlegt angesehen werden müsse, griffen nicht ein. Der Zeitpunkt, den die Eheleute im Streitfall für die Durchführung des Zugewinnausgleichs gewählt hätten, werde vor allem dann verständlich, wenn eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Ausgleichspflichtigen zu befürchten gewesen sei und der Ausgleichsberechtigte aus den Folgen des wirtschaftlichen Niedergangs habe herausgehalten werden sollen. Bei einer günstigen Vermögensentwicklung sei dem Ausgleichsberechtigten hingegen ein Zuwarten anzuraten gewesen, um ihn auch an dem in der Trennungszeit entstehenden Mehrgewinn zu beteiligen (vgl. § 1375 Abs. 1 Satz 1, § 1376 Abs. 2, 3 BGB). Für die Beklagte habe es auf der Hand gelegen, dass die vorgezogene Trennung der Vermögensmassen für die Gläubiger des Schuldners die Haftungsmasse reduziert habe. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn beide Eheleute nach bestem Wissen davon ausgegangen seien, dass das verbleibende Vermögen des Schuldners sicher ausreichen werde, alle vorhandenen Gläubiger zu befriedigen. Dies habe der Senat nicht festzustellen vermocht. Die von dem Steuerberater Sch. gefertigte Vermögensaufstellung, an die insoweit allein angeknüpft werden könnte, stelle im Kern eine Zusammenstellung des Vermögens des Schuldners nach dessen eigenen Angaben dar und habe nur den Anschein von Objektivität für sich. Dies habe auch die Beklagte gewusst. Die mit dem Bericht verbundenen Bewertungsunsicherheiten seien ihr bekannt gewesen. Ihren Beweisansprüchen, die Mitgesellschafter H. und P. zeugenschaftlich zu vernehmen, sei nicht nachzugehen gewesen, weil die Beweisthemen unerheblich gewesen seien. Schließlich verstoße die Anfechtung nicht gegen Art. 6 GG. Der grundrechtliche Schutzbereich der Ehe werde nicht berührt, wenn unter dem Deckmantel güterrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten Vermögen unter den Eheleuten verschoben werde, um es dem Gläubigerzugriff zu entziehen.

II.

Demgegenüber rügt die Revision: Zeitpunkt und Art der Vermögensübertragung indizierten nicht den Vorsatz beider Eheleute zur Gläubigerbenachteiligung. Zwar stehe der Umstand, dass eine Vereinbarung die Regelung güterrechtlicher Verhältnisse von Ehegatten zum Gegenstand habe, der Anfechtbarkeit nicht von vornherein entgegen. Da es den Eheleuten jedoch freistehe, jederzeit ihre güterrechtlichen Verhältnisse zu ändern, müsse die Anfechtbarkeit eingeschränkt werden. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, dem Zeitpunkt der Vereinbarung sowie dem Zeitpunkt und der Art der Durchführung

indizielle Bedeutung für den Vorsatz und die Kenntnis des anderen Teils hiervon beizubemessen. Ebenso bestünde ein Wertungswiderspruch, wollte man die Vermutung aus § 133 Abs. 2, § 138 Abs. 1 Nr. 1 InsO unbesehen auf güterrechtliche Vereinbarungen anwenden. Es sei vielmehr zu verlangen, dass der Vorsatz, die Gläubiger zu benachteiligen, sich feststellbar manifestiert habe. Auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners müsse eine positive Feststellung anhand eindeutiger Umstände verlangt werden. Das Berufungsgericht habe somit unzutreffende Beweislastregeln angewendet, welche die Beklagte in ihrem Grundrecht aus Art. 6 GG verletzt.

Die Annahme der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen beruhe zudem auf weiteren Rechts- und Verfahrensverstößen. Das Berufungsgericht habe verkannt, dass ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auch nach der Indizienlage nicht angenommen werden könne. Die objektive Nachteiligkeit des Rechtsgeschäfts für die Gläubiger reiche hierzu nicht aus. Das Berufungsgericht hätte die Vermögensübersicht des Steuerberaters Sch. und den Bericht der Unternehmensberatung W. berücksichtigen müssen. Ebenso hätte eine weitere Beweisaufnahme durch die Vernehmung der Mitgesellschafter H. und P. erfolgen müssen. Es sei unberücksichtigt geblieben, dass die wirtschaftliche Schiefelage, die zur Insolvenz geführt habe, erst im Laufe des Jahres 2004 und unerwartet eingetreten sei. Die Eheleute hätten sich auf die Vermögensübersicht ihrer Berater verlassen dürfen.

III.

Das Berufungsgericht hat richtig entschieden.

1. Die Voraussetzungen des anfechtungsbegründenden Tatbestandes (§ 133 Abs. 2 Satz 1 InsO) sind gegeben. Der Schuldner hat den – entgeltlichen – Vertrag vom 5.1.2004 mit der Beklagten, einer ihm nahestehenden Person i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 InsO, innerhalb des geschützten Zeitraums von zwei Jahren vor dem Eröffnungsantrag (§ 133 Abs. 2 Satz 2 InsO) geschlossen. Der Vertrag hat die Gläubiger des Schuldners unmittelbar benachteiligt. Die im Zusammenhang mit der Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft vereinbarte Regelung der Vermögensauseinandersetzung und deren dinglicher Vollzug haben insgesamt deren Zugriffsmöglichkeiten verschlechtert (vgl. BGHZ 128, 184, 187 zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG; 154, 190, 196; MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 44; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl., § 129 Rdnr. 43 f.). Der Vertragsbegriff des § 133 Abs. 2 InsO ist weit auszulegen. Auch von der Revision wird nicht in Zweifel gezogen, dass unter ihn nicht nur schuldrechtliche Verträge, sondern auch güterrechtliche Vereinbarungen zu subsumieren sind (ebenso Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rdnr. 59; MünchKommInsO/Kirchhof, a. a. O., § 133 Rdnr. 40; HK-InsO/Kreft, a. a. O., § 133 Rdnr. 25). Der Ausführungsvertrag ist als einheitliches Vertragswerk gläubigerbenachteiligend und somit anfechtbar (vgl. HK-InsO/Kreft, a. a. O., § 129 Rdnr. 43).

2. Ist – wie hier – der anfechtungsbegründende Tatbestand nach § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO erfüllt, setzt die Vorschrift entgegen der Auffassung der Revision nicht zusätzlich die positive Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners und der Kenntnis des anderen Teils hiervon voraus.

a) Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 InsO gegeben, wird – weil es sich um einen Unterfall der „vorsätzlichen Benachteiligung“ handelt – widerleglich vermutet, dass der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt und die nahestehende Person dies gewusst hat.

Mehr als die Tatbestandsmerkmale des § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO braucht der Insolvenzverwalter deshalb nicht vor-

zutragen (vgl. MünchKommInsO/Kirchhof, a. a. O., § 133 Rdnr. 45). Abweichungen werden der Behauptungs- und Beweislast des Anfechtungsgegners zugeordnet. Dies gilt sowohl für die Behauptung, der Schuldner habe nicht mit Benachteiligungsvorsatz gehandelt (vgl. BGHZ 129, 236, 256 zu § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO; BGH, MittBayNot 2006, 224 zu § 3 Abs. 2 AnfG), als auch für die angeblich fehlende Kenntnis des Anfechtungsgegners (vgl. BGHZ 129, 236, 256; BGH, MittBayNot 2006, 224, 225). Eine entsprechende Beweislastregelung war schon zu der Vorgängerregelung in der Konkursordnung (§ 31 Nr. 2 KO) allgemein anerkannt (vgl. BGHZ 58, 20, 22 f.; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 31 Rdnr. 44), deren Wortlaut in dieser Hinsicht gleich war. Ein Wille des Gesetzgebers, daran etwas zu ändern, ist nicht erkennbar (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 160 zu § 148 RegE).

b) Die Revision kann auch nicht damit durchdringen, dass diese Beweislastregeln auf unmittelbar benachteiligende güterrechtliche Verträge nicht oder nur eingeschränkt anzuwenden seien.

aa) Der Wortlaut des § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO lässt die begehrte Differenzierung nicht zu. Er knüpft an den mit der nahestehenden Person geschlossenen entgeltlichen Vertrag an, ohne bestimmte Vertragstypen auszuklammern. Eine Privilegierung der auf der Grundlage des § 1408 Abs. 1 BGB geschlossenen güterrechtlichen Verträge, durch welche die Zugewinnsgemeinschaft aufgehoben und Zugewinnausgleichsansprüche geregelt werden, widerspricht insolvenzrechtlichen Grundsätzen. Für die Auslegung und Anwendung anfechtungsrechtlicher Vorschriften der Insolvenzordnung kann es nicht auf Unterschiede zwischen schuld- und familienrechtlichen Verträgen ankommen. Die Auslegung der gesetzlichen Anfechtungstatbestände ist vielmehr nach spezifisch insolvenzrechtlichen Grundsätzen auszurichten, für die das besondere Ziel einer gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 1 Satz 1 InsO) maßgeblich ist. Der innere Grund hierfür liegt darin, dass in der Insolvenz die Ordnungsvorstellungen des Insolvenzrechts diejenigen des Vertragsrechts verdrängen (vgl. BGH, WM 2009, 814, 818 Rdnr. 29). Deshalb kann die Einkleidung der Vermögensverschiebung in einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen den Eheleuten oder aber – wie hier – in einen die Aufhebung des Güterstandes begleitenden, auf die Übertragung von Vermögensgegenständen gerichteten Ausführungsvertrag, der wie ein Schuldvertrag der Vertragsfreiheit unterliegt (vgl. § 1408 Abs. 1 BGB), an der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nichts ändern. Jedenfalls auf Verträge, die im vorbezeichneten Sinne nicht an die Stelle eines Zugewinnausgleichsverlangens nach §§ 1385, 1386 BGB treten, treffen die im Gesetzgebungsverfahren verlautbarten Erwägungen zu, wonach die von § 133 Abs. 2 InsO erfassten Verträge anfechtungsrechtlich besonders verdächtig und – wie schon im Anwendungsbereich der Konkursordnung und der Gesamtvollstreckungsordnung – einer verschärften anfechtungsrechtlichen Rückgewähr zu unterstellen sind (vgl. BT-Drucks. a. a. O.).

bb) Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) gebietet kein anderes Verständnis. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der von der Revision genannten Entscheidung des BVerfG vom 7.10.2003 (BVerfGE 108, 351, 364 f.), die sich mit der Berücksichtigung steuerlicher Vorteile aus dem Ehegattensplitting bei der Bemessung des an den ehemaligen Ehegatten zu leistenden Unterhalts befasst. Um derartige Ansprüche geht es hier nicht. Die genannte Entscheidung ist auch nicht mittelbar einschlägig. Angefochten und im Interesse der Gläubigergesamtheit nach § 143 Abs. 1 InsO rückgängig zu machen ist nicht die Rechtshandlung selbst, sondern nur die gläubigerbenachteiligende Wirkung,

die durch die Rechtshandlung verursacht worden ist. Mit der Anfechtung wird kein Handlungsunrecht sanktioniert (BGHZ 147, 233, 236; BGH, WM 2009, 1750, 1752). Die güterrechtliche Vereinbarung der Eheleute wird deshalb von der Anfechtung nicht erfasst. Die durch die Anfechtung ausgelösten Rückgewähransprüche aus § 143 Abs. 1 InsO beschränken sich auf die gläubigerbenachteiligenden Rechtswirkungen der einzelnen Übertragungsvorgänge. Sie dienen einem verfassungsrechtlich legitimen Ziel des Gemeinwohls (vgl. § 1 InsO). Derartige gesetzliche Restriktionen haben die Vertragsparteien, auch soweit die Vertragsfreiheit besonderen Grundrechtsschutz genießt, hinzunehmen.

3. Der Tatrichter hat die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (vgl. BGH, WM 2009, 2229, 2230; WM 2010, 851, 853, jeweils zu § 133 Abs. 1 InsO).

a) Im Anwendungsbereich des § 133 Abs. 2 InsO kann die Widerlegung der vermuteten subjektiven Tatbestandsmerkmale, bei denen es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt, regelmäßig nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden (vgl. MünchKommInsO/Kirchhof, a. a. O., § 133 Rdnr. 47). Ein Beweis durch Zeugen über bestimmt bezeichnete Tatsachen, aus denen der Richter auf den fehlenden Vorsatz des Schuldners oder die fehlende Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem Vorsatz schließen müsste, ist möglich. Jedoch ist dazu insbesondere die Behauptung ungeeignet, dass ein einziger Zeuge, der die ungünstige Vermögens- oder Liquiditätslage des Schuldners kannte, die Vertragsschließenden hierüber nicht unterrichtete (vgl. MünchKommInsO/Kirchhof, a. a. O., § 133 Rdnr. 47; Jaeger/Henckel, InsO, a. a. O., § 133 Rdnr. 56).

b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Es hat auf zutreffender rechtlicher Grundlage keine konkreten Umstände feststellen können, die geeignet sind, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners oder eine Kenntnis der Beklagten hiervon auszuschließen.

aa) Zu dieser Widerlegung trägt – entgegen der Auffassung der Revision – nichts bei, dass die Voraussetzungen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz weder festgestellt noch ersichtlich seien. Aus den vorstehenden Erwägungen zu 2. bedurfte es eines konkreten Vortrages der Beklagten, aus dem sich das Fehlen des Vorsatzes oder der Kenntnis hiervon ergeben könnte.

bb) An einem solchen Vortrag fehlt es. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe weder hinsichtlich des Vorsatzes des Schuldners noch hinsichtlich ihrer Kenntnis hiervon die gesetzliche Vermutung widerlegt, beruht vielmehr auf einer verfahrensfehlerfreien Grundlage.

(1) Das Berufungsgericht hat die von dem Steuerberater Sch. erstellte Vermögensübersicht nicht außer Betracht gelassen. Es hat vielmehr die Aufstellung gewürdigt, sie aber – weil überwiegend auf den Angaben des Insolvenzschuldners beruhend – als nicht hinreichend objektiv eingeordnet und ihr zur Widerlegung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes kein hinreichendes Gewicht beigemessen. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vermögensaufstellung war danach nicht unbeachtlich, sondern nur zur Widerlegung des Vorsatzes ungeeignet, weil sie letztlich vom Schuldner selbst stammte, ohne dass es der Feststellung bedurfte, ob die Wertansätze in der Aufstellung zum damaligen Zeitpunkt ver-

treubar waren. Zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes reicht die eigene Einschätzung, man sei hinreichend liquide, nicht aus.

(2) Dass die Würdigung des Berufungsgerichts nicht ausdrücklich auf den Bericht der Unternehmensberatung W. eingeht, ist revisionsrechtlich ebenfalls unbeachtlich. Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, das Berufungsgericht habe die Existenz dieses Vorgutachtens als Grundlage für die Vermögensaufstellung durch den Steuerberater Sch. negiert. Aus dem Gutachten ergeben sich im Übrigen keinerlei Umstände, die den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz entfallen ließen. Vielmehr zeigt das bereits erstinstanzlich unstreitige, vom Berufungsgericht in Bezug genommene Parteivorbringen (§ 540 ZPO), dass das Gutachten der Unternehmensberatung W. erhebliche Finanzierungslücken in der Grundstücksgesellschaft H. aufzeigte und dass in diesem Zusammenhang erst im Jahre 2003 fünf Darlehensverträge abgeschlossen wurden, für die der Schuldner persönlich haftete. Wenn er dann in Kenntnis dieser persönlichen Haftung am 5.1.2004 seiner Ehefrau erhebliche Vermögenswerte übertragen hat, bestätigt dies gerade den vom Gesetz unterstellten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.

Ohne dass es für die getroffene Beweislastentscheidung darauf ankäme, weil die Beklagte zur Widerlegung der subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 InsO verpflichtet ist, hätte das Berufungsgericht noch ergänzend darauf hinweisen können, dass der Insolvenzschuldner bei Abschluss des notariellen Vertrages sogar positive Kenntnis von den maßgeblichen Risiken hatte, die später zu seiner Insolvenz führten. Der Schuldner wusste als Gesellschafter der H. unstreitig, dass diese Gesellschaft bereits Ende 2001 eine Finanzierungslücke i. H. v. 900.000 DM hatte, für die er als Gesellschafter im Außenverhältnis persönlich haftete. Er wusste auch, dass er zur Schließung von Finanzierungslücken noch ein zweites Mal zu einer Nachfinanzierung herangezogen worden war.

(3) Einer Vernehmung der Zeugen H. und P. bedurfte es nicht. Auch ihre Aussagen hätten den vermuteten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht ausräumen können. Denn sie hätten nichts daran geändert, dass sich der Schuldner als Gesellschafter der H. persönlich als Darlehensschuldner von fünf Darlehen verpflichtet hatte und darüber hinaus auch persönlich für die Verbindlichkeiten der H. haftete. Seine gesetzliche Haftung im Außenverhältnis ist hinreichend, ohne dass es darauf ankäme, ob er damit hätte rechnen können, zu einem späteren Zeitpunkt mit einem Regressanspruch gegen die Mitgesellschafter erfolgreich zu sein. Dabei ist die finanzielle Schieflage der H. nicht erst im Februar/März 2004, sondern unstreitig bereits in der Errichtungsphase des Bauprojekts Ende 2001/Anfang 2002 entstanden, als mit dem Ausstieg des beauftragten Generalunternehmers die Gesamtfinanzierung erstmals fraglich wurde.

(4) Dass das Berufungsgericht die ebenfalls vermutete Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als nicht widerlegt angesehen hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Behauptung, die Beklagte habe sich auf die Richtigkeit der erstellten Vermögensübersicht verlassen dürfen, reicht insoweit nicht aus. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die zwischen der Beklagten und dem Schuldner vorgenommene vertragliche Regelung eines vorweggenommenen Zugewinnausgleichs eine extrem seltene Vertragsgestaltung sei, die regelmäßig nur vor dem Hintergrund drohender Vermögensverluste des Ausgleichspflichtigen erklärlich sei, und dass die Beklagte auch nur an solchen Vermögensgegenständen Interesse bekundet habe, die nicht mit Krediten belastet gewesen

seien. Vor diesem Hintergrund kann die Beklagte allein mit der Behauptung des Vertrauens in eine – im Wesentlichen von den Angaben ihres Ehemannes ausgehende – Vermögensaufstellung die Kenntnis nicht widerlegen. Es ist in keiner Weise ersichtlich, dass das Berufungsgericht bei der Würdigung des Parteivorbringens die Grenzen des § 286 ZPO überschritten hat.

Anmerkung:

Was war geschehen? Der Ehemann hatte nach den Feststellungen des LG bzw. OLG eine große Investition auf Kredit getätigt. Als die Investition langsam zu „kippen“ drohte, vereinbarte er mit seiner Ehefrau Gütertrennung und „vorzeitigen Zugewinnausgleich“ nach §§ 1385 f. BGB; im Zuge dieses Ausgleichs übertrug er ihr Vermögen.

Über das Vermögen des Ehemannes wurde später das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter focht die genannte Vermögensübertragung nach § 133 Abs. 2 InsO an – beim LG ohne, jedoch beim OLG und BGH mit Erfolg.

Der Kernsatz der Urteilsgründe des BGH lautet etwas abgewandelt: „Die Einkleidung einer Vermögensverschiebung in einen schuld- oder familienrechtlichen Vertrag ändert nichts an der Darlegungs- und Beweislast.“ Was durch den Sachverhalt und die Gründe des BGH-Urteils allenfalls leicht hindurchschimmert, sind die konkreten Umstände des Falles, aus denen der erfahrene Betrachter summarisch schließen kann, dass es hier stark nach gewollter Vermögensverschiebung roch. Von daher ist klar, dass OLG und BGH die strikte Haltung der Rechtsprechung um keinen Deut aufgeweicht, sondern sie allem Anschein nach noch zementiert haben. So gesehen ist das Urteil sicher richtig („gerecht“ im Sinne unserer Rechtsordnung) und bringt nichts Neues.

Kann der Notar dennoch etwas für seine Beratungspraxis mitnehmen? Ich meine schon, nämlich: der Mandantschaft keine unerfüllbaren Hoffnungen zu machen.

Zur Erinnerung: § 133 Abs. 1 InsO regelt die „Absichtsanfechtung“¹ (Gläubigerbenachteiligungsabsicht, Kenntnis des empfangenden Teils davon, Anfechtungsfrist zehn Jahre), § 133 Abs. 2 InsO die Anfechtung eines entgeltlichen Geschäfts mit einer nahestehenden Person (Frist: zwei Jahre), und § 134 InsO schließlich die Anfechtung eines unentgeltlichen Geschäfts (Frist vier Jahre). Der Notar hat in seiner Beratungspraxis mindestens ebenso oft mit den Parallelregelungen im Anfechtungsgesetz² zu tun, die sich (als Faustregel) von denen der Insolvenzordnung durch Abzug der Zahl 130 unterscheiden, also §§ 3 Abs. 1, 3 Abs. 2 bzw. § 4 AnfG entsprechen § 133 Abs. 1, 133 Abs. 2 bzw. 134 InsO. Urteil und Anmerkung sind daher auf Sachverhalte übertragbar, die dem Anfechtungsgesetz unterliegen.

Natürlich will jeder Mandant „in prekärer Lage“ den bestmöglichen Schutz. Dass dies nicht einmal moralisch verwerflich sein muss, habe ich anderen Orts schon eingehend dargestellt.³ Unter dem Blickwinkel der Anfechtungsfristen – zwei, vier oder zehn Jahre – sucht er sich daher aus unseren Vorschlägen die Gestaltung heraus, die – vermeintlich – zu einer möglichst bald endenden Frist führt. Hier hat jetzt der BGH mit diesem Urteil erneut Pflöcke eingeschlagen, die es jedenfalls in der Verbindung mit dem doch sehr anfechtungsfreund-

lichen System von Beweislast, Vermutung und Anschein⁴ praktisch unmöglich machen, die Vergünstigung einer bloß zweijährigen Ausschlussfrist für sich herbeizuführen.

Sieht man das Urteil im Zusammenhang mit dem erst kürzlich hier besprochenen Urteil des BGH vom 13.8.2009⁵, lässt sich feststellen, dass jedwedes Geschäft unter Ehegatten grundsätzlich das Risiko der Absichtsanfechtung (mit zehnjähriger Frist) in sich trägt, selbst dann, wenn zum Zeitpunkt seiner Vornahme noch nicht einmal Gläubiger vorhanden sind – es sei denn es gelingt, volle Entgeltlichkeit und fehlende Kenntnis von einem etwaigen Benachteiligungsvorsatz des zuwendenden Ehegatten nachzuweisen, was wie gesagt sehr schwer sein dürfte.

Der zehnjährigen Anfechtungsfrist zu entinnen und stattdessen nur der vierjährigen des § 134 InsO bzw. § 4 AnfG zu unterliegen, kann m. E. nur gelingen, wenn sich aus der Übertragungsurkunde selbst ein objektiv nachvollziehbares anderes Motiv des zuwendenden Ehegatten für die Zuwendung ergibt als ein „Beiseiteschaffen“ von Vermögenswerten: Kaum jemand gibt ohne Grund wesentliche Teile seines Vermögens „einfach so“ her, auch nicht unter Ehegatten. Diese allgemeine Erfahrung ist vermutlich die Basis des (sicher häufig zu Recht bestehenden) Argwohns der Gerichte.

Einen solchen objektiv nachvollziehbaren anderen Grund vermag aber bei Geschäften unter Ehegatten – weiterhin – eine familienrechtliche Vereinbarung darzustellen, wie beispielsweise die Übertragung (angemessener!) Vermögenswerte als „Pauschalzugewinnausgleich“ dafür, dass der andere einer ihm angesonnenen Gütertrennung zustimmt; das gilt jedenfalls dann, wenn noch keine Gläubiger vorhanden oder zumindest keine Zahlungsschwierigkeiten absehbar sind. In solchen Fällen dennoch von einer „Einkleidung“ der Vermögensübertragung in ein Schein-Gewand zu sprechen dürfte denn doch zu weit gehen.

Notar Dr. Robert Lotter, Nördlingen

⁴ Uhlenbruck, a. a. O., Rdnr. 4.

⁵ MittBayNot 2010, 149 f.

Beurkundungs- und Notarrecht

20. BGB §§ 278, 1365 Satz 1; BNotO § 19 Abs. 1; GBO §§ 71, 76 (Notar mit selbständigem Vollzugauftrag muss gegen Weigerung des Grundbuchamtes zur Eintragung selbst vorgehen)

Ein Notar, dem bei einem Grundstücksgeschäft mit Umschreibung des Eigentums ein selbständiger Vollzugauftrag erteilt wird, muss nach Erhalt einer Verfügung des Grundbuchamtes, durch das unter Verweis darauf, dass es sich um eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen handele, die Eintragung einer Rechtsänderung abgelehnt wird, notfalls im Wege der Beschwerde und Beantragung einer einstweiligen Anordnung nach der GBO vorgehen. Kommt es aufgrund seiner Untätigkeit zu einer schuldhaften Verzögerung der Eintragung, kann dieser dem Verkäufer als Erfüllungsgehilfe zugerechnet werden.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.4.2010, 4 U 265/09

¹ Umbenannt in „Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung“, vgl. Uhlenbruck, InsO, 10. Aufl. 2010, vor § 129 ff. Rdnr. 2.

² Vgl. etwa Uhlenbruck, a. a. O., § 129 Rdnr. 26 zu § 18 AnfG.

³ MittBayNot 2010, 151 f.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Ehemannes auf Feststellung der Nichtigkeit eines notariellen Kaufvertrages bezogen auf das Wohnungseigentum (...) in Anspruch, hilfsweise begehrt sie die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde.

Der Beklagte war seit 1997 Alleineigentümer des Wohnungseigentumsanteils, ½ Miteigentum an dem Grundstück, eingetragen im Grundbuch des AG Limburg (...) verbunden mit dem Sondereigentum an der linken Doppelhaushälfte (Nr. ...). Ausweislich des Grundbuchauszugs war das Grundstück in Abteilung II mit einem Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den jeweiligen Miteigentümer und in Abteilung III mit Grundpfandrechten i. H. v. 160.000 € belastet, die im Jahr 2008 noch i. H. v. ca. 155.000 € valuierten. Der Beklagte war verheiratet, lebte aber von seiner Ehefrau A, getrennt. Ein Scheidungs- und Zugewinnausgleichsverfahren war anhängig.

Mit notariellem Kaufvertragsangebot der Streitverkündeten bot der Beklagte der Klägerin und deren Ehemann an, die Doppelhaushälfte zum Preis von 180.000 € zu kaufen und lastenfreies Eigentum daran zu erwerben. Er erklärte, im Angebot ausdrücklich, nicht über den wesentlichen Teil seines Vermögens zu verfügen. Der Kaufpreis sollte am 1.2.2009 fällig werden, nicht jedoch vor Ablauf von 14 Tagen nach Vorlage einer schriftlichen Mitteilung der Notarin an beide Vertragsbeteiligten über das Vorliegen sämtlicher behördlicher und privater Genehmigungen, den Eintrag der Eigentumsverschaffungsvormerkung zugunsten der Käufer im Wohnungsgrundbuch, die Sicherstellung der Lastenfreistellung in Abteilung III des Grundbuchs und die Erklärung über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts. Gemäß § 6 wurde die Notarin mit der Einholung sämtlicher Genehmigungen beauftragt. Der Beklagte bewilligte und beantragte die Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung zugunsten der Käufer.

Mit notarieller Annahmeerklärung vom (...), ebenfalls beurkundet durch die Streitverkündete nahmen die Klägerin und ihr Ehemann, denen die Vermögensverhältnisse des Beklagten nicht bekannt waren, das Kaufangebot an. Die Streitverkündete übermittelte in der Folgezeit den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung an das Grundbuchamt; sie erhielt von dort eine Zwischenverfügung des Rechtspflegers, in der der Antrag mit der Begründung zurückgewiesen wurde, für den Verkauf sei die Zustimmung der Ehefrau des Beklagten erforderlich. Hintergrund war ein Schreiben des Anwalts der Ehefrau des Beklagten an das Grundbuchamt, in dem mitgeteilt worden war, dass der Beklagte mit dem Verkauf des Grundstücks über sein wesentliches Vermögen verfügt habe.

Die Streitverkündete bat die Ehefrau des Beklagten daraufhin um die Abgabe der Genehmigung gemäß § 1365 Abs. 1 BGB. Ob die Streitverkündete aus Anlass dieser Beurkundung Erklärungen im Hinblick auf das Erfordernis der Einholung einer Genehmigung der Ehefrau des Beklagten abgegeben haben, ist nunmehr streitig.

Der Ehemann der Klägerin setzte sich am 13.2.2009 mit dem Beklagten telefonisch in Verbindung und bat diesen, die Angelegenheit zu klären. In einem persönliches Gespräch am 14.2.2009 erklärte der Beklagte, die Genehmigung der Ehefrau läge spätestens bis zum 21.2.2009 vor. Mit Schreiben vom gleichen Tag baten die Kläger den Beklagten indes, die Frage der Genehmigung bis zum 15.3.2009 zu klären. Die Ehefrau des Beklagten machte mit ihrem Schreiben vom 26.2.2009 die Erteilung der Genehmigung von ihrer Entlassung aus der persönlichen Schuldhaft für die eingetragenen Belastungen und dem Erhalt einer Ausgleichszahlung von 16.400 € abhängig. Am 15.3.2009 bat der Beklagte darum, die Frist zur Vorlage der Genehmigung seiner Frau bis Ende März 2009 zu verlängern. Dies lehnten die Klägerin und ihr Ehemann indes ab und erklärten mit Schreiben vom 16.3.2009 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Streitverkündete teilte daraufhin den Vertragsparteien am 17.3.2009 mit, dass sie mit sofortiger Wirkung jegliche Vollzugshandlung einstellen werde. Am 19.3.2009 einigte sich der Beklagte mit seiner Ehefrau. Vorsorglich erklärten die Klägerin und ihre Ehemann nochmals mit anwaltlichem Schreiben vom 20.3.2009 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Am 30.3.2009 gab die Ehefrau des Beklagten eine von der Streitverkündeten beglaubigte Zustimmung- und Genehmigungserklärung zum Kaufvertrag gemäß § 1365 BGB ab (...). Die Streitverkündete veranlasste sodann den weiteren Vollzug der Kaufvertragsurkunde. Am 7.4.2009 wurde sowohl die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 28.4.2009 zeigte die Streitverkündete die Fälligkeit des Kaufpreises an.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Klägerin (...) wird zurückgewiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Das LG hat die als Hauptantrag gestellte Feststellungsklage zu Recht abgewiesen, da der durch das notarielle Angebot und durch die notarielle Annahme zustande gekommene Grundstückskaufvertrag und die Auflassung der im Alleineigentum des Beklagten befindlichen Doppelhaushälfte an die Klägerin und ihren Ehemann nicht mangels rechtzeitiger nachträglicher Genehmigung der Ehefrau des Beklagten endgültig unwirksam geworden ist (§§ 433, 1365 Abs. 1, 1366 BGB).

Das LG hat zutreffend erkannt, dass der notarielle Kaufvertrag, durch den sich der Beklagte verpflichtete, der Klägerin und ihrem Ehemann das lastenfreie Eigentum an der Doppelhaushälfte zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht der Einwilligung der Ehefrau des Beklagten gemäß § 1365 Abs. 1 BGB bedurfte. Auch die in der Annahmeerklärung erklärte Auflassung des Grundstücks als Erfüllungsgeschäft bedurfte deswegen keiner Zustimmung.

Der Beklagte war Alleineigentümer der verkauften Doppelhaushälfte. Gemäß § 1364 BGB war er daher grundsätzlich berechtigt, die Immobilie allein zu verwalten und auch darüber zu verfügen (§ 1364 BGB). Da er mit seiner getrennt lebenden Ehefrau im gesetzlichen Güterstand gelebt hat, war indes § 1365 Abs. 1 BGB zu beachten, der den Ehegatten vor der Gefährdung seiner Anwartschaft auf Zugewinnausgleich bei Beendigung der Gütergemeinschaft schützen soll. § 1365 Abs. 1 BGB macht nicht nur Rechtsgeschäfte über die Veräußerung des Gesamtvermögens als solches (als Inbegriff, en bloc) von der Einwilligung des Ehegatten abhängig, sondern auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Gegenstand (oder mehrere einzelne Gegenstände), wenn dieser Gegenstand tatsächlich das ganze oder nahezu das ganze Vermögen ausmacht.

a) Dass die objektiven Voraussetzungen für eine Zustimmungsbedürftigkeit der Grundstücksveräußerung hier vorliegen, ist bereits dann nahe liegend, wenn man auf den eigenen Vortrag des Beklagten abstellt. Dies ergibt ein Vergleich zwischen dem Wert der Doppelhaushälfte i. H. v. mindestens 25.000 € (Wert mindestens 180.000 € minus Belastungen von 155.000 €) und dem verbleibenden Restvermögen des Beklagten, welches nach seinem eigenen Vortrag nur in gebrauchten Hausratsgegenständen bestanden hat. Seine pauschale Wertangabe ist daher nicht geeignet, einen verbleibenden Wertanteil von 15 % seines Vermögens auch nur im Ansatz darzulegen.

b) Letztendlich kann dies allerdings dahingestellt bleiben, denn das LG hat zutreffend darauf abgestellt, dass die Zustimmungsbedürftigkeit nicht allein durch die objektiven Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB ausgelöst wird.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. hierzu BGHZ 43, 174–178) bedarf es insoweit auch eines subjektiven Erfordernisses. § 1365 BGB greift nur dann ein, wenn der Vertragspartner positiv weiß, dass es sich bei dem in Frage kommenden Gegenstand um das ganze oder nahezu das ganze Vermögen des Ehegatten handelt oder wenn er zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt. Die Kenntnis hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB beruft, also in der Regel der andere Ehegatte. Maßgebender Zeitpunkt für die Kenntnis ist dabei nicht die Vollendung des Rechtserwerbs, sondern

allein derjenige der Verpflichtung (so BGH, NJW 1989, 1609, 1610). Ein Zustimmungserfordernis besteht folglich auch dann nicht, wenn der Vertragspartner nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes die positive Kenntnis darüber erlangt, dass sein Vertragspartner über sein ganzes Vermögen verfügt hat. Auch in einem solchen Fall wird das Erfüllungsgeschäft nicht zustimmungspflichtig (vgl. hierzu BGH, NJW 1989, 1609, 1610). So liegt der Fall hier. Der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft bedurfte daher keiner Einwilligung bzw. nachträglicher Genehmigung durch die Ehefrau des Beklagten. Gleiches gilt für die Auflassung, die ebenfalls am (...) beurkundet worden ist. Unerheblich ist auch, dass die Klägerin und ihr Ehemann durch die ihnen zur Kenntnis gebrachte Zwischenverfügung des AG – Grundbuchamt –, also vor Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Eigentumsumschreibung im Grundbuch, erfahren haben könnten, dass der Beklagte über nahezu sein gesamtes Vermögen verfügt hat. Die Klägerin und ihr Ehemann durften sich auf ihren Kenntnisstand bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes verlassen. Wäre dies anders, müsste der Vertragspartner entgegen der Regel des § 1364 BGB jedes bedeutende Rechtsgeschäft mit einem Ehegatten von der Einwilligung des anderen Ehegatten abhängig machen, da er ansonsten nicht sicher sein könnte, dass die Verpflichtung auch erfüllt werden muss. Da kein Genehmigungserfordernis bestand, führt auch die Tatsache, dass die Genehmigung nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Aufforderung an den Beklagten mit Schreiben vom 14.2.2009 erteilt worden ist, nicht zu einer Unwirksamkeit des Kaufvertrages (§ 1366 Abs. 3 BGB).

2. Auch die als Hilfsantrag gestellte Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) hat keinen Erfolg.

Die Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunden der Streitverkündeten ist nach wie vor gegeben. Der Klägerin steht kein materiellrechtlicher Einwand zu, der ihrer titulierten Verpflichtung entgegensteht.

Die vertragliche Verpflichtung der Klägerin und ihres Ehemannes auf Abnahme des gekauften Grundstücks und Zahlung des Kaufpreises besteht nach wie vor (§ 433 Abs. 2 BGB). Der von der Klägerin und ihrem Ehemann erklärte Rücktritt hat nicht dazu geführt, dass das Schuldverhältnis sich in ein Abwicklungsschuldverhältnis (§ 346 ff. BGB) umgestaltet hätte. Die Käufer sind nämlich nicht wirksam vom Kauf zurückgetreten.

a) Ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB wegen einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung stand den Käufern am 16.3.2009 nicht zu.

Erstinstanzlich wurde dies damit begründet, der Beklagte selbst wäre, um seine Pflicht zur Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück erfüllen zu können, verpflichtet gewesen, die nachträgliche Genehmigung seiner Ehefrau zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages beizubringen. Da aber – wie oben dargelegt – kein Einwilligungs-/Genehmigungserfordernis bestand, gab es auch keine entsprechende vertragliche Verpflichtung des Beklagten, die er selbst nicht fristgemäß erfüllt hätte. Die Klägerin stützt ihr vermeintliches Rücktrittsrecht nun erstmals darauf, dass die Streitverkündete, deren Verschulden sich der Beklagte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse, pflichtwidrig die Eintragung der Auflassungsvormerkung verzögert habe.

Dieser Vortrag ist kein neues Angriffsmittel, das nach § 531 ZPO präkludiert sein könnte.

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann der Streitverkündeten auch der Vorwurf einer Pflichtverletzung ge-

macht werden. Ihr war im vorliegenden Fall ein selbständiger Vollzugauftrag im Hinblick auf die Vollziehung der notariellen Urkunden vom (...) erteilt worden. Gemäß § 3 des Kaufvertrages hing die Fälligkeit des Kaufpreises von der schriftlichen Mitteilung der Notarin an beide Vertragsteile über das Vorliegen sämtlicher behördlicher und privater Genehmigungen, über die Eintragung der Auflassungsvormerkung, über die Lastenfreistellung in Abteilung III des Wohnungsgrundbuchs sowie über die Erklärung über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts ab. Diese Fälligkeitsvoraussetzungen waren daher von der Notarin selbständig zu überwachen. Gemäß § 6 beauftragten die Parteien die Notarin weiterhin damit, sämtliche Genehmigungen zu dieser Urkunde einzuholen. Die Notarin wurde überdies angewiesen, die Umschreibung des Eigentums erst dann zu beantragen, wenn ihr sämtliche Genehmigungen vorliegen und die Kaufpreiszahlung bestätigt oder nachgewiesen worden ist. Die Kriterien eines selbständigen Vollzugauftrages im Gegensatz zur bloßen Weiterleitung der Eintragungsanträge als Bote der Antragsteller i. S. d. § 53 BeurkG sind damit erfüllt (vgl. hierzu *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 1489). Der Vollzugauftrag bezog sich darüber hinaus auch auf die den Eigentumsverschaffungsanspruch sichernde Auflassungsvormerkung, deren Eintragung der Beklagte bereits in seinem Angebot vom (...) für den Fall der Annahme des Angebotes bewilligt und beantragt hatte. Dementsprechend durften die Parteien darauf vertrauen, dass die Notarin insgesamt für die Abwicklung und Vollziehung der Urkunde Sorge trug.

Der rechtskundigen Notarin, die berechtigt gewesen ist, die Vertragsparteien zu vertreten (§ 24 Abs. 1 Satz 2 BNotO), hätte es daher obliegen, sich nach Erhalt der Zwischenverfügung vom 19.1.2009 unverzüglich mit dem Grundbuchamt in Verbindung zu setzen und insoweit auf das fehlende Genehmigungserfordernis des § 1365 Abs. 1 BGB ausdrücklich hinzuweisen; notfalls ein Beschwerdeverfahren gemäß § 71 GBO einzuleiten und ggf. eine einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts (§ 76 GBO) zu erwirken. Dass sie dies getan hätte, ist hingegen nicht ersichtlich. Nach bisherigem Vortrag hat sie die Zwischenverfügung lediglich an den Beklagten und dessen Ehefrau weitergeleitet, mit der Aufforderung die Genehmigung der Ehefrau beizubringen bzw. zu erteilen. Demgegenüber hätte sie aber die Rechtslage den Urkundsbeteiligten erläutern müssen, um die insbesondere bei den Käufern auftretende Unsicherheit zu beseitigen.

Eine schuldhafte Verzögerung der Eintragung der Auflassungsvormerkung durch die Notarin wäre dem Beklagten auch ggf. gemäß § 278 BGB zuzurechnen.

Grundsätzlich wird ein Notar zwar nicht als Erfüllungsgehilfe einer Vertragspartei tätig, sondern ausschließlich in Ausübung seiner eigenen Amtspflichten i. S. d. § 19 Abs. 1 BNotO. Anders ist dies aber nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. hierzu BGH, NJW 1974, 692; BGH, NJW 1984, 1748–1749; BGH, NJW 1993, 3061–3064) im Rahmen eines Betreuungsgeschäftes (§§ 23, 24 BNotO). Insoweit kann ein pflichtwidrig und schuldhaft handelnder Notar Erfüllungsgehilfe eines Beteiligten bei der Abwicklung einer vertraglichen Verpflichtung sein. So wurde etwa der Notar, der mit der Abwicklung eines von ihm beurkundeten Grundstückskaufvertrages beauftragt worden war und es versäumt hatte, für die rechtzeitige Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu sorgen, als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Verhältnis zu den Käufern angesehen (vgl. BGH a. a. O., vgl. auch die Entscheidungen OLG Koblenz, MDR 1998, 341 und OLG Schleswig 2002, 39, 40). Letztendlich kann dies aber dahingestellt bleiben, denn mögliche dem Beklagten zurechenbare Ver-

säumnisse der Notarin berechtigten die Klägerin und ihren Ehemann nicht dazu, bereits am 16.3.2009 vom Vertrag zurückzutreten (§ 323 Abs. 1 BGB). Es fehlt insoweit bereits an einer Fristsetzung, mit der die Käufer den Beklagten aufgefordert hätten, die Eintragung der Auflassungsvormerkung zu bewirken. Die erforderliche Fristsetzung muss eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung enthalten. Dies gebietet die Warnfunktion der Fristsetzung, die dem Schuldner erkennbar machen soll, dass die Vertragsbindung bei fruchtlosem Fristablauf durch einen Rücktritt des Gläubigers ernsthaft gefährdet ist. Die Käufer haben dem Beklagten aber gar keine Frist zur Bewirkung der Eintragung der Auflassungsvormerkung gesetzt. Ihre Fristsetzung vom 14.2.2009 bezog sich ausschließlich auf die vermeintlich erforderliche Beibringung der Genehmigung seiner Ehefrau, die der Beklagte aber gar nicht beibringen musste. Eine Aufforderung an den Beklagten, die Notarin zur weiteren Tätigkeit anzuhalten, kann dem Schreiben vom 14.2.2009 nicht entnommen und dieses kann auch nicht entsprechend ausgelegt werden.

Kostenrecht

21. KostO §§ 154, 155, 156; BeurkG § 47 (*Vollstreckbare Ausfertigung mehrerer Kostenforderungen eines Notars*)

Die vollstreckbare Ausfertigung von drei unterschiedlichen Kostenrechnungen eines Notars darf nicht in der Weise hergestellt werden, dass in einem einzigen Schriftstück nach dem Einleitungssatz, es seien „folgende Kostenrechnungen erteilt“ worden, der Inhalt der drei Kostenrechnungen aufgelistet und am Schluss eine Gesamtforderung ausgewiesen wird.

OLG Celle, Beschluss vom 28.5.2009, 2 W 131/09

Mit ihrer weiteren Beschwerde vom 28.4.2009 wenden sich die Kostenschuldner gegen den Beschluss des LG vom 7.4.2009, durch den ihre Beschwerde vom 10.10.2008 gegen die vollstreckbare Ausfertigung der Kostenrechnungen zu den Urkundsrollen Nrn. ... und ... des Notars Dr. M. vom 25.9.2008 zurückgewiesen worden ist.

Mit drei unterschiedlichen Kostenrechnungen vom 5.2.2008 stellte der Notar Dr. M. den Kostenschuldnern für notarielle Tätigkeiten Beträge i. H. v. 44,03 € (Nr. ...), 623,33 € (Nr. ...) und 623,33 € (Nr. ...) – mithin einer Gesamtsumme von 1.290,69 € – in Rechnung. Mit Datum vom 25.9.2008 erteilte er zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eine vollstreckbare Ausfertigung seiner Kostennoten gegen die Beschwerdeführer, indem er in einem einzigen Schriftstück nach dem Einleitungssatz „Am 5.2.2008 habe ich Herrn Frau M. und H. L. folgende Kostenrechnungen erteilt: ...“ den Inhalt der drei Kostenrechnungen vom 5.2.2008 auflistete und am Schluss eine Gesamtforderung i. H. v. 1.290,69 €, die ab Zustellung mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen sei, auswies. Daraufhin erhoben die Kostenschuldner mit Schriftsatz vom 10.10.2008 Beschwerde gegen die vorgenannte vollstreckbare Ausfertigung und führten zur Begründung u. a. aus, dass der Notar die Vorschrift des § 155 KostO nicht eingehalten habe, weil er nicht die ursprüngliche Kostenberechnung mit der Klausel, sondern ein gänzlich neues Schriftstück angefertigt habe. Darüber hinaus haben die Kostenschuldner geltend gemacht, dass sie die Notargebühren bereits beglichen hätten. Nach Einholung einer Stellungnahme der Präsidentin des LG hat die 9. Zivilkammer des LG Beweis über die Behauptung der Kostenschuldner erhoben, dass die geltend gemachten Notarkosten durch Barzahlung erfüllt worden seien. Es hat sodann die Beschwerde der Kostenschuldner mit der Begründung zurückgewiesen, dass die angefochtene vollstreckbare Ausfertigung den formellen Anforderungen der KostO genüge. Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass die erteilte vollstreckbare Ausfertigung den Anforderungen des § 49 BeurkG genüge. Es sei kein hinreichender Grund ersichtlich, warum der Notar nicht mehrere Kostenrechnungen zusammenfassen und sämtlich in einer Klausel für vollstreckbar erklären dürfe. Für den Kostenschuldner sei aus der Gesamtaufstellung

zwanglos ersichtlich, dass sich die Vollstreckbarkeitserklärung auf alle aufgelisteten Rechnungen beziehe. Das Erfordernis, jede einzelne Rechnung mit einer entsprechenden Vollstreckungsklausel zu versehen, stelle eine überflüssige Förmel dar.

Gegen diese Entscheidung richtet sich das am 4.5.2009 beim LG eingegangene „Rechtsmittel“ der Kostenschuldner vom 28.4.2009, das jedoch trotz Anknüpfung in der Rechtsmittelschrift bisher nicht begründet worden ist.

Aus den Gründen:

(...)

III.

Die weitere Beschwerde ist auch begründet. Die Beschwerdeentscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Rechts i. S. v. § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO.

Zu Unrecht hat das LG die Auffassung vertreten, dass die streitgegenständliche vollstreckbare Ausfertigung den gesetzlichen Erfordernissen genüge.

Gemäß § 155 Satz 1 KostO werden die Kosten aufgrund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung der Kostenberechnung i. S. v. § 154 KostO beigetrieben. Wann eine zur Zwangsvollstreckung geeignete Ausfertigung vorliegt, richtet sich nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes und zwar den §§ 47 ff. BeurkG.

Gemäß § 49 Abs. 1 Satz 1 BeurkG besteht die Ausfertigung in einer Abschrift der Urschrift, die mit dem Ausfertigungsvermerk versehen ist. Schon der Wortlaut indiziert somit, dass die Abschrift mit der zugrundeliegenden Urschrift in jeder Hinsicht übereinstimmen muss. Es entspricht insoweit allgemeiner Meinung, dass es entscheidend auf den inhaltlichen Gleichlaut zwischen Abschrift und Urschrift ankommt (vgl. *Eylmann/Vassen*, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rdnr. 5), ohne dass diese aber ein optisches Abbild darstellen muss (vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 42 Rdnr. 8 a).

An einem inhaltlichen Gleichlaut fehlt es aber nicht nur, wenn die Abschrift – mit Ausnahme des Sonderfalles des § 42 Abs. 3 BeurkG – weniger enthält als die Urschrift. An einer wörtlichen Übereinstimmung im oben genannten Sinn fehlt es auch dann, wenn die Ausfertigung mehr als die Urschrift enthält (vgl. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 49 Rdnr. 5). Genau dies ist aber vorliegend der Fall, weil keine Urschrift in Form einer aus drei Kostenrechnungen bestehenden Abrechnung existiert. Vielmehr existieren drei einzelne Abrechnungen in drei unterschiedlichen (Ur-)Schriften.

Dass insoweit hohe Anforderungen zu stellen sind, rechtfertigt sich schon daraus, dass die vollstreckbare Ausfertigung Grundlage einer Zwangsvollstreckung darstellt, die in besonderem Maße in die Rechtsposition des Schuldners eingreift. Gerade weil die Ausfertigung der Niederschrift gemäß § 47 BeurkG die Urschrift im Rechtsverkehr vertritt und der Vollstreckungsklausel eine Zeugnis- und Schutzfunktion zukommt (vgl. *Zöller/Geimer/Stöber*, ZPO, 27. Aufl., § 724 Rdnr. 1) sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Die pauschale Feststellung des LG, es stelle eine überflüssige Förmel dar, wenn jede Rechnung mit einer entsprechenden Vollstreckungsklausel versehen werden müsste, lässt elementare Grundsätze des Vollstreckungs- und des Beurkundungsrechts außer Acht. Nicht nur das Vollstreckungsrecht, sondern gerade das Beurkundungsrecht ist in ganz besonderem Maße durch das Prinzip der Formstrenge beherrscht. Schon deshalb geht der Hinweis auf eine Förmel fehl.

Auch aus Gründen der Praktikabilität ist es nach Auffassung des Senats geboten, für jede einzelne Notarkostenrechnung

eine gesonderte vollstreckbare Ausfertigung zu erstellen. Denn gemäß § 757 Abs. 1 ZPO hat ein Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistung dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern (vgl. auch § 106 Nr. 3 GVGA). Diese Vorschrift, die dem Schutz des Vollstreckungsschuldners vor nochmaliger Vollstreckung dient (vgl. *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 757 Rdnr. 1) würde unterlaufen, wenn sich die vollstreckbare Ausfertigung im Ergebnis aus drei Titeln zusammensetzt. Selbst wenn der Schuldner die Forderung aus einer Notarkostenrechnung voll beglichen hätte, könnte die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung unter Hinweis auf die beiden anderen noch offenen Rechnungen verweigert werden. Den Schuldner darauf zu verweisen, dass er bei jeder Leistung zusätzlich (§ 74 Nr. 1 GVO) eine Quittung erteilt bekommt, erscheint nicht sachgerecht. Der Schuldner hat schon aus Gründen der Rechtssicherheit ein Interesse daran, nach vollständiger Befriedigung der Forderung die vollstreckbare Ausfertigung zu erhalten, umso nachhaltigen Schutz vor einer nochmaligen ungerechtfertigten Vollstreckung wegen derselben Forderung zu erhalten.

Der Senat folgt daher im Ergebnis der Rechtsprechung des LG Hannover, welches unter Hinweis auf eine nicht näher ausgeführte Stellungnahme eines Bezirksrevisors ebenfalls die Auffassung vertreten hat, dass es unzulässig sei, mehrere selbständige Kostenabrechnungen mit einer Klausel in einem Schriftstück für vorläufig vollstreckbar zu erklären (Nds. RPfl. 2005, 151; ebenso *Rohs/Wedever*, KostO, 3. Aufl., § 155 Rdnr. 4). (...)

22. FGG-RG Art. 111; KostO §§ 156, 161 (*Übergangsvorschrift bei Beschwerde gegen Notarkostenrechnung*)

1. **Ist eine notarielle Tätigkeit vor dem 1.9.2009 beendet und die Notarrechnung vor diesem Zeitpunkt fällig, ist die Notarrechnung nach § 156 Abs. 2 KostO in der vor dem 1.9.2009 geltenden Fassung durch Beschwerde und nicht durch Antrag auf Entscheidung des LG angefochten. Das Rechtsmittel gegen die landgerichtliche Entscheidung ist in diesem Falle die auf Rechtsfehler beschränkte sofortige weitere Beschwerde zum OLG und nicht die Erstbeschwerde; sie ist nur zulässig, wenn das LG sie zulässt.**
2. **Einer einem Beschluss beigefügten (falschen) Rechtsmittelbelehrung kann grundsätzlich nicht die Zulassung einer zulassungsbedürftigen weiteren Beschwerde entnommen werden.**

OLG München, Beschluss vom 27.5.2010, 32 Wx 12/10

Der Antragsteller wendet sich gegen die Kostenrechnung des Antragsgegners vom 14.7.2008 i. H. v. 4.332,38 €, die dieser u. a. für die Beurkundung eines vor dem 14.7.2008 abgeschlossenen Vertrages stellte und die später am 19.1.2010 auf 4.153,88 € berichtigt wurde.

Das LG wies mit Beschluss vom 29.1.2010 den Antrag zurück.

Gegen diesen am 26.2.2010 zugestellten Beschluss legten die Kostenschuldner am 17.3.2010 formgerecht Beschwerde ein. Das als sofortige weitere Beschwerde behandelte Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Rechtsmittel ist als sofortige weitere Beschwerde i. S. d. § 156 Abs. 2 KostO in der vor dem 1.9.2009 geltenden Fassung und nicht als eine Erstbeschwerde i. S. d. § 156 Abs. 3 KostO in der nach dem 31.8.2009 geltenden Fassung

zu behandeln. Nach § 161 Satz 1 und 3 KostO findet die vor dem 1.9.2009 geltende Fassung des § 156 KostO dann Anwendung, wenn die Kosten vor diesem Zeitpunkt fällig geworden sind. Da die abgerechnete notarielle Tätigkeit vor dem 1.9.2009 beendet war, wurden die Kosten an diesem Tage, also vor dem 1.9.2009 fällig (§§ 141, 7 KostO). § 161 KostO ist eine Sondervorschrift für Verfahren nach der KostO und geht der allgemeinen Vorschrift des Art. 111 Satz 1 FGG-RG vor, zumal § 161 Satz 3 KostO ausdrücklich den Fall regelt, dass Vorschriften, auf die die KostO verweist, geändert werden; durch das FGG-RG wurde insoweit keine Änderung der Vorschrift vorgenommen.

Eine Vorlage an den BGH wegen einer Abweichung vom OLG Köln (FGPrax 2009, 286) nach § 28 Abs. 2 FGG ist nicht angezeigt, da das OLG Köln nicht entscheidungserheblich die Ansicht vertreten hat, dass bei einem ab dem 1.9.2010 eingeleiteten Verfahren unabhängig von der Fälligkeit der Notargebühr das nach dem 31.8.2009 geltende Recht anzuwenden ist, da in dem dortigen Fall der Antrag vor dem 1.9.2009 eingereicht worden war und damit auch nach Art. 111 Satz 1 FGG-RG das vor dem 1.9.2009 geltende Recht maßgebend war.

2. Die weitere Beschwerde ist jedoch mangels Zulassung durch das LG unzulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO); eine Nichtzulassungsbeschwerde ist gesetzlich nicht vorgesehen.

a) Der dem Beschluss beigefügten Rechtsmittelbelehrung kann eine Zulassungsentscheidung nicht entnommen werden. Die Rechtsmittelbelehrung bedeutet lediglich eine Auskunft über Erfordernisse, die kraft Gesetzes gegeben sind, auf die der Betroffene aber dennoch hingewiesen werden soll. Sie dient nicht der Eröffnung einer weiteren Instanz, stellt keine Entscheidung dar und deutet für sich genommen nicht auf die Absicht des Gerichts hin, ein ansonsten nicht statthaftes Rechtsmittel ausdrücklich zuzulassen (vgl. BayObLGZ 2000, 318 ff. m. w. N.; OLG-Report Köln 2004, 203). Besondere Umstände, aus denen vorliegend ausnahmsweise aus der der Beschwerdeentscheidung beigefügten Rechtsmittelbelehrung auf einen Zulassungswillen des LG geschlossen werden könnte, sind nicht ersichtlich, zumal sie nicht von den Unterschriften der erkennenden Richter gedeckt ist. Darüber hinaus ging das LG versehentlich davon aus, dass die sofortige Beschwerde und nicht die sofortige weitere Beschwerde gegeben sei; daher ist ausgeschlossen, dass mit Erteilung der Rechtsmittelbelehrung eine Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde gewollt war.

b) Auch der Meistbegünstigungsgrundsatz führt zu keinem anderen Ergebnis, da dieser keinen weiteren Rechtsmittelzug eröffnet, wenn gegen die korrekte Entscheidung desselben Inhalts ein (weiteres) Rechtsmittel nicht zulässig wäre (vgl. *Zöller/Heßler*, ZPO, 28. Aufl., vor § 511 Rdnr. 32 m. w. N.).

3. Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, da die Rechtsmittelführer Gebührenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO sind und dem Rechtsmittelgegner in diesem Verfahren keine eigenen Kosten entstanden sind. (...)

Anmerkung:

Die Entscheidung stellt hinsichtlich der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts für die gerichtliche Überprüfung notarieller Kostenrechnungen darauf ab, ob die Kosten vor dem Stichtag des 1.9.2009 fällig geworden sind. Sie stützt sich hierbei auf § 161 KostO, wonach für Kosten, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung fällig geworden sind, das bisherige Recht gilt. Damit setzt sich das OLG München in Widerspruch zu der bisher einhellig vertretenen Ansicht in

Rechtsprechung und Literatur, wonach für das anwendbare Verfahrensrecht nicht die Fälligkeit der Kostenrechnung, sondern die Einleitung des Verfahrens gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG maßgeblich sei.¹

Die Entscheidung ist bereits deshalb kritisch zu würdigen, weil sie sich nicht mit der gegenteiligen herrschenden Meinung auseinandersetzt. Sie erwähnt zwar den zitierten Beschluss des OLG Köln vom 19.10.2009. Allerdings belässt sie es mit einem Hinweis darauf, dass die Frage im Verfahren vor dem OLG Köln nicht entscheidungserheblich war und deshalb keine Vorlage an den BGH angezeigt sei. Das OLG München geht aber nicht darauf ein, dass das OLG Köln inhaltlich anderer Meinung war, indem es § 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG und nicht § 161 KostO angewendet hat. Die abweichende Ansicht im Schrifttum erwähnt die Entscheidung des OLG München überhaupt nicht.

Die Entscheidung überzeugt aber auch inhaltlich nicht. Die Frage, ob es für das maßgebliche Verfahrensrecht auf die Fälligkeit der Kostenrechnung oder die Einleitung des Verfahrens vor dem 1.9.2009 ankommt, hängt davon ab, ob § 161 KostO oder Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG angewandt wird. Nach Ansicht des OLG München stellt § 161 KostO eine *lex specialis* zu Art. 111 FGG-RG dar, welche die allgemeine Übergangsregelung im Bereich des Kostenwesens verdrängt. Diese Auffassung findet jedoch in der Systematik des Gesetzes keine Stütze. § 161 Satz 1 KostO bezieht sich lediglich auf die „Kosten“, d. h. auf die Gebühren und Auslagen gem. § 1 KostO und somit auf das materielle Recht. Das Verfahrensrecht gegen die notarielle Kostenrechnung ist hingegen nicht in der KostO geregelt. § 156 Abs. 3 KostO weist nur deklaratorisch auf die Beschwerde nach dem FamFG hin, trifft hierzu selbst aber keine Regelung. Dies spricht dafür, dass auch § 161 KostO nur hinsichtlich des materiellen Kostenrechts Anwendung beansprucht, nicht aber hinsichtlich des Verfahrensrechts.

Dieser Auslegung steht auch der vom OLG München zitierte § 161 Satz 3 KostO nicht entgegen, wonach die Übergangsregelung des § 161 Satz 1 KostO auch für solche Vorschriften gilt, auf die die KostO verweist. Denn § 156 Abs. 3 KostO stellt schon nach seinem Wortlaut keine echte Verweisungsnorm dar. Vielmehr erklärt die Norm nur die allgemeine Beschwerde für anwendbar. Durch die Änderung des § 156 KostO wurde das Verfahren der Beschwerde gegen notarielle Kostenrechnungen in das allgemeine Rechtsmittelverfahren des FamFG eingebettet.² Diesem Regelungszweck entspricht es, auch hinsichtlich der Übergangsvorschriften zwischen materiellem Kostenrecht und Verfahrensrecht zu trennen. Nur für Ersteres gilt die Kostenordnung. Letzteres ist in Art. 111 Abs. 1 FGG-RG geregelt. Eine solche Auslegung kommt auch dem Willen des Gesetzgebers am Nächsten. Dieser bestand nämlich darin, dass die Übergangsvorschrift Art. 111 FGG-RG nicht nur für das neue Stammgesetz (FamFG), sondern auch für die in den weiteren Artikeln des FGG-Reformgesetzes enthaltenen Vorschriften Geltung haben solle.³ Bei richtiger Betrachtung stellt daher nicht § 161 KostO, sondern Art. 111 FGG-RG für den Bereich des Verfahrensrechts die vorrangige Spezialvorschrift dar.

Notarassessor *Martin Soutier*, München

¹ OLG Köln, FGPrax 2009, 286 sowie *Tiedtke/Diehn*, ZNotP 2009, 385; *Leßniak*, MittBayNot 2009, 495; *Wudy*, NotBZ 2009, 250, 252.

² *Wudy*, NotBZ 2009, 250, 251.

³ BT-Drucks. 16/6308, S. 359.

Öffentliches Recht

23. BGB § 307 Abs. 1; BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1 (*Bindungsdauer beim Einheimischenmodell*)

1. **Im Rahmen eines Einheimischenmodells vereinbarte Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen begründen keine Primärverpflichtungen, sondern Obliegenheiten des Grundstückskäufers.**
2. **Bei einer Kaufpreisverbilligung von 50 % kann eine zwanzigjährige Verpflichtung des Käufers, das Grundstück selbst zu nutzen, noch angemessen sein.**
3. **Eine bei früherer Aufgabe der Selbstnutzung zu leistende Kaufpreiszahlung ist unangemessen, wenn sie über die Rückforderung der gewährten Subvention und die Abschöpfung sonstiger mit dieser zusammenhängender Vorteile hinausgeht.**

BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 10.8.1995 kauften die Kläger im Rahmen eines Einheimischenmodells ein 307 m² großes unbebautes Grundstück von der beklagten Stadt. Der Kaufpreis von 81.662 DM (266 DM/m²) lag etwa 50 % unter dem damaligen Bodenwert (530 DM/m²).

In dem Vertrag, dessen Bedingungen allen Verkäufen der Beklagten in dem Baugebiet zugrundeliegen, verpflichteten sich die Kläger, ein Haus auf dem Grundstück zu errichten. Ferner verpflichteten sie sich, das Haus mindestens 20 Jahre ab Bezugsfertigkeit selbst zu bewohnen und das Grundstück vor Ablauf von 20 Jahren seit Vertragsabschluss nicht ohne Zustimmung der Beklagten zu veräußern.

Bei einem früheren Auszug oder einer Veräußerung ohne Zustimmung der Beklagten sieht der Vertrag „als Ausgleich für den günstigen Erwerb des Grundstücks“ eine „Kaufpreiszahlung“ von 400 DM/m² vor. Diesen Betrag kann die Beklagte wahlweise an Stelle einer näher geregelten Rückübertragung des Grundstücks verlangen.

Die Kläger errichteten ein Wohnhaus und bezogen dieses im Juli 1996. Im Oktober 2006 baten sie die Beklagte vergeblich um Zustimmung zu einer Fremdvermietung des Hauses. Diese kündigte an, bei einer Vermietung die vereinbarte Zuzahlung geltend zu machen.

Die Kläger möchten festgestellt wissen, dass die Vertragsklauseln über die 20-jährige Selbstnutzungsverpflichtung in Verbindung mit der widrigenfalls nach Wahl der Beklagten entstehenden Zuzahlungs- oder Rückübertragungsverpflichtung nichtig sind.

Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen erfolgreich gewesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die beanstandeten Klauseln nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam. Die Verpflichtung, das eigene Wohnhaus mindestens 20 Jahre selbst zu bewohnen, stelle im Lichte der Wirkung der Grundrechte der Menschenwürde, der Freiheit des Einzelnen und der freien Wohnsitzbestimmung eine unangemessene Vertragsbestimmung dar. Einer Primärverpflichtung, einen Umzug zu unterlassen, müsse die Zivilrechtsordnung die Anerkennung verweigern. Die Unangemessenheit der Klausel folge darüber hinaus aus der Dauer der Selbstnutzungsverpflichtung, dem Fehlen einer Härteklausele und aus dem als Sanktion vereinbarten, über die Abschöpfung der gewährten Förderung hinausgehenden Zuzahlungsbetrag von 400 DM/m². Die beanstandeten Klauseln seien nichtig; ihre Anpassung komme wegen des Verbots geltungserhaltender

Reduktion unangemessener Geschäftsbedingungen nicht in Betracht.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht die streitgegenständlichen Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ansieht und deren Wirksamkeit anhand von § 11 BauGB und von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB prüft, der inhaltlich dem nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB hier anzuwendenden § 9 Abs. 1 AGBG entspricht. Der Senat hat bislang offengelassen, ob Klauseln eines nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Abl. EG Nr. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.) am 31.12.1994 geschlossenen privatrechtlichen städtebaulichen Vertrages allein an den Vorgaben des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu messen oder auch einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu unterziehen ist (vgl. BGHZ 153, 93, 100 f. = DNotZ 2003, 341; BGH, MittBayNot 2007, 306). Die Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung, weil die beanstandete Regelung über die Selbstnutzung des Hauses und die daran anknüpfende Kaufpreiszahlungs- oder Rückübertragungsverpflichtung nach beiden Maßstäben nur teilweise unangemessen und auch nur insoweit unwirksam ist.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Klausel, nach der die Kläger verpflichtet sind, das von ihnen errichtete Haus 20 Jahre selbst zu bewohnen, nicht um eine unangemessene Vertragsbestimmung.

a) Das Berufungsgericht verfehlt bereits den rechtlichen Gehalt dieser Klausel, wenn es annimmt, sie begründe eine zwangsweise durchsetzbare Primärverpflichtung der Kläger, einen Auszug aus ihrem Haus zu unterlassen. Vor der Prüfung, ob eine Regelung angemessen ist, muss zunächst ihr Inhalt – ggf. im Wege der Auslegung – ermittelt werden (vgl. BGH, NJW 2004, 2589, 2590). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind dabei nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden werden (vgl. BGH, MittBayNot 2009, 459). Unter Berücksichtigung der Rechtsnatur des Vertrages und der bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung eintretenden Rechtsfolgen hätte sich dem Berufungsgericht dabei aufdrängen müssen, dass die Selbstnutzungsverpflichtung eine der Bedingungen für die Gewährung der in der Kaufpreisverbilligung liegenden Subvention beschreibt und deshalb keine Primärverpflichtung, sondern lediglich eine Obliegenheit der Käufer begründet.

Die Veräußerung des Grundstücks an die Kläger erfolgte im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Hs. 5 BauGB in Form eines sog. Einheimischenmodells. Hierdurch soll in Gemeinden, die eine starke Nachfrage nach Bauland durch auswärtige Interessenten verzeichnen, Einheimischen der Erwerb von Bauflächen zu bezahlbaren, in der Regel deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen ermöglicht werden (vgl. BGHZ 153, 93, 96 = DNotZ 2003, 341; *Brohm*, JZ 2000, 321, 322; *Grziwotz*, KommJur 2009, 376). Eine Veräußerung unter dem Verkehrswert ist den Gemeinden wegen des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel nur gestattet, wenn dies der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und die zweckentsprechende Mittelverwendung sichergestellt wird. Gemeinden, die zur Förderung des Wohnbaus von Einheimischen Grundstücke verbilligt verkaufen, sind daher nicht nur berechtigt,

sondern verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des – den verbilligten Grundstücksverkauf rechtfertigenden – Ziels der Einheimischenförderung Sorge zu tragen. Sie müssen insbesondere sicherstellen, dass die bevorzugten Käufer die auf den Grundstücken zu errichtenden Eigenheime für einen bestimmten Zeitraum selbst nutzen und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen, indem sie das verbilligte Bauland alsbald zum Verkehrswert weiterveräußern oder den Grundbesitz an Dritte vermieten. Vertragliche Regelungen, die entsprechende Bindungen begründen, schaffen mithin erst die (öffentlich-)rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands; sie müssen daher von den Zivilgerichten vor diesem Hintergrund interpretiert und auf ihre Angemessenheit überprüft werden (vgl. BGHZ 153, 93, 96 u. 103 f. = DNotZ 2003, 341 f.; BGH, MittBayNot 2007, 306; *Brohm*, JZ 2000, 321, 322; *Grziwotz*, KommJur 2009, 376, 377).

b) Unter Berücksichtigung des von der Beklagten verfolgten städtebaulichen Ziels und der Höhe der gewährten Subvention ist hier eine Bindung von 20 Jahren, während derer die Kläger das Haus selbst nutzen müssen und das Grundstück nur mit Zustimmung der Beklagten veräußern dürfen, um einen Widerruf der Subvention durch Kaufpreisnachforderung oder Rückübertragungsverlangen zu vermeiden, eine noch angemessene Vertragsgestaltung.

aa) Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Subventionsempfänger auferlegt, halten der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand und entsprechen dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der mit dem Einheimischenmodell zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (vgl. BGH, DNotZ 2006, 910). Hierzu zählen nicht nur Verfügungs-, sondern auch Nutzungsbeschränkungen, insbesondere die Verpflichtung des Subventionsempfängers, das verbilligt überlassene Grundstück selbst zu nutzen (vgl. BGHZ 153, 93, 104 = DNotZ 2003, 341). Die Zwecke der Subvention, insbesondere jungen einheimischen Familien in Ballungs- und Fremdenverkehrsgebieten zu einem Eigenheim zu verhelfen und keine einseitigen Eigentümer- und Nutzerstrukturen in der Gemeinde entstehen zu lassen, werden nicht nur bei einem Weiterverkauf des Grundstücks vor Ablauf bestimmter Fristen verfehlt, sondern auch dann, wenn die Begünstigten das Eigenheim nicht mehr selbst nutzen, sondern es an Dritte vermieten oder leerstehen lassen. Das Grundstück wird dann nicht mehr von dem Erwerber genutzt, den die Gemeinde nach bestimmten Kriterien (z. B. nach Einkommen, Alter oder Kinderzahl) ausgewählt hat und für einen längeren Zeitraum anzusiedeln beabsichtigte.

Grundrechte des Subventionsempfängers, insbesondere sein Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG), werden durch eine Selbstnutzungsverpflichtung nicht beeinträchtigt. Es steht ihm selbstverständlich frei, jederzeit fortzuziehen. Dass er in diesem Fall die unter der Bedingung der Selbstnutzung erhaltene Subvention zurückgewähren muss, ist Folge seiner Entscheidung, an dem Einheimischenmodell teilzunehmen, statt ein Grundstück – teurer – auf dem freien Markt zu erwerben (vgl. BGH, ZOV 2007, 30, 33 für den Erwerb landwirtschaftlicher Flächen nach dem Ausgleichsleistungsgesetz).

bb) Die Beschränkungen, denen der Käufer unterliegt, müssen allerdings zeitlich begrenzt sein. Hinsichtlich der für ein Einheimischenmodell typischen Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen hat der Senat Bindungsfristen von bis zu 15 Jahren für unbedenklich gehalten (BGHZ 153, 93, 105 =

DNotZ 2003, 341), ohne damit eine Höchstgrenze festzulegen. Da die Bindung des Käufers der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks ist, steigt die zulässige Bindungsdauer mit dem Umfang der Verbilligung, so dass im Einzelfall auch eine Frist von mehr als 20 Jahren angemessen sein kann (vgl. BGH, MittBayNot 2006, 324).

Die hier gegebene Verbilligung liegt mit 50 % deutlich über der bei Einheimischenmodellen üblichen Reduzierung des Kaufpreises um bis zu 30 % gegenüber dem Verkehrswert (vgl. BGH, a. a. O, sowie den Sachverhalt zu BGH, MittBayNot 2007, 306: zehn Jahre Bindung bei 14 % Preisnachlass). Dies rechtfertigt es, die Bindungsfrist von 20 Jahren ab Bezugsfertigkeit des Wohnhauses als noch angemessen anzusehen. Dem steht die Erwägung des Berufungsgerichts, niemand könne sicher sein, dass berufliche und private Beziehungen einen solchen Zeitraum überdauern, nicht entgegen. Die Bindungsdauer von 20 Jahren hindert die Kläger, wie dargelegt, nicht, früher aus dem Haus auszuziehen (oder das Grundstück zu einem früheren Zeitpunkt zu verkaufen). Sie bestimmt lediglich den Zeitraum, in dem die aus öffentlichen Mitteln gewährte Förderung – die hier immerhin mehr als 40.000 € beträgt – zweckgebunden, also noch nicht endgültig in das Vermögen der Kläger übergegangen ist.

c) Die Selbstnutzungsverpflichtung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb unangemessen, weil der Vertrag keine Härteklausele enthält. Einer solchen Klausel bedarf es nicht, weil die Beklagte ohnehin verpflichtet ist, ihre Rechte so auszuüben, dass im Einzelfall keine unzumutbaren Härten für ihren Vertragspartner entstehen. Die für Einheimischenmodelle typischen Bindungen werden dem Käufer seitens der Gemeinde im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auferlegt. Bei ihrer Durchsetzung muss diese deshalb neben den Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) insbesondere die Einhaltung des Übermaßverbots beachten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie für ihre Aufgaben die Gestaltungsform des Privatrechts wählt (vgl. BGH, MittBayNot 2007, 306; WM 2006, 2046, 2047; WM 2006, 300, 301). Die Beklagte ist daher verpflichtet, vor der Ausübung des ihr aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zustehenden Rechts auf Rückforderung der Subvention (hier in Form der Kaufpreiszahlung) zu prüfen, ob und inwieweit das Recht geltend gemacht werden soll, und dabei unzumutbare Härten zu vermeiden. Hierauf musste in dem Kaufvertrag nicht hingewiesen werden, denn eine ausdrückliche Regelung von Rechten, die aus dem Gesetz oder aus der Rechtsnatur eines Vertrages folgen, oder eine Belehrung des Vertragspartners über diese Rechte wird weder durch das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) noch das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB) gefordert (vgl. BGH, NJW 1996, 2092, 2093).

3. a) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die Kaufpreiszahlung, die die Kläger bei Aufgabe der Selbstnutzung ihres Hauses vor Ablauf von 20 Jahren nach dessen Bezugsfertigkeit zu leisten haben, der Höhe nach unangemessen ist.

Nicht nur die Bindungen, die dem Käufer zum Erreichen der Zwecke des Einheimischenmodells auferlegt werden, sondern auch die bei Nichteinhaltung dieser Bindungen vereinbarten Rechte des Verkäufers sind unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Einheimischenmodells auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde wegen ihrer haushaltsrechtlichen Bindungen verpflichtet ist, sich die Rückforderung der Subvention für den

Fall ihrer Zweckverfehlung vorzubehalten. Eine Nachforderung im Umfang des eingeräumten Preisvorteils ist deshalb unbedenklich möglich (vgl. BGH, MittBayNot 2007, 306, 307); sie stellt ebensowenig wie die Ausübung eines angemessen ausgestalteten Wiederkaufs- bzw. Rückübertragungsrechts eine Vertragsstrafe dar, sondern bedeutet den Widerruf der in der Kaufpreisverbilligung liegenden und an bestimmte Bedingungen geknüpften Subvention (so zutreffend *Grziwotz*, KommJur 2009, 376, 377; vgl. auch BGH, Urteil vom 6.11.2009, V ZR 63/09 – juris Rdnr. 16 f.).

Die hier vereinbarte Zuzahlungsverpflichtung von 400 DM/m² geht über die Rückforderung der gewährten Verbilligung von 264 DM/m² allerdings deutlich hinaus. Sie lässt sich auch nicht mit einem von der Beklagten erwarteten Anstieg der Bodenpreise rechtfertigen. Zwar müssen, wenn der Subventionszweck verfehlt wird, auch etwaige Bodenwertsteigerungen nicht stets dem Käufer verbleiben (vgl. BGHZ 153, 93, 104 = NJW 2003, 888, 891). Eine Nachzahlungsklausel, die neben der Kaufpreisverbilligung auch künftige Bodenwertsteigerung einbezieht, ist jedoch nur angemessen, wenn sie die Möglichkeit stagnierender oder sinkender Bodenpreise berücksichtigt und die Nachzahlung auf den tatsächlich eingetretenen Vorteil begrenzt. Daran fehlt es hier. Entsprechendes gilt, soweit die Beklagte beabsichtigt haben sollte, durch den Zuzahlungsbeitrag etwaige Zinsvorteile der Kläger einzubeziehen.

b) Die Unangemessenheit der Höhe der Kaufpreiszahlung führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der vertraglichen Bestimmungen in dem von dem Berufungsgericht angenommenen Umfang. Das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt hier ausnahmsweise im Ergebnis nicht zum Tragen.

aa) Ist eine Vertragsbestimmung nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, treten an ihre Stelle die gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Fehlen geeignete Vorschriften und führt die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel zu einem Ergebnis, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt, ist die entstandene Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt dann die Regelung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingungen bekannt gewesen wäre (vgl. BGHZ 176, 244, 255; 137, 153, 157; 120, 108, 122; 117, 92, 98 f.; BGH, NJW 2008, 2840, 2841 f.).

Vorliegend ist eine solche ergänzende Vertragsauslegung geboten. Da es kein dispositives Gesetzesrecht gibt, welches an die Stelle der Zuzahlungsverpflichtung tritt, diese aber als Regelung über den Widerruf der gewährten Subvention ein wesentliches Element des Vertragsgefüges bildet, hätte deren ersatzlose Streichung Folgen, die den beiderseitigen Interessen der Parteien in unvertretbarer Weise zuwiderliefen. Würde lediglich die Zuzahlungsverpflichtung gestrichen, die Selbstnutzungsverpflichtung hingegen aufrechterhalten, wirkte sich die Unwirksamkeit der Zuzahlungsregelung zum Nachteil der Kläger aus, also zulasten des Vertragspartners des Klauselverwenders. Kämen sie der Selbstnutzungsverpflichtung nicht nach, wäre die ihnen gewährte öffentliche Förderung von der Beklagten nämlich mittels der in § 7 Ziffer 15 des Vertrages vorgesehenen Rückübertragung des Grundstücks zurückzuerlangen; die zuvor bestehende Möglichkeit, sich durch Rückzahlung der Förderung „freizukaufen“ und das Grundstück mit dem selbst errichteten Haus zu behalten, bestünde für die Kläger dann nicht mehr. Das Herausstreichen auch der Selbstnutzungsverpflichtung (und der Rückübertra-

gungsverpflichtung) führte dagegen dazu, dass die wesentliche „Gegenleistung“ der Kläger für die ihnen gewährte Kaufpreisverbilligung ersatzlos entfiel, sich also das Vertragsgefüge völlig einseitig zu ihren Gunsten verschöbe.

bb) Dieselbe Rechtsfolge – Unwirksamkeit nur des Zuzahlungsbetrages mit der Notwendigkeit, die entstandene Lücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen – ergibt sich, wenn der Kaufvertrag allein an dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB gemessen wird. In § 19 des Vertrages haben sich die Vertragsparteien nämlich für den Fall, dass eine der Vertragsvereinbarungen unwirksam sein sollte, verpflichtet, eine neue wirksame Regelung zu treffen, die dem rechtlich und wirtschaftlich Gewollten an nächsten kommt. Auch auf dieser Grundlage kommt eine Gesamtnichtigkeit der Bestimmungen über die Selbstnutzungsverpflichtung daher nicht in Betracht.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben, soweit darin die Gesamtnichtigkeit der beanstandeten Klauseln festgestellt wird (§ 562 Abs. 1 ZPO).

Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die aufgrund der Unangemessenheit des Zuzahlungsbetrages entstandene Vertragslücke ist nach dem hypothetischen Parteiwillen in der Weise zu schließen, dass die geschuldete Kaufpreiszahlung 134,98 € (264 DM) pro Quadratmeter beträgt. Wäre den Parteien die Unwirksamkeit des vereinbarten Zuzahlungsbetrages bewusst gewesen, hätten sie diesen auf die gewährte Verbilligung begrenzt, also auf 264 DM/m² reduziert (530 DM/m² Bodenwert bei Abschluss des Vertrages abzüglich gezahlter 266 DM/m²). Dass darüber hinaus die Absicht bestand, etwaige – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohnehin nicht eingetretene – Bodenwertsteigerungen auszugleichen, kann nicht angenommen werden, da die Zuzahlung von 400 DM/m² ausweislich des Vertrages ausdrücklich (nur) als „Ausgleich für den günstigen Erwerb des Grundstücks“ vereinbart worden ist. Demgemäß war – unter Zurückweisung der Klage im Übrigen – festzustellen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag insoweit unwirksam ist, als § 7 Ziffer 9 einen höheren Kaufpreiszahlungsbetrag als 264 DM/m² bestimmt.

Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die Reduzierung des Zuzahlungsbetrages die Verpflichtung der Beklagten unberührt lässt, im Wege einer Ermessensentscheidung zu prüfen, ob die Ausübung ihres Rechts, also die Geltendmachung des Zuzahlungsbetrages (nunmehr 134,98 €), verhältnismäßig ist (vgl. oben II. 2. c. sowie BGH, WM 2006, 2046, 2047). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Einkommensverhältnisse der Kläger, die Dauer der Selbstnutzung, der Grund für deren Aufgabe und die aus einer Fremdvermietung gezogenen Nutzungen. Im (pflichtgemäßen) Ermessen der Beklagten steht auch, ob sie den Zuzahlungsbetrag in voller Höhe verlangt oder entsprechend der tatsächlichen Dauer der Selbstnutzung anteilig reduziert (vgl. BGH, Urteil vom 6.11.2009, V ZR 63/09 – juris Rdnr. 34).

Anmerkung:

Der BGH hat mit vorstehendem Urteil eine Fehlentscheidung aufgehoben. Die Vorinstanz¹ hatte noch vertreten, eine 20-jäh-

rige Bindungsdauer beim Einheimischenmodell verstieße gegen die Menschenwürde. Eine erstaunliche Auffassung, welche erstmals in der über 30-jährigen Geschichte der städtebaulichen Verträge geäußert wurde. Hier spricht die Entscheidung begrüßenswert klare Worte, die keiner Anmerkung bedürfen. Auf einige Details ist dennoch hinzuweisen:

I. Abschöpfung bis zum Verkehrswert

Der BGH stellt erneut fest, dass im Rahmen der Einheimischenförderung eingetretene Preisvorteile bis zur Höhe des Verkehrswertes des Grundstückes zurückgefordert werden können. Gemeinden können also über eine gewährte Subvention hinaus auch eingetretene Bodenwertsteigerungen abschöpfen. Offen bleibt, ob die Rückforderung einer gewährten Subvention auch dann zulässig ist, wenn dadurch der Verkehrswert des Grundstückes überschritten wird, etwa, weil die Grundstückspreise im Gemeindegebiet rückläufig sind. Beispiel: Eine Gemeinde gewährt bei einem Bodenwert von 150 €/m² eine Subvention von 50 €/m². Kann sie diese Subvention auch dann noch zurückfordern, wenn der Bodenrichtwert nur noch 140 €/m² beträgt? Jedenfalls bei der Frage der Angemessenheit wird man diese Überlegung neben der Problematik der teilweisen Erfüllung des Subventionszweckes (vgl. unten III. 2.) mit einzustellen haben: Eine Rückforderung, die von einem nicht mehr gegebenen Bodenwert ausgeht, kann kaum angemessen sein.

II. Die AGB-Frage

Der BGH lässt erneut offen, ob städtebauliche Verträge anhand der §§ 305 ff. BGB zu messen sind. Im Jahr 2002 hat er diesbezüglich entschieden, das AGB-Recht werde vom Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB vollständig verdrängt.² Das Urteil bezog sich aber ausdrücklich auf die Zeit vor Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die aktuelle Rechtslage ist also nach wie vor ungeklärt.

Zu diesem komplexen Thema sollen an dieser Stelle wenige Worte ausreichen.³ Das Problem liegt beim Vergleichsmaßstab: Die Angemessenheitskontrolle nach § 11 BauGB ist ein grobes Raster, es wird (nur) eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorganges vorgenommen.⁴ Verglichen wird so aber auch und gerade Leistung und Gegenleistung; ein Vergleich, den das AGB-Recht aus guten Gründen unterlässt. Die §§ 305 ff. BGB beschränken sich auf eine Kontrolle von Einzelklauseln, die Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung wird den Vertragsparteien überlassen. Eine unwirksame Klausel kann hier anders als bei der Prüfung nach § 11 BauGB z. B. nicht durch einen besonders günstigen Preis kompensiert werden. Welche Subventionsrückforderung nach welchem Zeitraum noch zulässig ist, kann das AGB-Recht demnach nicht beantworten, weshalb der BGH diese Frage letztlich zu Recht offengelassen hat.

Wie zukünftige Fälle entschieden werden, bleibt also weiterhin abzuwarten. Richtigerweise wird man der Angemessenheitsprüfung nach § 11 BauGB grundsätzlich den Vorrang vor den §§ 305 ff. BGB einräumen müssen. Der Vergleich von Leistung und Gegenleistung übersteigt das europarechtlich geforderte Schutzniveau deutlich und lässt der hoheitlich agierenden Verwaltung die nötigen Spielräume. Allerdings sind wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung die Wertun-

² BGH, DNotZ 2003, 341 m. Anm. *Grziwotz*.

³ Zum Thema vgl. *Vierling*, Die Abschöpfung des Planungsgewinns durch städtebauliche Verträge, 2005, S. 159 ff.

⁴ Vgl. BVerwGE 42, 331, 345.

¹ OLG Frankfurt am Main, KommJur 2009, 386 m. Anm. *Grziwotz* und MittBayNot 2010, 236 m. Anm. *Dirnberger*.

gen der §§ 305 ff. BGB zu berücksichtigen: Eine Heilung von Einzelklauseln, die ohne Wertungsmöglichkeit unzulässig sind (§ 309 BGB), dürfte auch bei erheblichen Subventionen ausscheiden.

III. Die Bindungsdauer

1. Zeitraum

Bei der Dauer einer zulässigen Bindung stellt der BGH auf den gewährten Preisvorteil ab. Bei einem Nachlass von 50 % sind 20 Jahre „noch“ angemessen. Eine Höchstgrenze scheint also erreicht, auch wenn der BGH eine noch längere Bindung für denkbar hält. Ausdrücklich bekräftigt wird die Auffassung, eine Bindungsdauer von 15 Jahren sei unbedenklich.⁵ Die notarielle Praxis hat sich an diesen Grenzen zu orientieren, wobei der Preisnachlass nicht alleiniges Kriterium ist, wie man nach der Urteilslektüre meinen könnte. Steht eine Kommune etwa unter einem hohen Zuzugsdruck und ist Bauland knapp, sind längere Bindungszeiten auch ohne erheblichen Preisnachlass zulässig. Die Grenzen sind freilich wie immer fließend, denn auch in Bayern haben die Gemeinden eher mit den umgekehrten Problemen der Stagnation oder des Bevölkerungsrückganges zu kämpfen. Das Einheimischenmodell kommt von vornherein nur dort in Betracht, wo die gemeindliche Aufgabe, Einheimischen verbilligt Bauland zur Verfügung zu stellen, überhaupt noch eröffnet ist. Die vom BGH vor diesem Hintergrund dennoch aufrechterhaltene Grenze von 15 Jahren sollte also nur bei erheblichen Preisnachlässen oder in ausgewählten Gemeinden überschritten werden. Auf eine „geltungserhaltende Reduktion“ unangemessen langer Bindungsdauern durch die Gerichte sollte sich der Notar nicht verlassen.⁶

2. Härteklausele?

Eine klare Absage erteilt der BGH der Auffassung, eine sog. Härteklausele müsse im Vertrag selbst enthalten sein. Gemeint ist damit eine Klausel, die die gemeindliche Forderung wegen teilweiser Erfüllung des Subventionszweckes nach Zeitablauf reduziert. Solche Formulierungen sind weit verbreitet,⁷ nach Auffassung des BGH gilt Derartiges aber ohnehin. Die Entscheidung ist erfreulich, sie lässt den Gemeinden (und Notaren!) die erforderliche Gestaltungsfreiheit, die längst an unzähligen anderen Stellen eingebüßt wurde. Angesichts des Transparenzgebotes nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB⁸ hätte das Urteil aber auch anders ausfallen können. Hinzu kommt, dass in Zeiten gesteigerter Mobilität und brüchiger Beziehungen⁹ der Frage der Nichteinhaltung der Bindungsdauer erhöhte Bedeutung zukommt. Ich selbst gebe zu, ein Freund derartiger Klauseln zu sein, auch wenn damit die Chance vertan wird, die teilweise ohnehin ausufernden Formulierungen einzudämmen – 30 Seiten und mehr sind ja leider keine Seltenheit. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Gemeinde aber ohnehin gehalten, gleichgelagerte Fälle im Rahmen einer Subventionsrückzahlung auch gleich zu behandeln. Wo aber sonst wenn nicht im Kaufvertrag sollen die Kriterien

⁵ BGH, DNotZ 2003, 341 m. Anm. *Grziwotz*.

⁶ Vgl. hierzu *Grziwotz*, ZfIR 2010, 465, 466 in seiner Anm. zum hier besprochenen Urteil.

⁷ Vgl. etwa *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 6 Rdnr. 152.

⁸ Der BGH zitiert die Norm, obwohl er den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ausdrücklich offenlässt: Hat er den Streit konkludent entschieden?

⁹ Arbeitsplatzwechsel und Trennung sind nach meiner Beobachtung die häufigsten Fälle der Verletzung der Selbstnutzungspflicht.

gesucht werden: Etwa in der Schublade des zuständigen Sachbearbeiters? Daher der nachfolgende

Formulierungsvorschlag:

Hat der Erwerber das Grundstück zunächst vertragsgemäß errichtet und selbst genutzt, so mindert sich der Nachzahlungsbetrag wegen teilweiser Erfüllung des Subventionszwecks im Verhältnis zur Dauer der vertragsgemäßen Nutzung, also im prozentualen Verhältnis der Zeit der vertragsgemäßen Nutzung ab Bezug des Gebäudes zu der Zeit vom Bezug des Gebäudes bis zum Ablauf der in Abschnitt (...) genannten 15-Jahres-Frist. Der Zeitraum ist dabei nach vollen Monaten vertragsgemäßer Nutzung zu berechnen; nicht vollendete Monate bleiben außer Betracht.

Notar Dr. *Markus Vierling*, Trostberg

24. GO NRW § 113; GmbHG § 52 (*Weisungsbefugnis gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern bei kommunaler GmbH*)

Bei einer städtischen Eigengesellschaft in Rechtsform der GmbH kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass die Gesellschaft einen fakultativen Aufsichtsrat hat, auf den die Bestimmungen des Aktiengesetzes keine Anwendung finden. In diesem Fall ist der Gemeinderat gegenüber den Ratsmitgliedern im Aufsichtsrat weisungsbefugt. (Leitsatz der Schriftleitung)

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.4.2009, 15 A 2592/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht in ZIP 2009, 1718.

25. HessGO §§ 51, 63, 122, 125; AktG §§ 76, 119, 122 (*Beteiligung einer Gemeinde an einer AG*)

Beteiligt sich eine Gemeinde an einer Aktiengesellschaft, so sind die aktienrechtlichen Vorschriften auch für die Gemeinde verbindlich.

VG Wiesbaden, Beschluss vom 29.1.2009, 3 L 1224/08

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abrufbar unter BeckRS 2009, 35243.

Anmerkung:

I. Vorgaben der Kommunalordnungen

Die Kommunalordnungen enthalten regelmäßig Bestimmungen hinsichtlich der kommunalen Eigengesellschaften, die wirtschaftliche Vorgaben für die Führung der kommunalen Gesellschaft bzw. den Umgang mit einer Beteiligung, Anforderungen an die Wirtschaftsplanung und Rechnungslegung sowie Regelungen für das Verhalten der kommunalen Vertreter in den Gesellschaftsgremien enthalten. Neben Informationspflichten¹ und Auskunftsrechten² kommt insbesondere

¹ Sehr weitgehend *Meiski*, BayVBl 2006, 300 ff.

² Zu Auskunftsansprüchen der Presse siehe zuletzt VG Potsdam, LKV 2009, 429 ff.

den Weisungsrechten besondere Bedeutung zu.³ Die Ausgestaltung dieser sog. Ingerenzpflichten ist in Nordrhein-Westfalen 1984 neu geregelt worden. Unproblematisch ist das Weisungsrecht für die Vertreter in den Anteilseignerorganen, nämlich der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung. Schwierigkeiten bereiten dagegen Weisungsrechte gegenüber Mitgliedern von Aufsichtsräten, da sich diese bei ihrer Tätigkeit ausschließlich am Wohl der Gesellschaft zu orientieren haben.⁴ § 113 Abs. 1 Satz 1, 2 und 4 GO NRW haben folgenden von der bayerischen Regelung abweichenden Wortlaut: „Die Vertreter der Gemeinde in Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlung, Aufsichtsräten oder in entsprechenden Organen von juristischen Personen oder einer Personenvereinigung, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, haben die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden (...). Die Sätze 1 bis 3 gelten nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“

Demgegenüber regelt Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BayGO lediglich, dass sich die Gemeinde vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften gegenüber Personen, die von der Gemeinde entsandt oder auf ihre Veranlassung gewählt wurden, Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung vorbehalten soll.

II. Zulässigkeit von Weisungsrechten

Für die Vertragspraxis ist bei kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung entscheidend, ob bei ihnen ein obligatorischer oder fakultativer Aufsichtsrat besteht.

Ist ein Aufsichtsrat insbesondere nach dem Drittelbeteiligungsgesetz und dem Mitbestimmungsgesetz⁵ vorgeschrieben, gelten die jeweiligen spezialgesetzlichen Regeln und zusätzlich die aktienrechtlichen Vorschriften. Hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat können jedenfalls keine die Rechte dieser Aufsichtsratsmitglieder, auch hinsichtlich von Wahl und Abberufung, beschränkenden Satzungsregelungen getroffen werden.⁶ Für die Arbeitgebervertreter ist die Verweisung auf die Bestimmungen des AktG zwingend.⁷ Nur soweit die aktienrechtlichen Bestimmungen Raum für Änderungen lassen (z. B. §§ 95 Satz 2, 100 Abs. 4 AktG) und die sachgerechte Anwendung aktienrechtlicher Normen auf die GmbH autonome Regelungsspielräume eröffnet, sind satzungsrechtliche Regelungen möglich.⁸ Beispiel ist die Begründung von Entsendungsrechten. Weisungsrechte sind nur durch bundesrechtliche Ermächtigung zulässig.⁹ Für Sitzungen des Aufsichtsrats ist die Nichtöffentlichkeit zwingend.¹⁰

³ Siehe dazu nur *Oebbecke* in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 9 Rdnr. 39 ff.

⁴ Ausführlich *Möller*, Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrats in öffentlichen Unternehmen und Kommunen, 1999, S. 94 ff.

⁵ Die weiteren Fälle des MontanMitbestG, MitbestErgG und InvestmentG dürften bei der KommunalGmbH praktisch kaum relevant werden. Vgl. auch kurz *Becker* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010, Kap. D Rdnr. 355 ff.

⁶ Umstritten ist die Zulässigkeit erweiternder Regelungen, siehe nur OLG Bremen, NJW 1977, 1153 und *Wicke*, GmbHG, 2008, § 52 Rdnr. 18.

⁷ Siehe nur § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG.

⁸ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 160.

⁹ Grundlegend *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, 1990, S. 45 f.

¹⁰ *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayer. Kommunalgesetze, Stand: Sept. 2009, Art. 93 GO Rdnr. 20 a. E.

Ist ein Aufsichtsrat weder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz noch nach dem Mitbestimmungsgesetz obligatorisch, kann der Gesellschaftsvertrag fakultativ einen Aufsichtsrat vorsehen. Für Letzteren gelten nach § 52 Abs. 1 GmbHG bestimmte Vorschriften des Aktienrechts, unter anderem auch §§ 111, 116 AktG, aus denen nach überwiegender Ansicht die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder abgeleitet wird.¹¹ Unterliegt der Aufsichtsrat den Vorschriften des Aktiengesetzes, sind Weisungen folglich wohl unzulässig.¹² Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH die Verweisung auf diese Vorschriften beschränken oder sogar völlig ausschließen.¹³ Besteht ein fakultativer Aufsichtsrat, kann die Satzung den Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber ein Weisungsrecht begründen.¹⁴ Ist ein derartiges Weisungsrecht nicht ausdrücklich in der Satzung vorgesehen, ist fraglich, ob es aufgrund der kommunalrechtlichen Bestimmungen gleichsam automatisch gilt. Auch die kommunalrechtliche Weisungsbefugnis gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern findet jedoch ihre Grenze am Wohl der Gesellschaft. Organe der Gesellschaft, auch wenn sie von der Gemeinde entsandt sind, dürfen nämlich keine Weisungen befolgen, die die Gesellschaft, deren Organ sie sind, schädigen.¹⁵

III. Prüfungsreihenfolge

Für die Gestaltung der Satzung einer kommunalen GmbH in Bayern, die einen Aufsichtsrat erhält, ist deshalb eine dreifache Prüfung erforderlich.

- Handelt es sich um einen obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat?
- Sollen beim fakultativen Aufsichtsrat die aktienrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden?
- Werden die aktienrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich des Aufsichtsrates in der Satzung abbedungen, ist es zweckmäßig, das Bestehen und den Umfang etwaiger Weisungsrechte ausdrücklich zu regeln.
- Hinsichtlich der Berichtspflichten der Aufsichtsratsmitglieder bei der kommunalen GmbH kann gesellschaftsvertraglich geregelt werden, dass Sitzungen fakultativer Aufsichtsräte öffentlich sind.¹⁶

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

¹¹ Siehe dazu nur *Hüffner*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 394 Rdnr. 28 ff. und *Drygala* in Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 111 Rdnr. 4.

¹² VG Wiesbaden, MittBayNot 2010, 505 (LS in diesem Heft).

¹³ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 23 und *Ring/Grziwotz/Schwab*, GmbHG, 2009, § 53 Rdnr. 79.

¹⁴ So *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayer. Kommunalgesetze, Stand: Sept. 2009, Art. 93 GO Rdnr. 21 und *Schmidt*, ZGR 1996, 345, 354; tlw. abw. *Keßler*, GmbHR 2000, 71, 76.

¹⁵ Tlw. abw. *Oebbecke* in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 9 Rdnr. 41 f., der lediglich als Konsequenz eine Haftung gegenüber der Gesellschaft annimmt, hinsichtlich derer wiederum kommunalrechtlich ein Freistellungsanspruch besteht.

¹⁶ BayVG, NVwZ-RR 2007, 622 und dazu *Meiski*, NVwZ 2007, 1355 und *Mitsch*, BayVBl 2006, 735.

Steuerrecht

26. UmwStG 1995 § 20 (*Umwandlungsteuerliche Sacheinlage auch bei gesellschaftsrechtlicher Bargründung mit Aufgeld*)

Eine Sacheinlage gemäß § 20 UmwStG 1995 kann auch vorliegen, wenn bei einer Bargründung oder -kapitalerhöhung der Gesellschafter zusätzlich zu der Bareinlage die Verpflichtung übernimmt, als Aufgeld (Agio) einen Mitunternehmeranteil in die Kapitalgesellschaft einzubringen.

BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 55/09

Streitig ist, ob die Übertragung von Kommanditanteilen auf Kapitalgesellschaften im Rahmen von Aufgeldern (Agios) bei Bargründung oder Barkapitalerhöhung als Sacheinlage i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG 1995) anzusehen ist.

Die Klägerin ist eine KG, an der der Beigeladene zu 1 im Streitjahr (2001) zunächst mit einem Kommanditanteil von nominal 60.000 DM beteiligt war. Außerdem war der Beigeladene zu 1 alleiniger Gesellschafter der X-GmbH. Am 28. März des Streitjahres wurden in nachstehender Reihenfolge mehrere Vorgänge notariell beurkundet:

- Der Beigeladene zu 1 übertrug schenkweise je einen Kommanditanteil an der Klägerin von nominal 6.000 DM auf seine beiden Töchter, die Beigeladenen zu 2 und
- die Gesellschafterversammlung der X-GmbH beschloss eine Erhöhung ihres Stammkapitals um 1.000 € auf 26.000 €. Der Beigeladene zu 1 verpflichtete sich zur Übernahme der neuen Stammeinlage. Er verpflichtete sich „zum einen“ zu einer Bareinzahlung in Höhe von 1.000 € auf ein Konto der Gesellschaft. Der Beigeladene zu 1 erklärte ferner:

„Hiermit übertrage ich die Kommanditbeteiligung im Nennbetrag vom 48.000 DM nebst dem auf diese Beteiligung entfallenden Gewinn auf die (X-)GmbH und trete hiermit entsprechend die vorbezeichnete Kommanditbeteiligung nebst vorbezeichnetem Anteil am Ergebnis an die (X-)GmbH ab. Die (X-)GmbH hat keine besondere Gegenleistung für die Übertragung der vorstehenden Kommanditbeteiligung und der weiteren Rechte zu entrichten. Vielmehr erfolgt diese Übertragung als Agio zu der von mir übernommenen neuen und in bar einzuzahlenden Stammeinlage in Höhe von 1.000 €. Klarstellend wird festgehalten, dass die (X-)GmbH verpflichtet ist, die Kommanditbeteiligung mit dem Buchwert zu bilanzieren.“

- Die X-GmbH und die Beigeladenen zu 2 und 3 errichteten die Y-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 €. In der Gründungsvereinbarung heißt es:

„Jeder Gesellschafter verpflichtet sich zum einen zur unverzüglichen Bareinzahlung der jeweils übernommenen Stammeinlage auf ein Konto der Gesellschaft, die Gesellschafterin (X-)GmbH somit i. H. v. 22.500 €, die (Beigeladene zu 2) i. H. v. 1.250 € und die (Beigeladene zu 3) i. H. v. 1.250 €. Weiterhin verpflichten sich hiermit die drei vorbezeichneten Gründungsgesellschafter, als Agio für die jeweils gezeichneten Stammeinlagen neben der Bareinzahlung des gezeichneten Betrages ihre jeweilige Kommanditbeteiligung an der (Klägerin) ... auf die (Y-)GmbH in Gründung zu übertragen, wobei weder diese Gesellschaft noch eine(r) der beteiligten Gesellschafter Gegenleistungen zu erbringen hat. Entsprechend treten hiermit die (X-)GmbH ihren Anteil i. H. v. 48.000 DM am Festkapital der (Klägerin) sowie die (Beigeladenen zu 2 und 3) ihren Anteil i. H. v. jeweils 6.000 DM am Festkapital dieser Kommanditgesellschaft an die (Y-)GmbH in Gründung ab. (...) Besondere Gesellschafterrechte sollen durch diese Übertragung und Abtretung nicht begründet werden. Zwischen sämtlichen Gesellschaftern sowie der (Y-)GmbH in Gründung wird klargestellt, dass diese GmbH verpflichtet ist, die KG Beteiligung mit dem Buchwert zu bilanzieren.“

Im Gesellschaftsvertrag der Y-GmbH war bestimmt, dass das Stammkapital i. H. v. 22.500 € von der X-GmbH und i. H. v. jeweils 1.250 € von den Beigeladenen zu 2 und 3 übernommen werde und sofort und in bar zu erbringen sei. Am 2.4.2001 brachte die Y-GmbH

die auf sie übertragenen Kommanditanteile an der Klägerin wiederum in Form eines Agios zusätzlich zur Bareinlage in die neu gegründete Z-GmbH ein. Die Buchwerte der Kommanditbeteiligungen wurden nach den vorstehend beschriebenen Einbringungen von den übernehmenden Gesellschaften jeweils fortgeführt; für die Agios wurden Kapitalrücklagen gebildet.

In ihrer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung für das Streitjahr berücksichtigte die Klägerin aufgrund der Buchwertfortführungen aus den beschriebenen Übertragungen von Kommanditanteilen keine Veräußerungsgewinne. Der Beklagte (das Finanzamt – FA –) war demgegenüber der Auffassung, die Voraussetzungen für Buchwertfortführungen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 UmwStG 1995 hätten jeweils nicht vorgelegen und ermittelte aus den am 28.3.2001 vereinbarten Übertragungen der Kommanditanteile auf die X-GmbH und die Y-GmbH einen Veräußerungsgewinn, den er für das Streitjahr i. H. v. 1.805.349,60 DM dem Beigeladenen zu 1 und i. H. v. jeweils 225.668,70 DM den Beigeladenen zu 2 und 3 zuordnete und gesondert und einheitlich feststellte.

Die deswegen erhobene Klage hatte Erfolg. Das FG Münster hat den angefochtenen Feststellungsbescheid dahin abgeändert, dass der Veräußerungsgewinn entfällt. Sein Urteil vom 2.4.2009, 8 K 2403/05 F ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2009, 1423 abgedruckt. Gegen das FG-Urteil richtet sich die Revision des FA, mit der dieses die Verletzung materiellen Rechts rügt.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und deshalb gemäß § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat ohne Rechtsfehler entschieden, dass aufgrund der Übertragungen von Kommanditanteilen an der Klägerin am 28.3. und am 2.4.2001 kein Veräußerungsgewinn entstanden ist, der im Rahmen der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der Klägerin für das Streitjahr festzustellen und den Beigeladenen zuzuordnen wäre.

1. Im Hinblick auf die schenkweise Übertragung der Teil-Kommanditanteile von jeweils nominal 6.000 DM vom Beigeladenen zu 1 auf die Beigeladenen zu 2 und 3 hat das FA zu Recht keinen Veräußerungsgewinn festgestellt. Denn bei der unentgeltlichen Übertragung von Teilen eines Mitunternehmeranteils auf natürliche Personen war im Streitjahr gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EStG 1997 i. d. F. des Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmensteuerrechts vom 20.12.2001 (BGBl 2001 I, S. 3858; BStBl 2002 I, S. 35) – EStG 1997 – für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns der Wert anzusetzen, der sich nach den Vorschriften der Gewinnermittlung ergibt, mithin der Buchwert der Kommanditanteile. Das steht zwischen den Beteiligten nicht in Streit.

2. Auch die Übertragungen der Kommanditanteile durch die Beigeladenen und die X-GmbH auf die X-GmbH bzw. die Y-GmbH haben keinen Veräußerungsgewinn ausgelöst.

a) Wird ein Betrieb oder Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaft eingebracht und erhält der Einbringende dafür neue Anteile an der Gesellschaft (Sacheinlage), darf die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen mit seinem Buchwert oder mit einem höheren Wert ansetzen (§ 20 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 UmwStG 1995). Der Wert, mit dem die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen ansetzt, gilt gemäß § 20 Abs. 4 Satz 1 UmwStG 1995 für den Einbringenden als Veräußerungspreis und als Anschaffungskosten der Gesellschaftsanteile.

b) Die Anwendung dieser Regeln führt im Streitfall dazu, dass als Veräußerungspreise der von den Beigeladenen und der X-GmbH übertragenen Kommanditanteile die von der

X-GmbH und der Y-GmbH fortgeführten Buchwerte anzusetzen sind, so dass sich ein Veräußerungsgewinn nach § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG 1997 nicht ergibt.

aa) Der Beigeladene zu 1 hat seinen gesamten zu diesem Zeitpunkt noch bestehenden Mitunternehmeranteil an der Klägerin in die X-GmbH eingebracht; danach haben die Beigeladenen zu 2 und 3 sowie die X-GmbH ihre jeweiligen Mitunternehmeranteile vollständig in die Y-GmbH eingebracht. Dass es sich sowohl bei der X-GmbH als auch bei der Y-GmbH um unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaften gehandelt hat, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

bb) Die Beigeladenen und die X-GmbH haben für die Mitunternehmeranteile jeweils neue Anteile an den übernehmenden Gesellschaften erhalten, so dass Sacheinlagen im Sinne der Legaldefinition des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 vorliegen.

aaa) Nach den den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des FG sind die am 28.3.2001 getroffenen Einlagevereinbarungen dahin auszulegen, dass die Einbringenden die Mitunternehmeranteile nicht unentgeltlich, sondern als Teil des für den Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile zu entrichtenden Entgelts an diese geleistet haben. Es handelt sich nach dieser tatrichterlichen Würdigung bei den von den Beigeladenen und von der X-GmbH übernommenen Verpflichtungen zur Einbringung der Kommanditanteile um Aufgelder, die neben den ebenfalls übernommenen Verpflichtungen zur Zahlung der Bareinlagen geleistet werden mussten, um die neuen GmbH-Geschäftsanteile zu erhalten.

bbb) Da die Übertragungen der Mitunternehmeranteile somit Bestandteile der tauschähnlichen Einbringungsgeschäfte waren, liegt das für die Anwendung von § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 erforderliche Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Einbringung und dem Erwerb von Gesellschaftsrechten vor. Daran ändert es nichts, dass die Nominalbeträge der übernommenen Geschäftsanteile jeweils bereits vollständig durch die von den Einbringenden ebenfalls übernommenen Bareinlageverpflichtungen abgedeckt waren. Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Überpari-Emission, bei der der Einbringungswert der Einlagegegenstände den Nominalbetrag der hierfür übernommenen Stammeinlage übersteigt und in Höhe der Differenz in eine Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB einzustellen ist, ertragsteuerlich in vollem Umfang als Veräußerung und nicht teilweise als verdeckte Einlage anzusehen (BFHE 218, 97, BStBl II 2008, S. 253; BFHE 226, 500; zu Einlagen in Personengesellschaften: BFHE 222, 402, BStBl II 2009, S. 464, das mit Schreiben des BMF vom 20.5.2009, BStBl 2009 I, S. 671 insoweit für allgemein anwendbar erklärt worden ist; vgl. auch *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 20 UmwStG [SEStEG] Rdnr. R 163; *Haritz/Menner*, Umwandlungsteuergesetz, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 188; *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, Umwandlungsteuergesetz, 2008, § 20 Rdnr. 133).

Der Beurteilung als „Sacheinlage“ i. S. d. § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 steht nicht entgegen, dass aus gesellschaftsrechtlicher Sicht die Kapitalerhöhung bei der X-GmbH eine reine Barkapitalerhöhung und die Gründung der Y-GmbH eine reine Bargründung gewesen sind. Daraus ist zwar zu folgern, dass die ausschließlich in Form von Aufgeldern geschuldete Einbringung der Kommanditbeteiligungen gesellschaftsrechtlich nicht als Sacheinlageverpflichtungen i. S. v. § 5 Abs. 4, § 56 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), sondern als „andere Verpflichtungen“ (Nebenleistungen) i. S. v. § 3

Abs. 2 GmbHG anzusehen sind (vgl. z. B. *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rdnr. 39). Wie das FG zu Recht angenommen hat, setzt § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 aber nicht voraus, dass auf die Einbringung des betreffenden Betriebsvermögens die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über Sacheinlagen anwendbar sein müssen. Vielmehr enthält § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 eine eigenständige Legaldefinition des umwandlungsteuerrechtlichen Begriffs der „Sacheinlage“, die nicht in jedem Fall deckungsgleich mit dem gesellschaftsrechtlichen Sacheinlagebegriff sein muss. Für die umwandlungsteuerrechtliche Sacheinlage ist es nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 erforderlich aber auch ausreichend, dass der Einbringende als Gegenleistung („dafür“) für die Einbringung des Betriebsvermögens neue Gesellschaftsanteile erhält. Diese Voraussetzung ist auch gegeben, wenn der Einbringungsgegenstand als reines Aufgeld neben der Bareinlage zu übertragen ist (vgl. auch *Widmann/Mayer/Widmann*, a. a. O., § 20 UmwStG [SEStEG] Rdnr. R 167, der bei Verbuchung der Sacheinlage ausschließlich in den Rücklagen § 20 UmwStG nur dann nicht für anwendbar hält, wenn Bareinlage und Einbringung auf getrennten Vorgängen beruhen).

Dieses vom Wortlaut getragene Verständnis wird auch dem Gesetzeszweck der §§ 20 ff. UmwStG 1995 gerecht, Umstrukturierungen von Unternehmen steuerlich zu begünstigen, soweit sichergestellt ist, dass ein vor der Einbringung bestehendes Besteuerungsrecht in Bezug auf die bislang im einbringenden Betriebsvermögen entstandenen stillen Reserven gewahrt bleibt (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 16/2710, S. 42). Denn die vom Einbringenden neu erworbenen Geschäftsanteile repräsentieren auch dann den Wert der stillen Reserven des eingebrachten Betriebsvermögens, wenn dieses in Form eines Aufgelds zur Bareinlage in die Kapitalgesellschaft eingebracht worden ist.

Dass die gesellschaftsrechtlichen Sonderregeln für Sacheinlagen nach § 5 Abs. 4 GmbHG, wie z. B. die Pflicht zur Erstellung eines Sachgründungsberichts (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG), die Pflicht zur Erbringung vor der Anmeldung (§ 7 Abs. 3 GmbHG), die registergerichtliche Werthaltigkeitskontrolle (§ 9 c Abs. 1 Satz 2 GmbHG) und die sog. Differenzhaftung des Einlegers (§ 9 GmbHG) nicht für Sacheinbringungen im Rahmen von Nebenleistungspflichten nach § 3 Abs. 2 GmbHG gelten, steht der Anwendung des § 20 UmwStG 1995 nicht entgegen. Denn diese Sonderregeln dienen ausschließlich der Gewährleistung der realen Aufbringung des Stammkapitals der GmbH im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Ein Bezug zu der geschilderten umwandlungsteuerrechtlichen Zielsetzung der §§ 20 ff. UmwStG 1995 lässt sich daraus nicht ableiten.

ccc) Mit dieser Beurteilung weicht der Senat nicht i. S. v. § 11 Abs. 2 FGO von entscheidungserheblichen Rechtssätzen des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 18. Dezember 1990, VIII R 17/85 (BFHE 163, 352, BStBl II 1991, S. 512) ab. Dort heißt es zwar u. a., § 20 des Gesetzes über steuerliche Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform (UmwStG 1977) – der im Wesentlichen mit § 20 UmwStG 1995 übereinstimmt – nehme mit seiner Legaldefinition der Sacheinlage auf die gleichlautenden Begriffe des Gesellschaftsrechts, insbesondere (auch) auf § 5 Abs. 4, § 56 Abs. 1 GmbHG, Bezug. Diese Aussage ist jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass in dem Urteilsfall nur die Frage zu beantworten war, ob auch Einbringungen in Form verdeckter Einlagen – d. h. solcher Einbringungen, die unentgeltlich in das Gesellschaftsvermö-

gen geleistet worden sind – von § 20 UmwStG 1977 begünstigt sein können. Der Verweis auf die gesellschaftsrechtlichen Sacheinlagevorschriften sollte deshalb in diesem Zusammenhang ersichtlich nur verdeutlichen, dass für die von § 20 UmwStG 1977 begünstigte Einbringung jedenfalls eine Gegenleistung in Form der Gewährung von neuen Gesellschaftsrechten erforderlich ist. Daraus kann deshalb nicht abgeleitet werden, § 20 UmwStG 1977/1995 könne auf Sacheinbringungen im Wege von Aufgeldern nicht anwendbar sein; zu dieser – dort nicht entscheidungserheblichen – Frage lässt sich dem BFH-Urteil in BFHE 163, 352, BStBl II 1991, S. 512 keine Aussage entnehmen.

3. Aus der Übertragung der Kommanditanteile von der Y-GmbH auf die Z-GmbH vom 2.4.2001 ist ebenfalls kein Veräußerungsgewinn entstanden. Denn auch diese Einbringung ist im Rahmen eines Agios und deshalb für den Erwerb neuer Anteile erfolgt, so dass sie von § 20 UmwStG 1995 umfasst wird.

27. EStG §§ 20 Abs. 1 Nr. 7, 22 (*Zahlungen der Eltern an ihr Kind im Gegenzug für dessen Pflichtteilsverzicht sind nicht einkommensteuerbar*)

Verzichtet ein Kind gegenüber seinen Eltern auf künftige Pflichtteilsansprüche und erhält es dafür im Gegenzug von den Eltern wiederkehrende Zahlungen, so liegt darin kein entgeltlicher Leistungsaustausch und keine Kapitalüberlassung des Kindes an die Eltern, so dass in den wiederkehrenden Zahlungen auch kein einkommensteuerbarer Zinsanteil enthalten ist.

BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06

Im Streit ist, ob die 1972 geborene Klägerin im Streitjahr (1996) in Höhe eines Zinsanteils aus von ihren Eltern auf Lebenszeit zugesagten monatlichen Zahlungen Einkünfte erzielt hat.

Mit notariellem Vertrag vom 4.2.1994 verzichtete die Klägerin auf ihren Pflichtteil und etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche beim Tod ihrer (1937 und 1945 geborenen) Eltern. Das gesetzliche Erbrecht blieb unberührt. Im Gegenzug erhielt sie eine Einmalzahlung von 1 Mio. DM, außerdem die Zusage einer ab dem 1.1.1994 auf Lebenszeit der Klägerin zu erbringenden monatlichen Zahlung in Höhe des Grundgehalts eines bayerischen Beamten der Besoldungsgruppe A 13 in der Endstufe. Vereinbart war, dass die monatliche Leistung bei Änderungen der Leistungsfähigkeit der Zahlungsverpflichteten oder der Bedürftigkeit der gesundheitlich beeinträchtigten Klägerin entsprechend § 323 ZPO anzupassen sei. Auf die Einmalzahlung und den mit über 1 Mio. DM ermittelten Kapitalwert der lebenslangen monatlichen Zahlung wurde Schenkungsteuer festgesetzt.

Außerdem unterwarf der Beklagte (das FA) die monatlichen Zahlungen mit einem Ertragsanteil von 65 % der Einkommensbesteuerung und stützte sich dabei zunächst auf § 22 Nr. 1 Satz 3 EStG, im Rahmen der Einspruchsentscheidung sodann auf § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Dabei setzte das FA den Zinsanteil der Zahlungen in entsprechender Anwendung des § 22 EStG wiederum mit 65 % an.

Das FG erkannte auf eine nicht steuerbare Unterhaltsrente und gab der Klage deshalb statt. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2007, 410 veröffentlicht.

Hiergegen richtet sich die Revision. Das FA vertritt die Auffassung, bei den monatlichen Zahlungen handele es sich um die zeitlich gestreckte Auszahlung einer Gegenleistung für den Pflichtteilsverzicht in Form lebenslang wiederkehrender Leistungen, die nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerpflichtige Zinsanteile enthielten. § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG in der für das Streitjahr geltenden Fassung komme nicht zur Anwendung, da es sich bei der Zusage der wiederkehrenden Leistungen nicht um eine einseitig begründete Rechtspflicht handele. Auch sei von einer Einbeziehung der Interessen und Ansprüche der

Klägerin bei Vertragsschluss auszugehen und nicht von reinen Versorgungsleistungen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

Im Ergebnis zu Recht hat das FG erkannte, dass die aufgrund der notariellen Vereinbarung vom 4.2.1994 an die Klägerin geleisteten monatlichen Zahlungen weder ganz noch mit einem Zins- oder Ertragsanteil der Einkommensbesteuerung unterliegen.

1. Wiederkehrende Zahlungen als Gegenleistung für den Verzicht eines zur gesetzlichen Erbfolge Berufenen auf seinen potentiellen künftigen Erb- und/oder Pflichtteil sind beim Empfänger grundsätzlich nicht als wiederkehrende Bezüge i. S. v. § 22 Nr. 1 EStG steuerbar. Die Steuerbarkeit folgt insbesondere nicht aus der Zahlungsweise in Form einer Rente. Allein der Umstand, dass eine Leistung nicht in einem Betrag, sondern in wiederkehrenden Zahlungen zu erbringen ist, kann deren Steuerbarkeit nicht begründen (BFH, BStBl II 2000, S. 82; vgl. auch *Schmidt/Heinicke*, EStG, 29. Aufl., § 10 Rdnr. 65 unter „Gegenleistung“). Der erkennende Senat folgt dieser Auffassung, seine anders lautende frühere Rechtsprechung (vgl. BFH, BStBl II 1992, S. 809) ist insoweit überholt.

2. Die an die Klägerin geleisteten Zahlungen enthalten keinen Ertrag aus Kapitalforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

a) Regelmäßig wiederkehrende Zahlungen aus einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis können Kapitalerträge enthalten. Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören u. a. nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (auch in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung) „Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.“

aa) Kapitalforderung in diesem Sinne ist jede auf Geldleistung gerichtete Forderung ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung oder den Rechtsgrund des Anspruchs (BFH, Urteil vom 20.6.1996, VIII R 67/95, BFH/NV 1997, 175; *Schmidt/Weber-Grellet*, a. a. O., § 20 Rdnr 121). Erforderlich ist aber in jedem Fall die Überlassung von privatem Geldvermögen an Dritte (BFH, BStBl II 1988, S. 252, unter III. 2.; BStBl II 1982, S. 540; Beschluss des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982, BStBl II 1983, S. 272; vgl. *Blümich/Stuhrmann*, § 20 EStG Rdnr. 294 a; vgl. auch *Schmidt/Weber-Grellet*, a. a. O., § 20 Rdnr. 123). Dabei kann die Kapitalüberlassung in unterschiedlicher Art und Weise erfolgen, etwa durch Hingabe als (endfälliges oder in Raten zu tilgendes) Darlehen (auch in Gestalt von Anleihen, vgl. die Fallgruppen bei *Schmidt/Weber-Grellet*, a. a. O., § 20 Rdnr. 123), durch Novation eines bestehenden Zahlungsanspruchs in ein Darlehen oder durch zeitliche Streckung eines Zahlungsanspruchs mittels Verrentung.

bb) Verzichtet ein Kind gegenüber seinen Eltern auf künftige Pflichtteilsansprüche und erhält es dafür im Gegenzug von den Eltern wiederkehrende Zahlungen, so liegt darin kein entgeltlicher Leistungsaustausch und keine Kapitalüberlassung des Kindes an die Eltern, so dass in den wiederkehrenden Zahlungen auch kein nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu erfassender Zinsanteil enthalten ist.

(1) Der vor Eintritt des Erbfalls erklärte Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht ist ein erbrechtlicher Vertrag (BFH, BStBl II 2000, S. 82, m. w. N.), der der Regulierung der Vermögensnachfolge und ihrer Modalitäten im Todesfall des potentiellen Erblassers dienen soll. Erhält das pflichtteilsberechtigende Kind für den Verzicht auf seinen künftigen Anspruch von seinen Eltern als den potentiellen Erblassern eine Abfindung, so handelt es sich nach der Rechtsprechung des BGH schon bürgerlichrechtlich um einen unentgeltlichen Vorgang (vgl. BGH, NJW 1986, 127, unter II.2.; NJW 2009, 1143, unter II.3. b). Dem entspricht die im BFH-Urteil in BFHE 167, 515, BStBl II 1992, S. 809 ausführlich begründete Auffassung des Senats, dass es sich bei einem vor dem Erbfall erklärten Erb- oder Pflichtteilsverzicht auch steuerrechtlich um einen unentgeltlichen Vorgang handelt (offengelassen im BFH-Urteil in BFHE 190, 178, BStBl II 2000, S. 82), der ggf. der Besteuerung nach dem Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz unterliegt, nicht aber der Einkommensteuer. Die Auffassung des FA, wonach bei Abfindungen im Falle von Erb- oder Pflichtteilsverzicht regelmäßig von einer entgeltlichen Leistung auszugehen sei, kann sich nicht (mehr) auf die von ihm angeführte Rechtsprechung stützen (vgl. BFH, BStBl II 1953, S. 157; BFH, BStBl II 1975, S. 529).

(2) Sagen die Eltern dem potentiell pflichtteilsberechtigten Kind als Abfindung für den Pflichtteilsverzicht wiederkehrende Zahlungen zu, so wird dadurch nicht ein in einer Summe bezifferter Anspruch des Kindes verrentet. Vielmehr ist der aufgrund des Pflichtteilsverzichts eingeräumte Anspruch von vornherein in Form wiederkehrender Zahlungen eingeräumt worden (vgl. BFH, BStBl II 1995, S. 121, unter II.2., zur Mehrbedarfsrente).

Die vom X. Senat des BFH in einem obiter dictum geäußerte Auffassung, dass „allenfalls“ ein in den wiederkehrenden Leistungen enthaltener Zinsanteil als einkommensteuerrechtlich relevanter Zuwachs an Leistungsfähigkeit gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG 1975 (jetzt § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) in Betracht komme (BFH, BStBl II 2000, S. 82, m. w. N.), setzt die Entgeltlichkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts voraus, die – wie oben dargelegt – hier auszuschließen ist.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Erbfall bereits eingetreten ist und ein Pflichtteilsberechtigter vom Erben unter Anrechnung auf seinen Pflichtteil wiederkehrende Leistungen erhält. In einem solchen Fall ist das Merkmal der Überlassung von Kapital zur Nutzung i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG jedenfalls dann erfüllt, wenn der Bedachte rechtlich befugt ist, den niedrigeren Barwert im Rahmen seines Pflichtteilsanspruchs geltend zu machen (BFH, BStBl II 1993, S. 298). So liegt der Streitfall jedoch nicht.

b) Nach diesen Maßstäben hat das FG zu Recht entschieden, dass die wiederkehrenden Bezüge der Klägerin keinen steuerpflichtigen Zinsanteil nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG enthalten. Es handelt sich um einen unentgeltlichen erbrechtlichen Vorgang.

Die Klägerin hat aufgrund ihres Pflichtteilsverzichts von ihren Eltern einen von vornherein auf wiederkehrende Zahlungen gerichteten Anspruch eingeräumt bekommen, der zudem ersichtlich nach dem dauerhaften Versorgungsbedarf der gesundheitlich beeinträchtigten Klägerin bemessen worden ist (vgl. BFH, BStBl II 1995, S. 121, unter II.2.).

Die Eltern der Klägerin haben durch die mit ihr getroffene Vereinbarung auch nicht auf andere Weise einen aktiven Vermögenswert zur Nutzung erhalten, den sie nicht vorher bereits gehabt hätten. Sie wurden nicht von einer Schuld oder einer anderen Belastung befreit, deren Begleichung oder Auf-

hebung einer Kapitalüberlassung gleichgekommen wäre und folglich nach kaufmännischen Gesichtspunkten eine angemessene Gegenleistung erfordert hätte.

3. Zu Recht hat das FG die Steuerbarkeit des Pflichtteilsverzichts nach § 22 Nr. 3 EStG verneint. Auch bei unterstellter Entgeltlichkeit des Pflichtteilsverzichts unterläge dieser dann als veräußerungsähnlicher Vorgang (endgültige Aufgabe einer Rechtsposition) im privaten Bereich nicht der Einkommensbesteuerung (ständige Rechtsprechung, BFH, BStBl II 2004, S. 874).

Anmerkung:

1. Aus § 2346 BGB ergeben sich zwei Spielarten des Pflichtteilsverzichts. Ist das Pflichtteilsrecht aufgrund eines Erbverzichts nach § 2346 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, dann ergibt sich aus § 2310 Satz 2 BGB eine „Beratungsfalle“, weil bei Vorhandensein noch anderer Pflichtteilsberechtigter eine Erhöhung des Pflichtteils der weiteren Pflichtteilsberechtigten stattfindet. Ausweislich der Entstehungsgeschichte (Mot. V, 480) soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Erbverzicht vielfach mit lebzeitigen Gegenleistungen des potentiellen Erblassers verknüpft ist und somit den zukünftigen Nachlass schmälert. § 2310 Satz 2 BGB gilt nicht bei einem isolierten Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB, obschon auch der isolierte Pflichtteilsverzicht mit (schuldrechtlichen) Gegenleistungen verknüpft sein kann. Handelt es sich um einen „entgeltlichen Erbverzicht“ bzw. um einen „entgeltlichen Pflichtteilsverzicht“, dann ist zu fragen, ob das Kausalgeschäft als Schenkung qualifiziert werden kann. Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH (BGHZ 113, 393 = DNotZ 1992, 38) geht der BFH davon aus, dass das die Abfindung regelnde Kausalgeschäft ein unentgeltlicher Vorgang ist. Darüber kann man allerdings trefflich streiten (zum Problem neuerdings *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Band I, Rdnr. 2340 ff.). In der zitierten Leitentscheidung des BGH ging es um die Unentgeltlichkeit bei § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG a. F., so dass die Entscheidung möglicherweise von spezifisch anfechtungsrechtlichen Zielsetzungen getragen ist. Gleichwohl wird man im Ergebnis von einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft auszugehen haben, weil der abstrakte, erbrechtliche Verzicht seinerseits keine Schenkung ist und es sich im Übrigen um eine Maßnahme der vorweggenommenen Erbfolge handelt.

2. Für das Schenkungsteuerrecht geht die Rechtsprechung des BFH davon aus, dass die Gegenleistung bei einem technischen Erbverzicht zur Steuerbarkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG führt und dass im Falle des entgeltlichen, isolierten Pflichtteilsverzichts jedenfalls § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG einschlägig ist (BFH, BStBl II 1977, S. 730; BFH, BStBl II 2001, S. 456). Auch der II. Senat des BFH meint im Anwendungsbereich des § 7 ErbStG, dass eine lebzeitige Leistung an einen Pflichtteilsverzichtenden unentgeltlich sei, und zwar deshalb, weil die Position des Pflichtteilsberechtigten nur als bloße Erwerbschance zu beurteilen sei (BFH, BStBl II 2001, S. 456, 457). § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG hat damit im Verhältnis zum Grundtatbestand in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG lediglich deklaratorischen Charakter.

3. Wenn der Vorgang des „entgeltlichen Pflichtteilsverzichts“ danach sowohl zivilrechtlich als auch schenkungsteuerrechtlich als unentgeltlich zu qualifizieren ist, müsste damit von vornherein der Weg in die Einkommensteuerbarkeit verwehrt sein. Geht man nämlich davon aus, dass das ErbStG unentgeltliche Rechtsvorgänge erfasst, demgegenüber das EStG von entgeltlichen Leistungsfähigkeitssteigerungen handelt, dann kann ein Sachverhalt nicht zugleich der Schen-

kungsteuer und zusätzlich der Einkommensteuer unterfallen. Der Besprechungsfall zeigt allerdings, dass die Finanzverwaltung keine Skrupel hat, sowohl Einkommensteuer als auch Schenkungsteuer festzusetzen.

4. Im Ergebnis lehnt der VIII. Senat des BFH sämtliche in Frage kommenden Einkommensteuertatbestände ab und behandelt den Sachverhalt als nicht einkommensteuerbar: § 22 Nr. 1 EStG ist richtigerweise deshalb nicht einschlägig, weil allein der Umstand einer gestreckten Zahlung die Steuerbarkeit nicht begründen kann. Auch eine Kapitalforderung des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ist nicht gegeben, da dem Pflichtteilsverzichtenden keine Kapitalforderung zusteht, vielmehr nur ein aufgrund des Pflichtteilsverzichts eingeräumter Anspruch. Schließlich ist auch § 22 Nr. 3 EStG abzulehnen. §§ 17, 20

Abs. 2, 23 EStG regeln abschließend die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte. Darauf stellt im Ergebnis auch die Besprechungsentscheidung ab, wenn sie meint, dass es sich im Sachverhalt bei unterstellter Entgeltlichkeit (?) um einen veräußerungsähnlichen Vorgang handle, der nicht unter § 22 Nr. 3 EStG zu subsumieren sei. In dieser Argumentation liegt eine gewisse Unsicherheit, weil ein veräußerungsähnlicher Vorgang ein entgeltlicher Vorgang sein muss, demgegenüber die Entscheidung vorher die Gegenleistung für den Pflichtteilsverzicht als unentgeltlich beurteilt hat. Der Grund für diese Ungereimtheit liegt darin, dass die Anwendungsbereiche von ErbStG einerseits und EStG andererseits nicht exakt abgegrenzt werden.

Prof. Dr. *Georg Crezelius*, Erlangen/Bamberg

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. 4. Rentenerlass des BMF vom 11.3.2010

Durch das Jahressteuergesetz 2008 wurden die einkommensteuerlichen Vorschriften zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen grundlegend neu geregelt (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a und § 22 Nr. 1 b EStG n. F.). Das BMF hat nunmehr im sogenannten 4. Rentenerlass vom 11.3.2010 (Az. IV C 3 – S 2221/09/10004) zu den Einzelheiten der Neuregelung Stellung genommen. Wer in diesem Bereich aktiv tätig werden und den Beteiligten eigene Gestaltungen empfehlen will, kommt um die Lektüre des 4. Rentenerlasses und der dazu erschienenen Literatur (vgl. z. B. *Grün*, NWB 14/2010, 1042; *Seitz*, DStR 2010, 629; *Wälzholz*, DStR 2010, 850) nicht herum. Wer lediglich einen groben Überblick benötigt, um Fragen von Beteiligten und Steuerberatern richtig einordnen zu können, dem seien die nachfolgenden Hinweise an die Hand gegeben.

1. Auch nach der Neuregelung werden bei der Vermögensübergabe vom Übernehmer an den Übergeber erbrachte wiederkehrende Bezüge nicht als Entgelt im einkommensteuerlichen Sinne angesehen. Vielmehr wird die Vermögensübergabe weiter als einkommensteuerlich voll unentgeltlich betrachtet. Die wiederkehrenden Bezüge werden aber vom Übergeber nach § 22 Nr. 1 b EStG versteuert und können vom Übernehmer nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG als Sonderausgaben abgezogen werden (vgl. 4. Rentenerlass, Tz. 5 f.).

2. Allerdings wurde der Anwendungsbereich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen erheblich eingengt. Nicht mehr begünstigt ist insbesondere die Übergabe der im steuerlichen Privatvermögen gehaltenen (vermieteten oder gar eigengenutzten) Immobilie, die bisher ein „Gestaltungsklassiker“ mit vielen Verästelungen war. Begünstigt sind vielmehr nur noch die in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG bezeichneten Vermögensgegenstände, also steuerliches Betriebsvermögen in Form von Mitunternehmeranteilen, Betrieben und Teilbetrieben sowie mindestens 50%ige Beteiligungen an GmbHs, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Geschäftsführertätigkeit fortsetzt. Diese Neuregelung führt naturgemäß zu einer Vielzahl von Folgefragen, von der hier einige herausgegriffen seien:

a) Das übergebene Vermögen muss wie bisher „ausreichend Ertrag bringend“ sein, um die Versorgungsleistung finanzieren zu können (4. Rentenerlass, Tz. 26). Allerdings hat dieses Kriterium wohl erheblich an Bedeutung verloren, da ohnehin nur noch Vermögen begünstigt ist, bei dem eine Vermutung dafür spricht, dass es ausreichend ertragsfähig ist.

b) „Gemischte“ Übergaben von begünstigtem und nicht begünstigtem Vermögen sind weiter möglich. In diesem Fall muss die Versorgungsleistung im Übergabevertrag aber unbedingt nur dem begünstigten Vermögen zugewiesen werden (4. Rentenerlass, Tz. 47).

c) Vorsicht bei der sukzessiven Übergabe von GmbH-Anteilen, die nur in der Summe mindestens 50 % ergeben, oder bei der Übergabe eines mindestens 50%igen Anteils an mehrere Übernehmer. Grundsätzlich ist nämlich jede Übergabe isoliert zu betrachten (vgl. 4. Rentenerlass, Tz. 15 ff.).

d) Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen kann wie bisher auch auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen (4. Rentenerlass, Tz. 2).

3. Auch auf der Seite der anerkennungsfähigen Versorgungsleistungen gibt es wichtige Veränderungen. Nach der

Rechtslage bis zum 31.12.2007 unterschied sich die steuerliche Behandlung je nachdem, ob eine dauernde Last oder eine Leibrente vereinbart wurde. In der Praxis war die Vereinbarung einer dauernden Last unter Bezugnahme auf § 323 ZPO der Regelfall. Diese Unterscheidung und damit das Erfordernis einer Bezugnahme auf § 323 ZPO sind entfallen. Künftig kann frei gewählt werden zwischen einer ggf. nach Maßgabe von § 323 ZPO abänderbaren dauernden Last und einer Leibrente konstanter (und ggf. inflationsbereinigter) Höhe. Entscheidend ist nur jeweils deren lebenslange Gewährung (4. Rentenerlass, Tz. 56). In jedem Fall sind die Zahlungen voll abzugsfähig beim Erwerber und in voller Höhe steuerpflichtig beim Übergeber.

4. Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen muss nicht zwingend im Verhältnis zwischen Eltern (Übergeber) und ihren Abkömmlingen (Übernehmer) stattfinden. Voraussetzung ist vielmehr nur, dass der Übernehmer aufgrund der persönlichen Beziehung zum Übergeber ein Interesse an dessen lebenslanger Versorgung hat. Ist dies der Fall, kommen neben nahestehenden Dritten (z. B. Schwiegerkinder, Neffen und Nichten) ausnahmsweise auch familienfremde Dritte in Frage, die das Vermögen erhalten (4. Rentenerlass, Tz. 4).

5. Weniger großzügig ist die Rechtslage bei der Bestimmung des Empfängers der Versorgungsleistungen, der zwar nicht notwendig mit dem Übergeber personenidentisch sein muss, aber dem „Generationenfolgeverbund“ des Übergebers angehören muss. Dieser umfasst auf jeden Fall den Ehegatten, den eingetragenen Lebenspartner und die erb- und pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des Übergebers, ggf. auch dessen Eltern. Werden wiederkehrende Bezüge allerdings an die Geschwister des Übernehmers gezahlt, so besteht eine widerlegbare Vermutung, dass es sich um Gleichstellungsgelder, nicht um Versorgungsleistungen handelt (4. Rentenerlass, Tz. 50).

6. Die steuerliche Anerkennung einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen setzt einen Übergabevertrag voraus, in dem „die gegenseitigen Rechte und Pflichten klar und eindeutig sowie rechtswirksam vereinbart und ernsthaft gewollt sind und die Leistungen wie vereinbart tatsächlich erbracht werden“ (4. Rentenerlass, Tz. 59). Nachträgliche Änderungen der Versorgungsleistungen sind nur anerkennungsfähig, wenn sie auf einem geänderten Versorgungsbedürfnis des Empfängers der Versorgungsleistungen beruhen oder auf einer veränderten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Übernehmers. Rückwirkende Vereinbarungen sind grundsätzlich nicht anerkennungsfähig (4. Rentenerlass, Tz. 60).

7. Besondere Vorsicht ist bei der Gestaltung von Verträgen mit Versorgungsleistungen geboten, wenn einer der Beteiligten nicht unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist, also insbesondere, wenn er im Ausland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG gewährt den Sonderausgabenabzug nämlich nur, wenn der Empfänger der Versorgungsleistungen unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. (Vgl. allerdings auch § 1 a Nr. 1 a EStG.)

Insgesamt ist die Neuregelung zu begrüßen, da sie zu Recht versucht, das Institut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auf seinen Kern zurückzuführen. Für die praktische Anwendung bedeutet dies eine erhebliche Vereinfachung. Auch derjenige, der sich nicht ständig mit der Materie beschäftigt, hat nun eine reelle Chance, sich zu einzelnen Punkten selbst kundig machen zu können. Der 4. Renten-

erlass leistet hierzu eine gute Hilfestellung. Dass er systematisch nicht ganz befriedigend aufgebaut ist und auch zu vielen Punkten keine Auskünfte gibt, ist da kein entscheidender Kritikpunkt. Wer sich der Tortur unterzogen hat, den 2. und 3. Rentenerlass zu studieren, wird ihn nämlich dennoch mit Genuss lesen.

Hinweis der Schriftleitung:

Das BMF-Schreiben ist abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de unter BMF – Startseite → Aktuelles → BMF-Schreiben.

Notar Dr. *Christoph Moes*, Augsburg

2. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2009, 80, 2010, 81). Neue Richtzahlen ab 1.10.2010: 15,2

Prüfungsabteilung der Notarkasse, A.d.ö.R., München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2010 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 15,2. Nicht auf Euro umgestellt sind wie 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; 2007, 80 und 2008, 80 und in Streifzug durch die KostO, 8. Auflage 2010, Anhang II, 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, 18. Auflage 2010, § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn 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, a.a.O., § 19 Rdnr. 58 a a. E.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

2010

Stand: 1.10.210

Tabelle

zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976,89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBl 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2010 für Gebäude 15,2

Anleitung

Bei Versicherungssumme 1914

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 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	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	12,038	12,038	12,038	11,917	11,795
2	11,917	12,038	11,795	11,674	11,309
3	11,795	11,917	11,674	11,430	10,944
4	11,674	11,917	11,552	11,187	10,579
5	11,552	11,795	11,430	10,944	10,093
6	11,430	11,795	11,187	10,701	9,728
7	11,309	11,674	11,066	10,458	9,363
8	11,187	11,674	10,944	10,214	8,877
9	11,066	11,552	10,822	9,971	8,512
10	10,944	11,430	10,579	9,728	8,147
11	10,822	11,430	10,458	9,485	7,661
12	10,701	11,309	10,336	9,242	7,296
13	10,579	11,309	10,214	8,998	6,931
14	10,458	11,187	9,971	8,755	6,445
15	10,336	11,066	9,850	8,512	6,080
16	10,214	11,066	9,728	8,269	5,715
17	10,093	10,944	9,606	8,026	5,229
18	9,971	10,822	9,363	7,782	4,864
19	9,850	10,822	9,242	7,539	4,499
20	9,728	10,701	9,120	7,296	4,013
21	9,606	10,579	8,998	7,053	3,648
22	9,485	10,579	8,755	6,810	und darüber (Restwert = 30%)
23	9,363	10,458	8,634	6,566	
24	9,242	10,336	8,512	6,323	
25	9,120	10,214	8,390	6,080	
26	8,998	10,214	8,147	5,837	
27	8,877	10,093	8,026	5,594	
28	8,755	9,971	7,904	5,350	
29	8,634	9,850	7,782	5,107	
30	8,512	9,728	7,539	4,864	
31	8,390	9,728	7,418	4,621	
32	8,269	9,606	7,296	4,378	
33	8,147	9,485	7,174	4,134	
34	8,026	9,363	6,931	3,891	
35	7,904	9,242	6,810	3,648	
36	7,782	9,242	6,688	und darüber (Restwert = 30%)	
37	7,661	9,120	6,566		
38	7,539	8,998	6,323		
39	7,418	8,877	6,202		
40	7,296	8,755	6,080		
41	7,174	8,634	5,958		

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	7,053	8,512	5,715
43	6,931	8,390	5,594
44	6,810	8,269	5,472
45	6,688	8,147	5,350
46	6,566	8,026	5,107
47	6,445	7,904	4,986
48	6,323	7,782	4,864
49	6,202	7,661	4,742
50	6,080	7,539	4,499
51	5,958	7,418	4,378
52	5,837	7,296	4,256
53	5,715	7,174	4,134
54	5,594	7,053	3,891
55	5,472	6,931	3,770
56	5,350	6,810	3,648
57	5,229	6,688	und darüber
58	5,107	6,566	(Restwert = 3 0%)
59	4,986	6,445	
60	4,864	6,323	
61	4,742	6,202	
62	4,621	6,080	
63	4,499	5,958	
64	4,378	5,837	
65	4,256	5,594	
66	4,134	5,472	
67	4,013	5,350	
68	3,891	5,229	
69	3,770	5,107	
70	3,648	4,864	
71	und darüber	4,742	
72	(Restwert = 30%)	4,621	
73		4,499	
74		4,378	
75		4,134	
76		4,013	
77		3,891	
78		3,770	
79		und darüber (Rest- wert=30%)	
80			

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Augustin Burghard, Rottenburg a. d. Laaber, verstorben am 7.8.2010

Notar a. D. Dr. Alois Rettenbeck, Höchststadt a. d. Aisch, verstorben am 27.9.2010

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.11.2010:

Notar Werner Landau, Kaiserslautern

Mit Wirkung vom 1.5.2011:

Notar Horst-Peter Regler, Nürnberg

3. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.9.2010:

Notarin Dr. Annette Pötting, Oettingen

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 12.8.2010:

Ludwigshafen a. Rhein dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Dr. Matthias Meyer
Ludwig Draxel-Fischer) (bisher in Germersheim
Notarstelle Dr. Wolf)

Mit Wirkung vom 1.10.2010:

Erlangen dem Notarassessor
Stefan Braun
(bisher in München
Notarstellen Dr. Vossius/
Dr. Engel)

München dem Notar a. D.
(in Sozietät mit Notar Dr. Christoph Döbereiner
Hans-Peter Rüth)

Vilshofen dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Christian Schuller
Dr. Jürgen Schlögel) (bisher in München
Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Mit Wirkung vom 1.11.2010:

Kaiserslautern dem Notar Winfried Felder
(bisher in Landstuhl)

Riedenburg der Notarassessorin Julia Herbst
(bisher in Ingolstadt
Notarstellen Kopp/Dr. Macht)

Vilsbiburg dem Notarassessor
Dr. David König
(bisher in München
Notarstelle Dr. Schaub)

Mit Wirkung vom 1.1.2011:

Passau dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Stefan Bandel
Dr. Henning Schwarz) (bisher in Deggendorf)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Michael Pich, Passau, seit 1.9.2010 in Sozietät mit Notar Thorsten Langnau, Passau

Notarassessor Christian Betz, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma), ab 1.10.2010 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Dr. Jens Fröhle, Ludwigshafen (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl), scheidet zum 1.11.2010 aus

Notarassessor Christoph Koch, Würzburg (Notarstellen Dr. Baumann/Sorge), ab 1.11.2010 in Würzburg (DNotI)

Notarassessorin Verena Maier, München (Notarstellen Rüth/Dr. Döbereiner), führt seit 21.8.2010 den Namen Schlittenbauer

Notarassessor Dr. Jens Neie, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz), ab 6.10.2010 in Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Notarassessorin Marion Pichler, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke), führt seit 29.7.2010 den Namen Strümpell

Die Notarstelle Passau (bis 31.5.2010 Notar Dr. Alexander Krafka) wurde mit Wirkung vom 1.9.2010 aufgehoben. Notar Pich verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Krafka.

Inspektorin i. N. Maria Therese Dichtl, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 1.2.2011 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Oberinspektorin i. N. Katrin Kratzer, Schrobenhausen (Notarstelle Dr. Hagmaier), ab 18.10.2010 in Dachau (Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky)

Inspektorin i. N. Jutta Schimpf ab 1.8.2010 in Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtsrat i. N. Gerhard Ehnes, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.9.2010 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Josef Nowak, München (Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß), ab 1.11.2010 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Altdorf b. Nürnberg, Notarstelle Dr. Oberhofer
Telefax: 09187 950419

Augsburg, Notarstelle Dr. Moes
E-Mail: info@notar-moes.de
Homepage: www.notar-moes.de

Dachau, Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky
E-Mail: notare@dachau-sparkassenplatz.de

München, Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß
Residenzstraße 27, 80333 München

Passau, Notarstellen Langnau/Pich
Große Klingergasse 2 a, 94032 Passau
Telefon: 0851 75686-0, Telefax: 0851 7568622
E-Mail: info@notare-langnau-pich.de

SONSTIGES

„(Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 10. November 2010, 16.30 Uhr s. t.

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Raum F 107 (Fakultätssitzungszimmer im 1. Obergeschoss)

Begrüßung: Professor Dr. Johannes Hager
Geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht

Referate: Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München:
„Sozialrechtliche Fragen der vorweggenommenen Erbfolge“

**RA Christian Grube, Hamburg,
Vors. Richter am VG a. D.:**
„Die Überleitung von Ansprüchen auf den Träger der Sozialhilfe“

Notar Dr. Sebastian Franck, Neu-Ulm:
„Aktuelle sozialhilferechtliche Probleme im Erbrecht“

Anschließende Diskussion

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang eingeladen.

Anmeldung und Information:

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kostenfrei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung zur Tagung und zum Empfang gebeten.

Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Telefax 089 2180-13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|--|---|
| <p>1. Intensivkurs Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke)
28.–29.10.2010 in Bochum</p> <p>2. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)
29.10.2010 in Kiel
6.11.2010 in Nürnberg
13.11.2010 in Berlin</p> <p>3. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger)
29.10.2010 in Dötlingen-Altona</p> <p>4. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (Amann, Schuck, Wachter, Weiler)
29.10.2010 in Hamburg</p> <p>5. Aktuelle Probleme der Grunderwerbsteuer in der notariellen Praxis (Fumi, Schuck)
30.10.2010 in Kiel</p> <p>6. Intensivkurs Erbrecht (Frenz, Kössinger)
4.–5.11.2010 in Kiel</p> <p>7. Intensivkurs WEG (Hügel, Rapp)
4.–5.11.2010 in Heusenstamm</p> | <p>8. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
12.11.2010 in Bochum
13.11.2010 in Kiel</p> <p>9. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis (Heckschen, Reul, Wienberg)
12.11.2010 in Kassel</p> <p>10. Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger, Kirschstein)
19.–20.11.2010 in Heusenstamm</p> <p>11. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (Mayer)
20.11.2010 in Köln</p> |
|--|---|

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

1. Bergschneider: Verträge in Familiensachen. 4. Aufl., Giesecking, 2010. 315 S., 49 €
2. Emmerich/Habersack: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. 6. Aufl., Beck, 2010. 936 S., 132 €
3. Kroiß/Ann/Mayer: BGB – Band 5; Erbrecht. 3. Aufl., Nomos, 2010. 2 070 S., 188 €
4. Münchener Kommentar zum HGB – Band 1: Handelsstand, §§ 1–104 a. 3. Aufl., Beck, 2010. 1 626 S., 235 €
5. Schmidt-Kessel/Leutner/Müther: Handelsregisterrecht. Beck, 2010. 547 S., 64 €
6. Schüppen/Schaub: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht. 2. Aufl., Beck, 2010. 1 724 S., 168 €
7. Spindler/Stilz: AktG – Band 1: §§ 1–149. 2. Aufl., Beck, 2010. 2 056 S., 237,50 €. Band 2: §§ 150–410, IntGesR, SpruchG, SE-VO. 2. Aufl., Beck, 2010. 1 940 S. 237,50 €
8. Staudinger Kommentar zum BGB – Buch 4: Familienrecht, Lebenspartnerschaftsgesetz. 14. Aufl., de Gruyter, 2010. 755 S., 279 €
9. Wachter: Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., ZAP, 2010. 3 621 S., 178 € + CD-ROM
10. Walz: Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht: Deutsch-Englisch. 2. Aufl., Beck, 2010. 1 307 S., 126 € + CD-ROM
11. Zöller: ZPO. 28. Aufl., O. Schmidt, 2010. 3 360 S., 164 €

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F