

4 **MittBayNot** Begründet 1864

Juli/August 2011

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

Aufsätze

Wälzholz/Gutfried: Aktuelle Entwicklungen im Ertragsteuerrecht für die notarielle Praxis **265**

Soutier: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil II) **275**

Rebhan: Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder **285**

Rechtsprechung

Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts in einem Anteilskaufvertrag (BGH, Urteil vom 8.12.2010, VIII ZR 343/09) **295**

mit Anmerkung *Suttman* **297**

Keine Vormerkung zugunsten des Rechtsnachfolgers eines schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrages (OLG Hamm, Beschluss vom 22.12.2010, 15 W 526/10) **299**

mit Anmerkung *Keller* **300**

Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger bei der Begründung von Wohnungseigentum (KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 455/10) **301**

mit Anmerkung *Kesseler* **302**

Nachweis eines untergegangenen Vorkaufsrechts durch Erlöschen einer GmbH (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.7.2010, I-3 Wx 123/10) **303**

mit Anmerkung *Frank* **305**

Rücktritt vom Erbvertrag wegen unterbliebener Pflegeleistungen (BGH, Beschluss vom 5.10.2010, IV ZR 30/10) **318**

mit Anmerkung *Kornexl* **320**

Kein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils bei aufschiebend bedingter Veräußerung (OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10) **326**

mit Anmerkung *Schuller* **328**

Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten (BGH, Urteil vom 9.12.2010, III ZR 272/09) **339**

mit Anmerkung *Ganter* **342**

Gebühr für Eintragung der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile einer GbR in der Hand eines Gesellschafters (OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 2/10) **344**

mit Anmerkung *Weigl* **345**

Inhalt

Aufsätze

Wälzholz/Gutfried: Aktuelle Entwicklungen im Ertragsteuerrecht für die notarielle Praxis **265**

Soutier: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil II) **275**

Rebhan: Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder **285**

Buchbesprechungen

Hügel/Scheel: Rechtshandbuch Wohnungseigentum (*Berringer*) **289**

Müller: Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer insbesondere durch den bevollmächtigten Bauträger (*Hügel*) **290**

Bergschneider: Beck'sches Formularbuch Familienrecht (*Schlögel*) **291**

Haußleiter/Schulz: Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung (*Münch*) **291**

Hölters: AktG (*Satzl*) **292**

Hölters: Handbuch Unternehmenskauf (*Walz*) **293**

Dorsel: Kölner Formularbuch Erbrecht (*Stiebitz*) **293**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts in einem Anteilskaufvertrag (BGH, Urteil vom 8.12.2010, VIII ZR 343/09) **295**
mit Anmerkung *Suttmann* **297**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Keine Vormerkung zugunsten des Rechtsnachfolgers eines schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrages (OLG Hamm, Beschluss vom 22.12.2010, 15 W 526/10) **299**
mit Anmerkung *Keller* **300**
3. Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger bei der Begründung von Wohnungseigentum (KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 455/10) **301**
mit Anmerkung *Kessler* **302**
4. Nachweis eines untergegangenen Vorkaufsrechts durch Erlöschen einer GmbH (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.7.2010, I-3 Wx 123/10) **303**
mit Anmerkung *Frank* **305**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

5. Zur Herabsetzung und Befristung nachehelichen Krankheitsunterhalts (BGH, Urteil vom 30.3.2011, XII ZR 63/09) **306**
6. Verlängerung des nachehelichen Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen (BGH, Urteil vom 15.9.2010, XII ZR 20/09) **308**
7. Bemessung des nachehelichen Unterhalts bei besonders günstigen Einkommensverhältnissen (BGH, Urteil vom 11.8.2010, XII ZR 102/09) **310**

Erbrecht

8. Frist zur Ausschlagung eines Vermächtnisses und Folgen der Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes (BGH, Urteil vom 12.1.2011, IV ZR 230/09) **313**
9. Berücksichtigung dinglicher Belastungen eines Grundstücks bei der Pflichtteilsberechnung (BGH, Urteil vom 10.11.2010, IV ZR 51/09) **316**
10. Rücktritt vom Erbvertrag wegen unterbliebener Pflegeleistungen (BGH, Beschluss vom 5.10.2010, IV ZR 30/10) **318**
mit Anmerkung *Kornxl* **320**
11. Zulässigkeit eines „Fortbestandszeugnisses“ für den Testamentsvollstrecker (OLG Köln, Beschluss vom 16.11.2010, 2 Wx 153/10) **322**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Ummummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste; Beschwerderecht des Notars (BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10) **323**
13. Frist- und Formerfordernis bei der Kündigung eines Unternehmensvertrages (OLG München, Beschluss vom 21.3.2011, 31 Wx 80/11) **324**
14. Kein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils bei aufschiebend bedingter Veräußerung (OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10) **326**
mit Anmerkung *Schuller* **328**
15. Offenlegung des Hin- und Herzählens in Altfällen (OLG Koblenz, Urteil vom 17.3.2011, 6 U 879/10) **330**
16. Bonitätsnachweis bei Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch (OLG München, Beschluss vom 17.2.2011, 31 Wx 246/10) **331**
17. Eigene Abberufung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers rechtsmissbräuchlich (*nur Leitsatz*) (OLG München, Beschluss vom 16.3.2011, 31 Wx 64/11) **333**

Inhalt (Fortsetzung)

18. Genehmigung einer vollmachtlosen Beschlussfassung bei Ein-Mann-GmbH
(OLG München, Beschluss vom 5.10.2010, 31 Wx 140/10) **333**
19. Inhalt der Notarbescheinigung
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.4.2011, 8 W 120/11) **334**
20. Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses außerhalb der Jahresfrist
des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG
(OLG Zweibrücken, Urteil vom 3.2.2011, 4 U 76/10) **335**

Internationales Privatrecht

21. Unwandelbarkeit der Anknüpfung nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 3.3.2011, 9 UF 1390/10) **337**

Beurkundungs- und Notarrecht

22. Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten
(BGH, Urteil vom 9.12.2010, III ZR 272/09) **339**
mit Anmerkung *Ganter* **342**

Kostenrecht

23. Kostenfolgen einer unrichtigen Sachbehandlung
(OLG Hamm, Beschluss vom 5.10.2010, 15 Wx 156/09) **342**
24. Gebühr für Eintragung der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile einer GbR
in der Hand eines Gesellschafters
(OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 2/10) **344**
mit Anmerkung *Weigl* **345**

Steuerrecht

25. Unschädlichkeit aufeinanderfolgender Umwandlungsvorgänge für die Steuervergünstigungen
für den Erwerb von Mitunternehmeranteilen
(BFH, Urteil vom 16.2.2011, II R 60/09) **346**
26. Erbschaftsteuerrechtliche Beachtlichkeit einer nur teilweise ausgeführten unwirksamen
Verfügung von Todes wegen
(BFH, Urteil vom 22.9.2010, II R 46/09) **348**

Standesnachrichten 350

Sonstiges III

4 | MittBayNot

Begründet 1864

Juli/August 2011 | 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

Aktuelle Entwicklungen im Ertragsteuerrecht für die notarielle Praxis

Von Notar Dr. *Eckhard Wälzholz* und Notarassessor *Michael Gutfried*, M. Jur. (Oxford)

Das Ertragsteuerrecht hat in den vergangenen Jahren erhebliche Veränderungen erfahren, die Auswirkungen auf die notarielle Praxis haben. Diese erfassen typische Berührungspunkte der notariellen Gestaltungspraxis zum Steuerrecht, wie Änderungen bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften und der Gestaltung des Verhältnisses von Gesellschaftern zur Gesellschaft, die Vereinbarung von Versorgungsleistungen, private Veräußerungsgeschäfte, den gewerblichen Grundstückshandel und Vorgaben zur ertragsteuerneutralen Unternehmensumstrukturierung. Der folgende Beitrag schildert die aktuelle Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen und zeigt, soweit relevant, die Folgerungen für die notarielle Gestaltungspraxis auf.

I. Gewerblicher Grundstückshandel

1. Keine tarifbegünstigte Besteuerung eines Einbringungsgewinns eines gewerblichen Grundstückshandels

Es entspricht der herrschenden Meinung der Finanzverwaltung und gleichzeitig der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BFH, dass die Veräußerung eines vollständigen Betriebes oder Teilbetriebes oder die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils an einem gewerblichen Grundstückshandel nicht in den Genuss der Tarifbegünstigung des § 34 EStG und des Freibetrages nach § 16 Abs. 4 EStG gelangt.¹ Dementsprechend ist der Veräußerungsgewinn auch nicht gewerbesteuerfrei, wie dies sonst bei der Veräußerung eines Betriebes oder Teilbetriebes der Fall ist.² Diese Rechtsprechung hat der BFH für einen Einbringungsfall bestätigt, in dem ein Mitunternehmeranteil an einer gewerblichen Grundstückshandel betreibenden Mitunternehmerschaft in eine GmbH nach § 20 Abs. 1 UmwStG eingebracht wurde unter Teilwertansatz.³ Da nach Auffassung des BFH die Realisierung von

Gewinnen aus einem gewerblichen Grundstückshandel durch Einbringung oder Veräußerung des Mitunternehmeranteils sich nicht von einem laufenden Geschäftsvorfall unterscheidet, kommt eine Begünstigung durch Gewerbesteuerfreiheit und Anwendung der Tarifbegünstigung des § 34 EStG nicht in Betracht. Der BFH setzt damit seine strenge Rechtsprechung fort.

2. Gewerblicher Grundstückshandel in sogenannten Ein-Objekt-Großfällen bei Einschaltung eines Generalunternehmers

In der BFH-Entscheidung vom 19.10.2010⁴ hatte der BFH über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem ein Architekt ab 1991 in den neuen Bundesländern auf eigene Rechnung 16 Verbrauchermärkte sowie mehrere Büro- und Wohnhäuser errichtet und diese anschließend dauerhaft vermietet hatte. Hinsichtlich eines erworbenen Grundstücks war ebenfalls eine Errichtung und anschließende Vermietung eines Verbrauchermarktes geplant. Der Beginn der Bauarbeiten erfolgte am 14.1.1993; ebenfalls in diesem Zeitraum trat ein Kaufinteressent an den Kläger heran und bat um einen Verkauf des noch zu errichtenden Marktes. Der Kläger schloss im März bzw. Mai einen notariellen Kaufvertrag mit dem Käufer ab und verpflichtete sich zur mangelfreien Herstellung sowie zur Beschaffung einer behördlichen Betriebserlaubnis. Vorab hatte

¹ BFH vom 24.6.2009, X R 36/06, BStBl II 2010, S. 171; BFH vom 5.7.2005, VIII R 65/02, BStBl II 2006, S. 160; BFH vom 14.12.2006, IV R 3/05, BStBl II 2007, S. 777; BFH vom 26.6.2006, IV R 75/05, DStRE 2008, 341.

² Siehe Abschnitt 38 Abs. 3 Satz 6 der Gewerbesteuerrichtlinien 1998.

³ BFH vom 25.8.2010, I R 21/10, GmbHR 2011, 152 = BFH/NV 2011, 258.

⁴ BFH vom 19.10.2010, X R 41/08, BFH/NV 2011, 245.

der Verkäufer die Herstellung des Verbrauchermarktes einem Generalunternehmer übertragen.

Während die Finanzverwaltung und das FG noch einen gewerblichen Grundstückshandel annahmen, hat der BFH die Revision als begründet angesehen, die Vorentscheidung aufgehoben und an das FG zurückverwiesen. Grundsätzlich erfordert gewerbsmäßiges Handeln ein selbständiges, nachhaltiges Tätigwerden am Markt mit Gewinnerzielungsabsicht. Im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels hält der BFH dabei zur Abgrenzung von der privaten Vermögensverwaltung an der Dreiojekt-Grenze fest. Diese gilt grundsätzlich auch in den sogenannten Errichtungsfällen⁵. Gleichzeitig stellt die Dreiojekt-Grenze nur ein Indiz dar. Bei Erwerb in unbedingter Veräußerungsabsicht kann ein gewerblicher Grundstückshandel schon bei weniger als vier Objekten zu bejahen sein. Die private Vermögensverwaltung wird insbesondere überschritten, wenn das in zeitlichem Zusammenhang mit der Bebauung und Veräußerung erworbene Grundstück schon vor Bebauung verkauft worden ist, wenn ein solches Grundstück von vornherein auf Rechnung und nach den Wünschen des Erwerbers bebaut wird oder das Bauunternehmen des Grundstück bebauenden Steuerpflichtigen erhebliche Leistungen für den Bau erbringt. Für den unbedingten Veräußerungsentschluss kommt es in Bebauungsfällen auf den Zeitpunkt an, in dem der Unternehmer sich rechtlich bindet, etwa durch Abschluss der auf Bebauung gerichteten Verträge. Im vorliegenden Fall sah der BFH zwar ein selbständiges von Gewinnerzielungsabsicht getragenes Tätigwerden am Markt für gegeben an, verneinte jedoch die Nachhaltigkeit, da nicht festgestellt worden sei, dass die Tätigkeit des Architekten (Klägers) auf Wiederholung angelegt sei. Aus der bloßen Branchennähe, der Übernahme von Gewährleistungspflichten und Durchführung einer vorläufigen baubehördlichen Schlussabnahme und Beschaffung einer vorläufigen Betriebserlaubnis könne nicht die Nachhaltigkeit hergeleitet werden, da diese Tätigkeiten nicht entscheidend über dasjenige hinausgingen, was auch bei einer Vermietung des Gebäudes erforderlich gewesen wäre. Die Vertragsleistungen des Generalunternehmers können nach BFH dem Kläger für die Prüfung der Nachhaltigkeit dann nicht zugerechnet werden⁶, wenn der Generalunternehmervertrag bedingungslos zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden war, in dem der Kläger noch nicht zum Verkauf entschlossen war.

3. Gewerblicher Grundstückshandel bei Einbringungsfällen sowie § 6 b EStG

In seiner Entscheidung vom 9.9.2010⁷ hatte der BFH mehrere rechtlich für den gewerblichen Grundstückshandel relevante Rechtsfragen zu klären: Im Jahre 1995 wurde ein elterlicher landwirtschaftlicher Betrieb gegen Versorgungsleistungen (dauernde Last) übertragen. Im Jahre 1998 wurden die wesentlichen Flächen des landwirtschaftlichen Betriebes in eine GmbH & Co. KG eingebracht, deren Zweck ausweislich des Gesellschaftsvertrages in dem An- und Verkauf von Grundstücken, der Bestellung von Erbbaurechten und deren schlüsselfertige Bebauung durch Nachunternehmer, der Vermietung dieser Baulichkeiten sowie sämtlichen damit zusammenhängenden und dem Gesellschaftszweck fördernden Geschäften

bestand. Mit Verträgen vom 24.3. und 11.5.1998 veräußerte die Klägerin Straßenflächen an die Stadt. In den Jahren 1998 und 1999 wurden insgesamt an 19 Grundstücken Erbbau-rechte bestellt, mindestens 9 Grundstücke wurden veräußert. Die Veräußerungsgewinne wurden von der Klägerin (GmbH & Co. KG) in eine Rücklage nach § 6 b EStG eingestellt.

Um die Rücklagenfähigkeit nach § 6 b EStG ging es im Kern des BFH-Verfahrens. Eine § 6 b-Rücklage setzt voraus, dass der veräußerte Grundbesitz für die Dauer von mindestens 6 Jahren sich ununterbrochen im Anlagevermögen einer inländischen Betriebsstätte befunden hat. Hierzu stellte der BFH klar:

- Die Zugehörigkeit zum Anlagevermögen wird durch die vorweggenommene Erbfolge gegen Versorgungsleistungen, also unentgeltliche Gegenleistungen, nicht beeinträchtigt.
- Die Einbringung nach § 24 UmwStG ist zwar ein entgeltliches, tauschähnliches Geschäft, gleichwohl wird die Zugehörigkeit zum Anlagevermögen einer inländischen Betriebsstätte i. S. d. § 6 b EStG hierdurch aufgrund der Fußstapfentheorie nicht beeinträchtigt. Dabei ist es gleichgültig, ob § 6 b EStG gesellschafts- oder gesellschaftsbezogener anzuwenden ist.
- Damit ging es im Kern des Falles nur noch um die Frage, ob die Grundstücke nach der Einbringung bis zur Veräußerung dem Anlagevermögen zuzuordnen waren. Der BFH stellte fest, dass es für die Zuordnung zum Umlauf- oder zum Anlagevermögen nicht auf den Unternehmensgegenstand, sondern auf die konkrete Verwendungsabsicht in dem Unternehmen ankommt. Dies gelte sowohl für gewerblich geprägte als auch für gewerblich tätige GmbH & Co. KGs. Soweit die Grundstücke zur dauernden Nutzungsüberlassung bestimmt sind, gehören sie zum Anlagevermögen. Nach Auffassung des BFH hat die GmbH & Co. KG keinen gewerblichen Grundstückshandel betrieben. Es handelte sich zunächst bei der Einbringung um Anlagevermögen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes. Die bloße Parzellierung bisher landwirtschaftlich genutzter Grundstücke und die Veräußerung zahlreicher Parzellen an verschiedene Erwerber mit erheblichem Gewinn führt nicht automatisch zum gewerblichen Grundstückshandel, sondern kann auch ein landwirtschaftliches Hilfgeschäft sein. Das Stadium eines gewerblichen Grundstückshandels wird dann nach BFH erreicht, wenn der Unternehmer über die Parzellierung und Veräußerung hinausgehende Aktivitäten entfaltet, die darauf gerichtet sind, den zu veräußernden Grundbesitz zu einem Objekt anderer Marktgängigkeit zu machen (Rdnr. 25 der Urteilsgründe), was im entschiedenen Fall nicht gegeben war. Das einzige von der Klägerin angeschaffte Grundstück sollte unstreitig auf Dauer Betriebsvermögen bleiben. Da die Grundstücke bis zum Verkauf weiter landwirtschaftlich genutzt wurden, konnte eine Rücklage nach § 6 b im vorliegenden Fall anerkannt werden. Diese Entscheidung kann als Leitbild für alle Fälle genommen werden, in denen bei Baulanderschließung der gewerbliche Grundstückshandel vermieden werden soll⁸.

⁵ BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98, NJW 2002, 1518.

⁶ Im Regelfall erfolgt ansonsten diese Zurechnung, siehe BFH vom 19.2.2009, IV R 10/06, DStR 2009, 737; Kempermann, DStR 2009, 1725 ff.

⁷ BFH vom 9.9.2010, IV R 22/07, BFH/NV 2011, 31.

⁸ Siehe dazu auch BFH, Urteil vom 20.4.2006, III R 1/05, BStBl II 2007, S. 375; BFH vom 8.11.2007, IV R 34/05, BStBl II 2008, S. 231; BFH vom 8.11.2007, IV R 35/06, BStBl II 2008, S. 359.

4. Abschirmwirkung einer GmbH

Im Schrifttum⁹ wird unter Berufung auf den Beschluss des Großen Senats¹⁰ zum Durchgriff durch Personengesellschaften auch eine Zurechnung der Verkäufe einer Kapitalgesellschaft zu den Grundstücksaktivitäten ihrer Gesellschafter für möglich gehalten. Der Große Senat des BFH hat sich zu dieser Frage indessen nicht geäußert. Der III. und der IV. Senat des BFH¹¹ haben sich in einem obiter dictum dahingehend festgelegt, dass sie dazu neigen, sie wegen der steuerrechtlichen Selbständigkeit von Kapitalgesellschaften zu verneinen. Im Grundsatz ist daher nach derzeitigem Kenntnisstand im Regelfall eine Zurechnung von der Kapitalgesellschaft zu ihrem Gesellschafter abzulehnen. Veräußerungen von Grundbesitz durch Kapitalgesellschaften haben mithin im Grundsatz im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels Abschirmwirkung für den Gesellschafter.

In einer Entscheidung des IV. Senats vom 17.3.2010¹² hatte eine Gruppe von Eigentümern ihr Grundstücksvermögen in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) organisiert. Auf einem Teil des Gesamtareals sollten 45 Eigentumswohnungen erstellt und verkauft werden. Zu diesem Zwecke veräußerte die GbR den dafür erforderlichen Grundstücksmitteigentumsanteil an eine neu gegründete GmbH, die anschließend als Bauträgergesellschaft die abschließende Projektplanung, Durchführung und den Vertrieb durchführte. Die Einkünfte der GmbH waren selbstverständlich gewerblich. Der BFH hat darüber hinaus in dem zu entscheidenden Einzelfall die Abschirmwirkung der GmbH für diese Gestaltung anerkannt. Die Tätigkeit der GbR, die im Übrigen selbst nicht gewerblich war, wurde auf diese Art und Weise nicht in eine gewerbliche Tätigkeit umqualifiziert. Tragender Grund des BFH war, dass die Einschaltung der GmbH nicht aus steuerrechtlichen Gründen (ausschließlich) erfolgte, sondern vor allem der Haftungsabschirmung für die risikoreichere Bebauung und Veräußerung der Wohnung diene. Damit hatte die GmbH eine eigene wesentliche Funktion. Ein Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO wurde vom BFH in der genannten Entscheidung abgelehnt.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass andere Senate des BFH diese Frage strenger beurteilen¹³.

II. Neues zu § 17 EStG

1. Verfassungswidrigkeit der rückwirkenden Herabsetzung der Wesentlichkeitsschranke und BMF vom 20.12.2010

In drei Entscheidungen vom 7.7.2010 hat das BVerfG¹⁴ sich mit Fragen der rückwirkenden Verschärfung von Gesetzen

⁹ Weber-Grellet, DStR 1995, 1341; vgl. auch ders. in Schmidt, EStG, § 15 Rdnr. 75 mit zahlreichen Nachweisen; Altfelder, FR 2000, 349, 368; a. A. Meyer-Scharenberg/Fleischmann, DStR 1995, 1409; Hofer, DStR 2000, 1635, 1637.

¹⁰ BFH vom 3.7.1995, GrS I/93, BStBl II 1995, S. 617 ff.

¹¹ BFH vom 25.1.1996, IV R 76/92, BFH/NV 1996, 678; BFH vom 20.5.1998, III B 9/98, BStBl II 1998, S. 721 ff. Ebenso im Grundsatz OFD Düsseldorf vom 9.7.1997, DStR 1997, 1208; Moritz, DStR 2005, 2010, 2012; Stuhmann in Blümich, EStG, § 15 Rdnr. 186.

¹² BFH vom 17.3.2010, IV R 25/08, DStR 2010, 1022.

¹³ So auch Hartrott, BB 2010, 2271 ff.

¹⁴ BVerfG vom 7.7.2010, 2 BvL 1/03, 2 BvL 57/06, 2 BvL 58/06, DStR 2010, 1736 = DStRE 2010, 1086 = NJW 2010, 3638 – zu § 24, 34 EStG; BVerfG vom 7.7.2010, 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, DStR 2010, 1733 = DStRE 2010, 1086 = NJW 2010, 3634 – zu § 17 EStG; BVerfG vom 7.7.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, DB 2010, 1858 = DStR 2010, 1727 = DStRE 2010, 1086 = NJW 2010, 3629 zu § 23 EStG. Siehe dazu Spindler, Stbg 2010, 531; Werth, DStZ 2010, 717; Gelsheimer/Meyen, DStR 2011, 193.

befasst und jeweils das Rechtsstaatsprinzip gestärkt. Der Gesetzgeber hatte die für die Steuerbarkeit von Veräußerungsgewinnen maßgebliche Beteiligungsschwelle des § 17 EStG durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 zunächst von 25 % auf 10 % und später durch das StSenkG 2000 auf 1 % abgesenkt. Damit wurden auch Anteile steuerverstrickt, deren Veräußerung vor der jeweiligen Gesetzesänderung steuerfrei gewesen wäre. Das BVerfG hat diese unechte Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung) insoweit für verfassungswidrig erklärt, als damit auch Wertsteigerungen erfasst sind, die bereits vor Änderung des Gesetzes eingetreten, jedoch noch nicht realisiert worden waren. Das BMF hat auf diese Entscheidungen mit Anwendungsschreiben reagiert, die die daraus zu ziehenden Konsequenzen schildern¹⁵. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Waren Anteile bereits vor Verkündung des StEntlG 1999/2000/2002 steuerverstrickt, so besteht weiterhin uneingeschränkte Steuerpflicht.
- War eine Steuerverstrickung zuvor noch nicht gegeben, da der Anteil weniger als 25 % betrug, so sind Veräußerungsgewinne nur insoweit steuerbar, als sie auf Wertsteigerungen nach Inkrafttreten des StEntlG beruhen. Grundsätzlich berechnet sich der steuerbare Anteil aus der Differenz des Veräußerungserlöses zum Wert der Beteiligung am Stichtag der Verkündung des Gesetzes. Für börsennotierte Wertpapiere ist in der Regel der Börsenkurs am Stichtag anzusetzen. Bei anderen Beteiligungen ohne leicht feststellbaren Marktwert kann die Wertsteigerung aus Vereinfachungsgründen linear auf die Dauer der Haltefrist verteilt werden, sofern dies nicht erkennbar unsachgemäß ist oder der Steuerpflichtige einen anderen Wertsteigerungsverlauf nachweist. Diese Feststellungslast für steuerpflichtige Gewinne trifft die Finanzverwaltung¹⁶.
- Liegt der Wert der Beteiligung am Stichtag unter den historischen Anschaffungskosten, so sind weiterhin diese maßgeblich. Dasselbe gilt für Veräußerungen mit Verlust¹⁷.

Die Verkündung des StEntlG 1999/2000/2002 ist am 31.3.1999 erfolgt.

Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend für die Herabsetzung der Beteiligungsgrenze von 10 % auf 1 % durch das StSenkG 2000 (BMF unter D). Zweifelhaft ist insoweit nur die Frage, auf welchen Zeitpunkt für den Eintritt des Vertrauensschutzes abzustellen ist (Verkündung am 26.10.2000 oder gesetzgeberisch geplantes Inkrafttreten am 1.1.2002). Das BVerfG stellt zum StEntlG 1999/2000/2002 auf den Tag der Verkündung ab.

2. Nachträgliche Anschaffungskosten

Bei Darlehen an Gesellschaften, deren Anteile im Betriebsvermögen des Darlehensgebers gehalten werden (etwa bei Ausreichung eines Darlehens durch die Besitz- an die Betriebsgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung), betrachtet der BFH die Darlehensforderung als eigenständiges und damit abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut.¹⁸ Umgekehrt

¹⁵ Für § 17 EStG ist maßgeblich BMF vom 20.12.2010, IV C 6 – S 2244/10/10001, DStR 2011, 29 = SIS 10 40 47.

¹⁶ BFH vom 25.11.2010, IX R 47/10, DStR 2011, 620.

¹⁷ Dazu Schmidt/Renger, DStR 2011, 693, 695 ff.

¹⁸ BFH vom 20.4.2005, X R 2/03, BStBl II 2005, S. 694; zur Anwendung des Teilabzugsverbots des § 3 c EStG auf Darlehensforderungen im Betriebsvermögen siehe unten VII. 2.

gilt dies nicht, wenn der Darlehensgeber die Gesellschaftsanteile im Privatvermögen hält¹⁹. Da Überschusseinkünfte nicht durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt werden, bliebe eine Wertminderung des Darlehens steuerlich grundsätzlich unbeachtlich. Bei der Beurteilung der gleichwohl anzuerkennenden gesellschaftsrechtlichen Veranlassung als Grund für die Abzugsfähigkeit als nachträgliche Anschaffungskosten hat sich der BFH vor Inkrafttreten des MoMiG am Eigenkapitalersatzrecht des Gesellschaftsrechts orientiert.²⁰ Dieses ist mit dem MoMiG abgeschafft worden²¹. Stattdessen sind Gesellschafterdarlehen grundsätzlich nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Insolvenz nachrangig zu bedienen und Rückzahlungen an den Gesellschafter in bestimmten Fällen nach § 135 InsO anfechtbar²².

Da Gesellschafterdarlehen nunmehr grundsätzlich dem besonderen insolvenzrechtlichen Beschlag unterliegen, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, werden möglicherweise nach neuem Recht bei Ausfall von Gesellschafterdarlehen stets nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung i. S. d. § 17 EStG entfallen. Der Ausfall eines Gesellschafterdarlehens außerhalb des Kleinbeteiligungsprivilegs und des Sanierungsprivilegs sollte daher nach überzeugender Ansicht in voller Höhe des Nominalbetrags des ausgefallenen Darlehens zu nachträglichen Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG führen.²³

Diese Ansicht ist allerdings bestritten²⁴. Das BMF hat mit Schreiben vom 21.10.2010²⁵ zu erkennen gegeben, dass es grundsätzlich an der Rechtsprechung des BFH vor Inkrafttreten des MoMiG festhalten möchte²⁶. Damit ist weiterhin zwischen folgenden Fallgruppen zu differenzieren:

- Der Ausfall des in der Krise hingegebenen Darlehens ist in voller Höhe als nachträgliche AK zu berücksichtigen.
- Im Falle eines „stehen gelassenen“ Darlehens ist nach BMF grundsätzlich der gemeine Wert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis nicht abzieht. Nach der neuen, durch das MoMiG geschaffenen Rechtslage kann allerdings ein „stehen gelassenes“ Darlehen begrifflich nur noch dann vorliegen, wenn die Krise zeitlich vor dem Beginn des Anfechtungszeitraums nach § 6 AnfG entstanden ist. Ist die Krise erst nach dem Beginn des Anfechtungszeitraums entstanden, ist nach BMF die Fallgruppe der „krisenbestimmten“ Darlehen anzuwenden
- Beim krisenbestimmten Darlehen erklärt der Gesellschafter schon vor dem Eintritt der Krise mit bindender Wirkung gegenüber der Gesellschaft oder den Gesell-

schaftsgläubigern, dass er das Darlehen auch im Falle einer Krise stehen lassen werde. Ein Ausfall des Darlehens ist dann zum Nennwert anzusetzen. Beruht die Krisenbindung des Darlehens dagegen allein auf den gesetzlichen Neuregelungen der InsO und des AnfG aufgrund des MoMiG, bestimmen sich die nachträglichen Anschaffungskosten nur nach dem gemeinen Wert im Zeitpunkt des Beginns des Anfechtungszeitraums.

- Das Finanzplandarlehen ist nach Gesellschaftsrecht den Einlagen gleichgestellt²⁷. Dementsprechend sind nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung in Höhe des Nennwertes berücksichtigungsfähig.
- Soweit das Kleinbeteiligungsprivileg²⁸ eingreift, werden keine nachträglichen Anschaffungskosten anerkannt.
- Soweit das Sanierungsprivileg²⁹ eingreift, werden gleichwohl nachträgliche Anschaffungskosten anerkannt, weil die gegenteilige Ansicht den vom Gesetzgeber angestrebten Sanierungsanreiz vereiteln würde. Insoweit laufen das Gesellschaftsrecht und das Steuerrecht auseinander.

Eine besondere Brisanz erhält die vorstehende Diskussion durch die ab dem 1.1.2009 geltende Abgeltungsteuer³⁰. Denn bei Forderungen, die ab dem 1.1.2009 erworben wurden, zählt auch der Gewinn aus der Veräußerung privater Kapitalforderungen jeder Art i. S. d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob dann spiegelbildlich auch der Verlust aus dem Ausfall der Darlehensforderung zu einer entsprechenden Einkommensauswirkung führt. Da jedoch im positiven Sinne Wertsteigerungen von Forderungen vollständig einer Besteuerung unterworfen werden, muss dies auch für Veräußerungsverluste gelten, was im Falle der Einlösung zu Null Euro der Fall wäre.³¹

Nach § 20 Abs. 8 EStG sind die Einkünfte aus Kapitalvermögen grundsätzlich subsidiär zu den Einkünften nach § 17 EStG. In der Literatur wird daher teilweise für den Vorrang des § 17 EStG plädiert.³² Insoweit wird die weitere Entwicklung abzuwarten bleiben. Das BMF nimmt in seinem Schreiben vom 22.12.2009 eine ablehnende Haltung zu diesem Fragenkreis ein, indem es unter Rdnr. 60 ff. den Forderungsausfall oder die Veräußerung nach Wertminderung nicht als verlustrealisierendes Veräußerungsgeschäft ansieht.³³

3. Nachträglicher Schuldzinsenabzug

Soweit bisher Schulden in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Anschaffung eines GmbH-Geschäftsanteils standen und der Steuerpflichtige hierauf Zinsen zu leisten hatte, so entsprach es der herrschenden Auffassung, dass ein nachträglicher Schuldzinsenabzug nach Verlust der GmbH-Beteili-

¹⁹ Bode, DStR 2009, 1781.

²⁰ BFH vom 27.10.1992, VIII R 87/89, BStBl II 1993, S. 340; BFH vom 4.11.1997, VIII R 18/94, BStBl II 1999, S. 344; Plewka/M. Söffing, NJW 2001, 3088, 3093 m. w. N.

²¹ Bayer/Graff, DStR 2006, 1654 ff.; K. Schmidt, GmbHR 2007, 1072 ff.; ders., ZIP 2006, 1925 ff.; ausführlich zu den steuerlichen Folgen: Bode, DStR 2009, 1781; Crezelius, NZI 2010, 90; Wiese/Möller, GmbHR 2010, 462; Hölzle, DStR 2007, 1185; C. Fuhrmann, NWB 2009, 3990.

²² Mock, DStR 2008, 1645 ff.; Tillmann, GmbHR 2006, 1289 ff.; Wälzholz, DStR 2007, 1914 ff.

²³ Dazu ausführlich Hölzle, DStR 2007, 1185 ff.; auch Tillmann/Schiffers/Wälzholz, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 1582 ff.

²⁴ So Hoffmann, GmbH-StB 2007, 258, 259; Waclawik, ZIP 2007, 1838, 1841; Groh, FR 2008, 264, 267.

²⁵ BMF vom 21.10.2010, IV C 6, BStBl I 2010, S. 832 = MittBayNot 2011, 90.

²⁶ Siehe dazu Fuhrmann, KÖSDI 2011, 17317 ff.

²⁷ Ob dies allerdings gesellschaftsrechtlich noch gilt, ist keineswegs sicher. Gesellschaftsrechtlich ist dieser Teil des BMF-Schreibens zweifelhaft! Der BGH hat diese Frage in seiner Entscheidung STAR 21 offengelassen, siehe BGH vom 20.9.2010, II ZR 296/08, GmbHR 2010, 1204.

²⁸ Siehe BFH vom 2.4.2008, IX R 76/06, BStBl II 2008, S. 706.

²⁹ Siehe BFH vom 19.8.2008, IX R 63/05, BStBl II 2009, S. 5.

³⁰ Niemeyer/Stock, DStR 2011, 445.

³¹ Anderer Ansicht hingegen Neumann, GmbH-StB 2008, 361, 363; wie hier hingegen Ott, auf der 48. Steuerfachtagung – Celle 2009 vom 22.–24.9., S. 29 der Tagungsunterlage.

³² So Neumann, GmbH-StB 2008, 361, 364.

³³ BMF vom 22.12.2009, IV C 1, BStBl I 2010, S. 94, geändert durch BMF vom 16.11.2010, BStBl I, S. 1305.

gung im Privatvermögen ausschied.³⁴ Der nachträgliche Schuldzinsenabzug wurde traditionell im Betriebsvermögen und im Privatvermögen unterschiedlich behandelt. Mit Urteil vom 16.3.2010³⁵ hat der BFH nunmehr seine Auffassung geändert, weil der Gesetzgeber die Besteuerung von Veräußerungen aus Kapitalgesellschaftsanteilen im Rahmen des § 17 EStG wesentlich ausgeweitet hat. Zumindest soweit eine Beteiligung von mind. 1 % am Stammkapital vorliegt und damit eine Steuerpflicht nach § 17 EStG besteht, lässt der BFH nunmehr auch den nachträglichen Schuldzinsenabzug zu, auch wenn die Gesellschaftsbeteiligung bereits verloren gegangen war.

Voraussetzung hierfür ist, dass eine Beteiligung i. S. d. § 17 Abs. 1 EStG vorlag,

- die Zinsaufwendungen im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb standen,
- die Beteiligung voll entgeltlich veräußert wurde oder die Gesellschaft aufgelöst wurde und
- der Verkaufs- oder Liquidationserlös nicht ausreicht, um das Darlehen zu tilgen.³⁶

Während die BFH-Entscheidung sich noch auf Zeiten vor Inkrafttreten der Abgeltungsteuer bezog, stellt sich nunmehr die Frage, welche weitergehenden Auswirkungen über den vom BFH entschiedenen Fall hinaus zu berücksichtigen sind. Bei allen Sachverhalten nach Inkrafttreten der Abgeltungsteuer ist beachtlich, dass die Schuldzinsen nicht im Zusammenhang mit Einkünften nach § 17 EStG stehen, sondern nach Auffassung des BFH in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Damit gilt ab Inkrafttreten der Abgeltungsteuer das Abzugsverbot nach § 20 Abs. 9 EStG. Für die Geltendmachung der nachträglichen Schuldzinsen ist es daher erforderlich, dass der Gesellschafter an der Gesellschaft zu mind. 25 % beteiligt war oder zu mind. 1 % beteiligt war und beruflich für die Gesellschaft tätig war und zur Regelbesteuerung (Teileinkünfteverfahren zu 60 %) optiert hat, § 32 d Abs. 2 Nr. 3 EStG. Diese Option hat zu erfolgen vor dem Jahr des Verlusts der Beteiligung; anderenfalls geht sie ins Leere.

III. Aktuelle Entscheidungen zu Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG

Nachfolgende Entscheidungen zu Versorgungsleistungen betreffen sämtlich Sachverhalte vor dem 1.1.2008, also vor Inkrafttreten der gesetzlichen Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG. Gleichwohl lassen sich daraus wesentliche Schlussfolgerungen für die Auslegung des aktuell gültigen Gesetzes ziehen.

1. Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen

In seiner Entscheidung vom 6.5.2010³⁷ bestätigt der BFH die auch im Übrigen von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung, dass unentgeltliche Versorgungsleistungen (früher dauernde Last) voraussetzen, dass nicht nur ein Gesellschaftsanteil an einer Mitunternehmensgesellschaft, sondern ein Mitunternehmeranteil oder Teilanteil an einem Mitunternehmeranteil

übertragen wird.³⁸ Dies bedeutet, dass keine wesentlichen Betriebsgrundlagen zurückbehalten werden dürfen, auch wenn sich diese im Sonderbetriebsvermögen des übertragenden Gesellschafters befinden. Der BFH vertritt ausdrücklich eine parallele Auslegung des § 7 Abs. 1 EStDV (nunmehr § 6 Abs. 3 EStG³⁹) und dem Recht der Versorgungsleistungen. Fehlt es mangels Mitübertragung wesentlichen Sonderbetriebsvermögens an einer Buchwertfortführung gemäß § 6 Abs. 3 EStG (früher § 7 EStDV), handelt es sich um ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft und nicht um eine unentgeltliche Vermögensübertragung unter Vorbehalt von Versorgungsleistungen.⁴⁰ Die gewinnabhängige Zahlungsverpflichtung des Erwerbers ist von diesem zu passivieren. Der gewinnabhängige Zahlungsanspruch des Veräußerers ist ohne Gewährung eines Wahlrechts zur Sofortbesteuerung erst dann als nachträgliche Betriebseinnahme zu versteuern, wenn und soweit die Summe der gewinnabhängigen Entgelte den diesem Realisationsakt zuzuordnenden Teil des Schlusskapitalkontos übersteigt.

2. Tatsächliche Durchführung von Versorgungsleistungen

In zwei Entscheidungen vom 15.9.2010⁴¹ hat der BFH sich mit der tatsächlichen Durchführung von Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG auseinandergesetzt. Versorgungsleistungen sind in der Regel Verträge zwischen nahen Angehörigen. Neben der zivilrechtlichen Wirksamkeit setzen sie typischerweise die tatsächliche Durchführung des Vereinbarten und die Einhaltung fremdüblicher Maßstäbe voraus.⁴² Der bloße Umstand der Nichtdurchführung der Wertsicherungsklausel allein führt noch nicht zur Nichtanerkennung der Versorgungsleistungen⁴³. Kommen weitere Umstände hinzu, so kann dies ein Indiz für den nicht bestehenden Rechtsbindungswillen sein, was zur vollständigen Nichtanerkennung der Versorgungsleistungen führt.

In seiner Entscheidung X R 31/09 hat es der BFH als unschädlich angesehen, wenn zunächst in der Folge eines Übergabevertrages nur für 5 Monate genau der vereinbarte Zahlungsbetrag gezahlt werde und anschließend für fast ein Jahr ein geringfügig höherer Betrag, dann für einige Monate nur die Hälfte und schließlich wieder ein geringfügig höherer bzw. niedrigerer Betrag als ursprünglich vereinbart gezahlt wurde. Der BFH erkannte einen Rechtsbindungswillen der Beteiligten an, weil die Zahlungen nicht völlig bzw. nur für einen kurzen Zeitraum ausgesetzt worden seien und den Veränderungen Vereinbarungen mit dem Versorgungsempfänger zugrunde gelegen hätten. Der BFH legt den Steuerpflichtigen

³⁸ So auch der IV. Rentenerlass vom 11.3.2010, IV C 3 – S 2221/09/10004, DStR 2010, BStBl I 2010, S. 227 = DStR 2010, 545 in Tz. 8. Siehe zum neuesten Rentenerlass *Grün*, NWB 2010, 1042; *Seitz*, DStR 2010, 629; *Wälzholz*, DStR 2010, 850.

³⁹ Dazu BMF vom 3.3.2005, ZEV 2005, 200 = BStBl I 2005, S. 458 = GmbHR 2005, 503 = DB 2005, 52 = DStR 2005, 475 = GmbH-StB 2005, 104. Vgl. dazu *Emmrich/Kloster*, GmbHR 2005, 448; *Geck*, ZEV 2005, 196; *Kai*, DB 2005, 794; *Neufang*, BB 2005, 1595; *Neumann*, EStB 2005, 140; *Rogall/Stangl*, DStR 2005, 1073; *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 139 ff.; *Wendt*, FR 2005, 468; *Winkeljohann/Stegemann*, BB 2005, 1416.

⁴⁰ Ausführlich zur Abgrenzung entgeltlich/unentgeltlich, auch im Hinblick auf die Schenkungsteuer: *Levedag*, GmbHR 2010, 855.

⁴¹ BFH vom 15.9.2010, X R 13/09, BFHE 231, 116 und BFH vom 15.9.2010, X R 31/09, BFH/NV 2011, 583.

⁴² St. Rspr. Nachw. bei *Pahlke/Koenig*, AO, 2. Aufl. 2009, § 41 Rdnr. 21 ff.

⁴³ BFH vom 3.3.2004, X R 14/01, BStBl II 2004, S. 826 = DStR 2004, 854.

³⁴ BFH vom 19.1.1993, VIII R 74/91; BFH vom 27.3.2007, VIII R 64/05, BStBl II 2007, S. 639; siehe zu dieser Problematik auch *Fuhrmann*, NWB 2010, 2942.

³⁵ BFH vom 16.3.2010, VIII R 20/08, BStBl II 2010, S. 787; dazu *Hindersmann/Morich*, StuB 2010, 696 ff.

³⁶ Vgl. *Fuhrmann*, NWB 2010, 2942, 2944.

³⁷ BFH vom 6.5.2010, IV R 52/08, GmbHR 2010, 877.

jedoch nahe, bei Abweichungen vom ursprünglich Vereinbarten die Veränderung schriftlich zu vereinbaren und vor allem zu begründen, da nur so nachgewiesen werden könne, dass die Änderung der Höhe des Zahlbetrages durch eine Änderung der Verhältnisse gerechtfertigt und nicht willkürlich sei.

In seiner Entscheidung X R 13/09 hat der BFH dagegen die Anerkennung der Versorgungsleistungen verneint. In diesem Fall hatten die Vertragsteile für einen Zeitraum von 17 Monaten ohne rechtliche Grundlage keinerlei Versorgungsleistungen mehr erbracht, sondern die Versorgungsleistungen nach einer wirtschaftlichen Krise des Unternehmens willkürlich nicht wieder aufgenommen. Die spätere Aufnahme der Versorgungsleistungen nach Ablauf der 17 Monate wurde vom BFH nicht mehr anerkannt. Damit folgt der BFH ausdrücklich der Auffassung des BMF vom 11.3.2010⁴⁴.

Zur Vermeidung von Anerkennungsschwierigkeiten ist den Beteiligten stets zu empfehlen, die Vereinbarungen möglichst wortlautgetreu anzuwenden und bei späteren Anpassungen diese nachweisbar, klar und eindeutig zu vereinbaren.

3. Nachträgliche Vermögensumschichtung

a) BFH vom 17.3.2010 – Grundsatz und Übergangsregelung

In seiner Entscheidung vom 17.3.2010⁴⁵ hatte der BFH sich mit nachträglichen Vermögensumschichtungen⁴⁶ in Altfällen im Rahmen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auseinanderzusetzen. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem der Übergeber eine Landwirtschaft an zwei Kinder übergab. Zunächst wurde eine dauernde Last i. H. v. 1.900 DM monatlich vereinbart. Bei der Übergabe wurde bereits die Zustimmung zur Veräußerung der Flurstücke 16 und 21 erteilt. Für den Fall der Veräußerung sollte sich der monatliche Zahlbetrag von 1.900 DM auf 6.000 DM erhöhen. In den beiden Flurstücken befand sich ausbeutefähiges Sand- und Kiesvorkommen. In nahem zeitlichem Zusammenhang wurden die Flurstücke 16 und 21 veräußert und ein Kaufpreis i. H. v. 2,9 Mio. DM realisiert, der teilweise längerfristig gestundet wurde.

Nach Ansicht des BFH handelt es sich zunächst um die Übertragung einer begünstigten Wirtschaftseinheit (landwirtschaftlicher Betrieb) und bei den Zahlungen um Versorgungsleistungen. Es besteht die Vermutung, dass die vereinbarten Zahlungen aus dem Betrieb erwirtschaftet werden können. Diese Vermutung war im vorliegenden Fall nicht widerlegt.

Nach altem Recht wurde es zudem anerkannt, ertragsloses Vermögen, wie hier den Bodenschatz, zu übertragen mit der konkreten Vereinbarung der Umschichtung in eine ertragbringende Wirtschaftseinheit. Dies wird nach neuem Recht voraussichtlich nicht mehr anerkannt werden, zumindest wird es von der Finanzverwaltung abgelehnt.⁴⁷

Für den Fall, dass der verbleibende Restbetrieb nicht hinreichende, konkret ermittelte Erträge abwirft, um die Versorgungsleistungen von 6.000 DM zu erwirtschaften, ist in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob die Versorgungsleistungen unter Hinzurechnung einer neu erworbenen ertragbringenden Wirtschaftseinheit erwirtschaftet werden können, da die Um-

schichtung von ertragbringendem in anderes ertragbringendes Vermögen nach der Vermögensübergabe grundsätzlich zulässig ist. Im vorliegenden Fall wurde der Bodenschatz in eine Kaufpreisforderung umgewandelt, die in einen Tilgungsanteil und einen Zinsanteil aufzuspalten war. Die Zinsanteile der Kaufpreisforderung können daher nach Auffassung des BFH zur Ermittlung der ausreichenden ertragbringenden Wirtschaftseinheit herangezogen werden.

Dieser letzte Gesichtspunkt ist auf neue Übergabefälle ab dem 1.1.2008 nicht übertragbar, weil eine Umschichtung von der Finanzverwaltung nur anerkannt wird, wenn die Zielwirtschaftseinheit ebenfalls begünstigt i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG ist.⁴⁸ Dies wäre im vorliegenden Fall nicht der Fall.

Gleichwohl ist die vorstehend geschilderte Entscheidung des BFH vom 17.3.2010 für alle Umschichtungsfälle mit Vermögensübergabe vor dem 1.1.2008 maßgeblich und entscheidungsrelevant, weil die Finanzverwaltung im IV. Rentenerlass in Tz. 88 (BStBl I 2010, S. 227) folgende Übergangsregelung⁴⁹ erlassen hat: Wurde vor dem 1.1.2008 rechtswirksam eine Vermögensübergabe im Zusammenhang mit Versorgungsleistungen vereinbart und wird das begünstigte Vermögen nach dem 31.12.2007 nachträglich umgeschichtet, ist die nachträgliche Umschichtung nach den Regelungen in den Rdnr. 28 ff. des BMF-Schreibens⁵⁰ vom 16.9.2004 zu beurteilen. Es ist in diesen Fällen nicht erforderlich, dass in Vermögen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG in der Fassung des JStG 2008 umgeschichtet wird. Anders wäre dies nur, wenn vor dem 1.1.2008 eine nicht ertragbringende Vermögenseinheit übertragen worden wäre mit der Verpflichtung, diese in eine konkrete ertragbringende Vermögenseinheit umzuschichten. Wäre dies nach dem 1.1.2008 erfolgt, so wären die Regelungen des JStG 2008 zu beachten.

b) BFH vom 8.12.2010 – Veräußerung ohne eigene Umschichtung

In einem anderen vom BFH am 8.12.2010 zu entscheidenden Sachverhalt⁵¹ hatten die Eltern im Jahre 1998 an die Klägerin drei ertragbringende Grundstücke überlassen gegen Schuldübernahme und Zahlung von Versorgungsleistungen i. H. v. 3.000 bzw. 3.500 DM. Die Grundstücke veräußerte die Klägerin innerhalb eines Jahres nach der Überlassung und stellte den gesamten Verkaufserlös unentgeltlich ihrem Ehegatten für dessen landwirtschaftlichen Betrieb zur Verfügung.

Die Anerkennung als Versorgungsleistungen (damals noch dauernde Last) wurde sowohl von der Finanzverwaltung als auch von FG und BFH abgelehnt. Zwar bestätigt der BFH wiederum, dass auch die Umschichtung einer ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit in ein anderes ausreichend ertragbringendes Vermögen grundsätzlich zulässig sei. Da die Ehefrau jedoch für die Überlassung des Veräußerungserlöses an ihren Ehegatten keinerlei Gegenleistung (etwa in Form einer Gewinnbeteiligung) erhielt, sei keine Umschichtung in eine andere ertragbringende Einheit erfolgt. Die bloß mittelbare Partizipation der Ehefrau an den Gewinnen ihres Ehemannes in Form erhöhten Unterhalts oder über den Zugewinnausgleich reiche hierfür nicht. Dies gilt auch nach neuem Recht, wenn es sich jeweils um betriebliche Einheiten gehandelt hätte.

⁴⁴ BStBl I 2010, S. 227, Tz. 63.

⁴⁵ BFH vom 17.3.2010, X R 38/06, NJW 2010, 3184.

⁴⁶ Siehe dazu *Stuhrmann* in Blümich, EStG, EStG § 22 Rdnr. 55–57; *Wälzholz*, DStR 2010, 850 ff.

⁴⁷ BMF-Schreiben vom 11.3.2010, IV C 3, S. 2221/09/10004, BStBl I 2010, S. 227, Tz. 36.

⁴⁸ BMF-Schreiben vom 11.3.2010, IV C 3, S. 2221/09/10004, BStBl I 2010, S. 227, Tz. 41.

⁴⁹ Dazu *Spiegelberger*, DStR 2010, 1880 ff.

⁵⁰ Abgedruckt in BStBl I 2004, S. 922.

⁵¹ BFH vom 8.12.2010, X R 35/10, ErbBstg 2011, 93.

c) BFH vom 18.8.2010 – Umschichtung in nicht ausreichend ertragbringendes Vermögen

Schichtet ein Vermögensübernehmer das überlassene Vermögen in nicht ausreichend ertragbringende Wirtschaftsgüter um, sind nach Auffassung des BFH vom 18.8.2010⁵² die wiederkehrenden Leistungen auch dann nicht mehr als Sonderausgaben abziehbar, wenn die Beteiligten die geschuldeten Versorgungsleistungen an die Erträge der neu erworbenen Vermögensgegenstände anpassen. Im Fall hatte der Vermögensübernehmer den Veräußerungserlös zu einem erheblichen Anteil dazu verwandt, einen Kredit aus der Anschaffung des privaten Wohnhauses zu tilgen. Der Rechtsbindungswille aus dem Vermögensübergabevertrag sei mit der Herabsetzung der Versorgungsleistungen entfallen, da spätestens mit der Vertragsänderung der Vermögensübergabevertrag nicht mehr der Versorgung der Eltern gedient habe. Die Vereinbarung sei nicht anzuerkennen, weil die verringerte Leistungsfähigkeit nicht auf nach § 323 ZPO relevanten Umständen, sondern auf der Entscheidung beruhe, das übergebene Betriebsgrundstück zu veräußern. Steuerrechtlich sei davon auszugehen, dass bei einem entsprechenden Vorgehen der erforderliche Rechtsbindungswille fehle.

IV. Weitere ausgewählte Gerichtsentscheidungen

1. Übertragungen zwischen Schwesterpersonengesellschaften

Mit zwei einander entgegenstehenden Entscheidungen des I. und des IV. Senats zur Übertragung eines Wirtschaftsguts aus einer Personengesellschaft in das Gesamthandsvermögen einer personenidentischen Schwesterpersonengesellschaft unter Buchwertfortführung⁵³ bahnt sich ein Verfahren vor dem Großen Senat des BFH an. Den Ausgangspunkt stellt die BFH-Entscheidung des I. Senates vom 25.11.2009⁵⁴ dar. Danach führt die unentgeltliche Übertragung in das Betriebsvermögen einer beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaft zur Aufdeckung der in dem Wirtschaftsgut ruhenden stillen Reserven. Nach Ansicht des I. Senates wird der einen Mitunternehmerschaft ein Wert zunächst entnommen und anschließend in das Betriebsvermögen der Schwestergesellschaft im Wege der Einlage zugeführt. Die Entnahme bei der übertragenden Personengesellschaft sei mit dem Teilwert des entnommenen Wirtschaftsgutes anzusetzen. Hierdurch erfolge ein steuerpflichtiger Gewinn. Die Buchwertfortführung könne hingegen nicht auf § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG gestützt werden. Hinsichtlich des Wortlautes sei dies zweifelsfrei. Nur diese Auffassung entspreche der Verselbständigung der Gesamthandsvermögen der unterschiedlichen Mitunternehmerschaften. Die Gegenauffassungen, die verbreitet im Schrifttum vertreten werden, lehnt der I. Senat ab. Es fehle insoweit an einer planmäßigen Regelungslücke für eine Analogie. Pikant ist insoweit, dass die ausdrücklich zitierten Gegenstimmen der Rechtslehre vom BFH-Richter *Wendt*⁵⁵ sowie vom BFH-Richter *Wacker*⁵⁶ stammen. Dementsprechend verwundert es nicht, dass nunmehr der IV. Senat die erste Gelegenheit nutzt, einen Kontrapunkt zu setzen.

Dementsprechend äußert der IV. Senat in einem Eil-Verfahren die gegenteilige Rechtsauffassung und lehnt die Ansicht des

I. Senates ab. Der IV. Senat setzt sich mit der Zielsetzung des Gesetzgebers auseinander, erforderliche Umstrukturierungen von Personenunternehmen nicht übermäßig zu erschweren. Dies sei in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG normiert worden. Das entscheidende Argumentationstopos des IV. Senates besteht darin, dass bei der unentgeltlichen Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen beteiligungsidentischen Mitunternehmerschaften das Subjektsteuerprinzip nicht verletzt werde, weil diese weiterhin demselben Steuersubjekt zugeordnet bleiben. Der BFH sieht es insoweit als Gebot der Folgerichtigkeit an, § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG auch auf die Fälle der Übertragung zwischen personenidentischen Schwesterpersonengesellschaften auszudehnen. Es handele sich insoweit um eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes. Der IV. Senat des BFH deutet bereits an, ggf. eine Vorlage nach § 11 FGO an den Großen Senat vorzunehmen.

Der BMF hat sich der Auffassung des I. Senats des BFH angeschlossen⁵⁷.

Um gleichwohl Wirtschaftsgüter zwischen den Gesamthandsvermögen mehrerer personenidentischer Mitunternehmerschaften steuerneutral übertragen zu können, bleibt bei der momentanen Unsicherheit nur das sog. § 6 b – EStG – Modell. Dieses ist in R 6 b. 2 Abs. 6–8 EStR 2008 abgesichert. Zu diesem Zweck muss das Wirtschaftsgut des Anlagevermögens an die Schwestergesellschaft verkauft werden. Auch die Übertragung der stillen Reserven auf das identische, verkaufte Wirtschaftsgut ist zulässig⁵⁸.

2. Begünstigte Einbringung i. S. d. § 20 UmwStG bei Bargründung mit Betriebseinbringung als Agio

Beispiel:

Ein Gesellschafter ist an einer GmbH zu 10 % beteiligt. Er ist ferner Inhaber eines Einzelunternehmens oder eines Mitunternehmeranteils. Die Bewertung des Einzelunternehmens bzw. der Mitunternehmerschaft ist problematisch. Der Buchwert des Eigenkapitals der Wirtschaftseinheit liegt bei ca. 10 €. Der gemeine Wert der Wirtschaftseinheit wird von dem Inhaber sowie der GmbH und den Mitgesellschaftern auf ca. 1 Mio. € geschätzt. Um eine wertgerechte Vermögensverteilung zu erreichen, soll das Stammkapital der GmbH um 50.000 € erhöht werden. Die Beteiligten vereinbaren eine Barkapitalerhöhung, bei der der einbringende Gesellschafter sich verpflichtet, 50.000 € einzuzahlen und zusätzlich das Einzelunternehmen bzw. den Mitunternehmeranteil als Agio in die Gesellschaft einzubringen. Das Stammkapital soll dabei in voller Höhe durch das Bargeld aufgebracht werden.

In vorliegendem Fall, den das BMF in seinem neuesten Entwurf zum Umwandlungssteuererlass (Stand Mai 2011) ebenfalls übernimmt, hat der BFH es überzeugend ausreichen lassen, wenn die Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in der Weise erfolgt, dass einerseits das Stammkapital in voller Höhe in bar aufgebracht wird, andererseits aber im Einbringungs- und Kapitalerhöhungsbeschluss selbst bereits die Verpflichtung zur Einbringung der begünstigten Wirtschaftseinheit enthalten war.⁵⁹ Die bloße

⁵² BFH vom 18.8.2010, X R 55/09, DStR 2011, 256.

⁵³ BFH vom 25.11.2009, I R 72/08 und BFH vom 15.4.2010, IV B 105/09 = MittBayNot 2011, 82 m. Anm. *Spiegelberger*.

⁵⁴ DStR 2010, 269.

⁵⁵ *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 6 Rdnr. J 61–30; *Wendt*, FR 2003, 53, 64.

⁵⁶ *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 683.

⁵⁷ BMF-Schreiben vom 29.10.2010, IV C 6, S 2241/10/10002 :001, DStR 2010, 2303.

⁵⁸ BMF vom 29.2.2008, BStBl 2008 I, S. 495 = BB 2008, 606 = DB 2008, 551 = DStR 2008, 506 = FR 2008, 339; OFD Münster, Verfügung vom 2.4.2004, Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 12/2004, DStR 2004, 1041.

⁵⁹ BFH vom 7.4.2010, I R 55/09, DStR 2010, 1780.

Durchführung einer Barkapitalerhöhung ohne gleichzeitig eingegangene Verpflichtung zur Erbringung des Agios reicht hingegen nach den Entscheidungsgründen des BFH nicht! Denn entscheidende Grundlage für das Urteil des BFH ist, dass die Einbringenden die begünstigte Wirtschaftseinheit nicht unentgeltlich, sondern als Teil des für den Erwerb des GmbH-Geschäftsanteils zu entrichtenden Entgelts an die GmbH geleistet haben. Es liegen also Aufgelder vor⁶⁰, die neben der Verpflichtung zur Zahlung der Bareinlage geleistet werden mussten (sog. korporatives Agio). Damit war die Einbringungsverpflichtung Bestandteil des tauschähnlichen Einbringungsgeschäftes das für die Anwendung des § 20 UmwStG erforderlich ist. Entsprechende Sachverhalte sind ertragsteuerlich nach BFH in vollem Umfang als Veräußerung und nicht teilweise als verdeckte Einlage anzusehen.⁶¹

3. Zahlungen einer Familienstiftung an Familienangehörige als Einkünfte aus Kapitalvermögen

In seiner Entscheidung vom 3.11.2010⁶² hatte der BFH über die Besteuerung von Zahlungen einer Familienstiftung an Familienangehörige zu entscheiden. Der BFH hatte zu entscheiden, wann Gewinnausschüttungen einer Stiftung an ihre Destinatäre den Gewinnausschüttungen einer Dividende einer Kapitalgesellschaft vergleichbar sind. Der BFH schließt aus der Begründung zu § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG⁶³, dass nur solche Leistungen von § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG ausgeschlossen werden sollen, denen im weitesten Sinne eine Gegenleistung des Leistungsempfängers gegenübersteht. Auf eine Vermögensbeteiligung am Vermögen der Stiftung durch den Destinatär kommt es hingegen nicht an. Entscheidend ist aus Sicht des BFH, ob die Stellung der Destinatäre wirtschaftlich derjenigen eines Anteilseigners entspricht. Dies ist der Fall, wenn die Destinatäre Einfluss auf das Ausschüttungsverhalten nehmen können.

4. Verfassungskonforme Auslegung privater Veräußerungsgeschäfte

Mit Beschluss vom 7.7.2010⁶⁴ hat das BVerfG entschieden, dass die Verlängerung der Spekulationsfrist nach § 23 EStG von zwei auf zehn Jahre durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 grundsätzlich nicht zu beanstanden sei. Verfassungswidrig ist hingegen die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist durch ein Gesetz, das am 31.3.1999 verkündet wurde rückwirkend auf den 1.1.1999. Veräußerungsgeschäfte zwischen dem 31.3.1998 und dem 1.4.1999 sind daher steuerfrei, soweit im Zeitpunkt der Veräußerung bereits die zweijährige Veräußerungsfrist abgelaufen war.

Soweit die Veräußerung nach der Verkündung des Gesetzes, also ab dem 1.4.1999 erfolgt ist, ist die Besteuerung zwar grundsätzlich verfassungsgemäß; dies gilt nach Auffassung des BVerfG jedoch nicht für Wertsteigerungen, die bis zum 1.4.1999 entstanden sind, sofern bis dahin bereits die zweijährige Spekulationsfrist abgelaufen war. Ist die zweijährige Veräußerungsfrist am 31.3.1999 noch nicht abgelaufen gewesen, so muss der Gewinn nicht aufgeteilt werden, sondern kann unproblematisch uneingeschränkt der Besteuerung unterwor-

fen werden.⁶⁵ Für die zukünftige Gestaltungspraxis spielt diese BVerfG-Entscheidung und dieses BMF-Schreiben keine wesentliche Rolle mehr, weil jeder zukünftig verwirklichte Veräußerungsvorgang auf einer Anschaffung spätestens ab 2001 beruht.

V. Neues zum Versorgungsausgleich

1. Reform des Versorgungsausgleichs durch das Jahressteuergesetz 2010

Zur Besteuerung des Versorgungsausgleichs⁶⁶ finden sich im JStG 2010⁶⁷ folgende, im Wesentlichen redaktionellen Anpassungen, mit denen der Gesetzgeber im Wesentlichen Klarstellungen zu dem bisher teilweise ungenügenden Gesetz vorzieht:

Grundsätzlich setzt der Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 b EStG voraus, dass der Zahlungsempfänger unbeschränkt in Deutschland einkommensteuerpflichtig ist. Anderenfalls würde das Korrespondenzprinzip im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs nicht durchgehalten werden können. Das Abstellen allein auf eine unbegrenzte Einkommensteuerpflicht in Deutschland stellt jedoch eine unzulässige Einschränkung europarechtlicher Grundfreiheiten dar.⁶⁸ Daher wird in § 1 a Abs. 1 Nr. 1 b EStG eine Regelung eingeführt, wonach entsprechende Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs nach §§ 20, 21, 22 u. 26 VersAusglG auch dann als Sonderausgaben abziehbar sind, wenn der Ausgleichsberechtigte nicht unbeschränkt steuerpflichtig ist, aber zusätzliche EU/EWR-Voraussetzungen nach § 1 a Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 u. 3 EStG erfüllt sind (Aufenthalt des Empfängers in EU/EWR und Nachweis der Steuerpflicht der Zahlungen des Empfängers durch Behördenbescheinigung).

In § 9 a Satz 1 Nr. 3 EStG wird entsprechend der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers klargestellt, dass auch für die steuerpflichtigen Leistungen aus Versorgungsleistungen i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG und des Versorgungsausgleichs nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 b und Nr. 1 c (schuldrechtlicher Versorgungsausgleich⁶⁹) ein Werbungskostenpauschbetrag von 102 € gewährt wird.

§ 10 Abs. 1 Nr. 1 b EStG wird terminologisch dahingehend angepasst, dass nicht mehr vom schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, sondern von Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs nach den §§ 20, 21, 22 u. 26 des VersAusglG (sowie alten Ausgleichszahlungen) die Rede ist. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass auch die Fälle der Abtretung von Versorgungsansprüchen und die Ausgleichszahlung in Form einer Kapitalzahlung unter diese Norm fallen, also zum Sonderausgabenabzug führen.

Auch § 22 Nr. 1 c EStG wird an die Terminologie des Versorgungsausgleichsgesetzes angepasst. Die Steuerpflicht soll ferner unabhängig davon sein, ob sich der Abzug dieser Leistungen als Sonderausgaben beim Zahlungs- bzw. Ausgleichsverpflichteten steuerlich ausgewirkt hat.

Weitere Klarstellungen finden sich in § 22 Nr. 5 EStG, wonach eine Abgrenzung von geförderten und nicht geförderten

⁶⁰ Kritisch hinsichtlich des Agios als kautelarjuristisches Gestaltungsmittel: *Wachter*, DB 2010, 2137.

⁶¹ Siehe auch BFH vom 24.4.2007, I R 35/05, BStBl II 2008, S. 253; BFH vom 27.5.2009, I R 53/08, DStR 2009, 2661.

⁶² BFH vom 3.11.2010, I R 98/09, DStR 2011, 403.

⁶³ BT-Drucks. 14/6882, S. 35.

⁶⁴ BVerfG vom 7.7.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, DStR 2010, 1727.

⁶⁵ Siehe zum Ganzen BMF vom 20.12.2010, DStR 2011, 31.

⁶⁶ Siehe dazu *Münch*, SteuK 2010, 203 ff.; *Spieker*, FamFR 2010, 505 ff.; *Wälzholz*, DStR 2010, 465 ff.

⁶⁷ BGBl I 2010, S. 1768; Regierungsentwurf, BR-Drucks. 318/10.

⁶⁸ Siehe EuGH vom 31.3.2011, C-450/09 (Ulrich Schröder), DStR 2011, 664 zur Europarechtswidrigkeit von § 50 Abs. 1 Satz 3 EStG.

⁶⁹ Also Ausgleichsansprüche nach der Scheidung in der neuen Terminologie.

Beträgen im Falle einer internen Teilung nach § 10 Vers-AusglG bei der ausgleichsberechtigten Person mit dem Verteilungsschlüssel erfolgt, wie sie bei der ausgleichsverpflichteten Person im Zeitpunkt der Übertragung erfolgt wäre, wenn die interne Teilung nicht stattgefunden hätte.

2. Ausgleichszahlungen an den geschiedenen Ehegatten zur Vermeidung der Durchführung des Versorgungsausgleichs

In zwei Entscheidungen hat der BFH sich mit Ausgleichszahlungen zur Vermeidung des Verlustes von Versorgungsanwartschaften auseinandergesetzt.

In seiner Entscheidung vom 17.6.2010⁷⁰ bestätigt der BFH die bereits in der Vergangenheit vertretene Ansicht, nach der Ausgleichszahlungen zur Aufrechterhaltung ungekürzter beamtenrechtlicher Versorgungsbezüge als vorab entstandene Werbungskosten in vollem Umfang abzugsfähig sind. Maßgeblich ist insoweit das Zu- bzw. das Abflussprinzip des § 11 Abs. 1, Abs. 2 EStG, so dass die Aufwendungen im Jahr des Abflusses in voller Höhe bei dem Beamten als Werbungskosten abzugsfähig sind.

Genau umgekehrt fällt die Entscheidung des BFH vom 15.6.2010 aus.⁷¹ Im diesem Fall ging es um eine Versorgungsanwartschaft aus einer Betriebsrente und Ansprüche gegen eine Pensionskasse. Der Ausgleichsverpflichtete hatte sich im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung zur Zahlung eines Abfindungsbetrags an den ausgleichsberechtigten verpflichtet, um die Durchführung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs zu vermeiden. Nach Auffassung des BFH sind diese Abfindungszahlungen nicht als Werbungskosten abziehbar, da es am Veranlassungszusammenhang mit der Einkunftsart nichtselbständiger Einkünfte fehle. Der BFH begründet seine Entscheidung damit, dass im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs die Versorgungsbezüge gleichwohl stets weiterhin dem versorgungsberechtigten Ehegatten zuzurechnen seien und er lediglich zur Weiterleitung der entsprechenden Zahlungen an den anderen Ehegatten verpflichtet sei. Eine geleistete Abfindungszahlung könne daher auch nicht dem Zweck dienen, Ansprüche auf Versorgungsleistungen ungekürzt zu erhalten. Die Vereinbarung von Abfindungszahlungen empfiehlt sich daher allein im Anwendungsbereich des § 57 BeamtVG.

VI. BMF-Schreiben zur steuerrechtlichen Anerkennung von Darlehensverträgen zwischen Angehörigen

Mit dem BMF-Schreiben vom 23.12.2010⁷² ersetzt die Finanzverwaltung vorangegangene Schreiben, die sich mit der Frage der Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen, insbesondere bei Darlehensverträgen beschäftigten.⁷³ Das BMF-Schreiben ist auf alle noch nicht abgeschlossenen Sachverhalte anzuwenden.

Grundsätzlich sind Verträge zwischen Angehörigen nur anzuerkennen,

- wenn das Vertragsverhältnis zivilrechtlich wirksam abgeschlossen worden ist,
- die Vereinbarung tatsächlich durchgeführt wird und
- Vertragsinhalt und Durchführung des Vertrages dem zwischen Fremden üblichen entsprechen (Fremdvergleich).

Ist ein Vertrag formunwirksam abgeschlossen, so führt dies zwar nicht zwingend und ausnahmslos zur Nichtanerkennung des Vertragsverhältnisses. Es handelt sich jedoch um ein besonderes Indiz gegen den vertraglichen Bindungswillen der Vertragsteile.⁷⁴

Abgesehen von den vorstehenden allgemeinen Anforderungen an Verträge zwischen nahen Angehörigen sind bei Darlehensverträgen zwischen Angehörigen vor allen Dingen Folgen der Aspekte problematisch:

- Abgrenzung von einer Unterhaltsgewährung,
- Abgrenzung von einer verschleierte Schenkung der Darlehenszinsen,
- erforderliche Höhe der Zinsen,
- erforderliche Absicherung durch Personal- oder Realicherheiten bei längerfristigen Darlehen.

Vergleichsmaßstab für den Fremdvergleich ist nach BMF die übliche Vereinbarung zwischen fremdem Darlehensnehmer und einem Kreditinstitut. Grundsätzliche Anerkennungsvoraussetzung ist daher, dass

- eine Vereinbarung über die Laufzeit und über Art und Zeit der Rückzahlung des Darlehens getroffen worden ist,
- die Zinsen zu den Fälligkeitszeitpunkten entrichtet werden und
- der Rückzahlungsanspruch ausgleichend gesichert ist.⁷⁵

Als Sicherheiten sind sämtliche banküblichen Sicherheiten anzuerkennen, wobei ein konkreter Fremdvergleich durchzuführen ist.⁷⁶

Eine Ausnahme erkennt das BMF bei Darlehensverträgen zwischen volljährigen, voneinander wirtschaftlich unabhängigen Angehörigen an, wenn die Darlehensmittel aus Anlass der Herstellung oder Anschaffung von Vermögensgegenständen gewährt werden und ansonsten bei einem fremden Dritten hätten aufgenommen werden müssen. In diesem Fall kommt es nur entscheidend auf die tatsächliche Durchführung an. Die Modalitäten der Darlehenstilgung und Besicherung brauchen in diesen Fällen nicht geprüft werden.⁷⁷

VII. Änderungen beim Teilabzugsverbot des § 3 c Abs. 2 EStG

1. Erweiterung des Teilabzugsverbots des § 3 c Abs. 2 EStG durch das JStG 2010

Ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft hat bei Nichtanwendbarkeit der Abgeltungsteuer⁷⁸ seine Einkünfte nach dem sog. Teileinkünfteverfahren des § 3 Nr. 40 EStG nur zu 60 % zu versteuern. Spiegelbildlich kann er allerdings nach

⁷⁰ BFH vom 17.6.2010, VI R 33/08, BFH/NV 2010, 2051.

⁷¹ BFH vom 15.6.2010, XR 23/08, FamRZ 2010, 1800 (m. zust. Anm. Borth) = BFH/NV 2010, 1807.

⁷² BMF vom 23.12.2010, IV C 6 – S 2144/07/10004, DStR 2011, 75.

⁷³ Nämlich BMF vom 1.12.1992, BStBl I 1992, S. 729; BMF vom 25.5.1993, BStBl I 1993, S. 410; BMF vom 30.5.2001, BStBl I 2001, S. 348; BMF vom 2.4.2007, DStR 2007, 805.

⁷⁴ Siehe BFH vom 22.2.2007, IX R 45/06, DStR 2007, 986; BFH vom 12.5.2009, IX R 46/08, DStRE 2009, 952.

⁷⁵ So Tz. 5 des BMF-Schreibens vom 23.12.2010.

⁷⁶ BFH vom 12.5.2009, IX R 46/08, DStRE 2009, 952.

⁷⁷ BFH vom 25.1.2000, VIII R 50/97, DStR 2000, 1049.

⁷⁸ Dies ist insbesondere bei Anteilen im Betriebsvermögen und bei Anwendung des § 32 d Abs. 2 EStG der Fall.

§ 3 c EStG nur 60 % der im Zusammenhang damit stehenden Werbungskosten oder Betriebsausgaben abziehen. Durch das JStG 2010 ist das Teilabzugsverbot des § 3 c Abs. 2 EStG erweitert worden⁷⁹. Die Änderung betrifft die Frage, inwieweit Betriebsausgaben oder Werbungskosten im Zusammenhang mit Einkünften, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, abgezogen werden können. Der BFH hatte die Anwendung des § 3 c Abs. 2 EStG abgelehnt,⁸⁰ wenn der Steuerpflichtige mangels entstandener Gewinne auf Gesellschaftsebene keinerlei dem § 3 Nr. 40 EStG unterliegende Einnahmen oder Betriebsvermögensmehrungen erzielt hatte, mit der Konsequenz, dass Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten in voller Höhe abziehbar waren. Als Folge dieser Entscheidung haben sich zahlreiche Zweifelsfragen ergeben.⁸¹ Nachdem das BMF am 15.2.2010⁸² einen Nichtanwendungserlass hierzu verfasst hatte, hat der BFH gleichwohl am 18.3.2010⁸³ seine bereits im Juni 2009 geäußerte Auffassung nochmals bestätigt. Die Finanzverwaltung wendet daraufhin nunmehr doch die beiden BFH-Entscheidungen an⁸⁴, jedoch wurde die Rechtslage ab dem 1.1.2011 durch Ergänzung des § 3 c Abs. 2 EStG geändert, so dass künftig die bloße Absicht der Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen und Einnahmen ausreichend sein wird, um den Abzug von Aufwendungen auf 60 % zu begrenzen. Damit wird der Verlustabzug auf Gesellschafterebene trotz fehlender Vorbegünstigung auf Gesellschaftsebene in systematisch bedenklicher Weise weiter eingeschränkt.

2. Teileinkünfteverfahren in der steuerlichen Gewinnermittlung und Teilwertabschreibung von Darlehen

Das BMF-Schreiben vom 8.11.2010⁸⁵ befasst sich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 3 c Abs. 2 EStG auf Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung sowie auf Teilwertabschreibungen von Gesellschafterdarlehen.

In beiden Fällen stellt das BMF für die Anwendbarkeit des § 3 c Abs. 2 EStG auf den Veranlassungszusammenhang ab, wofür wiederum maßgeblich ist, ob die Überlassung zu fremdüblichen Konditionen erfolgt. Werden bspw. im Rahmen einer Betriebsaufspaltung Wirtschaftsgüter zur Nutzung überlassen, so kann der Steuerpflichtige Aufwendungen auf die Wirtschaftsgüter in vollem Umfang abziehen, wenn die Überlassung zu fremdüblichen Konditionen, also zu einem marktgerechten Miet- oder Pachtzins erfolgt. Erfolgt die Überlassung hingegen nur teilentgeltlich oder unentgeltlich,

so ist der auf den unentgeltlichen Teil entfallende Anteil der Aufwendungen durch zukünftige Gewinnerwartungen aus dem Gesellschaftsverhältnis veranlasst und unterliegt damit der Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs auf 60 %.

Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen gegenüber einer Gesellschaft, an welcher der Darlehensgeber beteiligt ist, können in vollem Umfang vorgenommen werden, wenn die Darlehensgewährung zu fremdüblichen Konditionen erfolgt. Soweit dies nicht der Fall ist, ist der Vorgang wiederum hinsichtlich des unentgeltlichen Teils nach § 3 c Abs. 2 EStG nur zu 60 % zum Betriebsausgabenabzug zuzulassen. Zur Beurteilung der Fremdüblichkeit ist neben der Höhe der Zinsen auch auf die tatsächliche Durchführung und die Üblichkeit der gestellten Sicherheit abzustellen. Bei Unverzinslichkeit des Darlehens ist die Teilwertabschreibung in vollem Umfang von § 3 c Abs. 2 EStG erfasst.

Selbst bei einem voll verzinslichen Darlehen, für das übliche Sicherheiten gestellt wurden, soll in vollem Umfang das Teileinkünfteverfahren nach § 3 c Abs. 2 EStG Anwendung finden, wenn das Darlehen in der Krise stehen gelassen wird, obwohl es fremdüblich besichert war. Es wird damit in den Zusammenhang zur Beteiligung an der Kapitalgesellschaft hinübergezogen, ähnlich wie bei § 17 EStG.

Der Veranlassungszusammenhang kann sich auch nachträglich ändern. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Veranlagungszeitraum, in dem die Betriebsausgaben geltend zu machen sind.

Die Auffassung des BMF zur Teilwertabschreibung von Darlehensforderungen ist umstritten⁸⁶. Das FG Berlin-Brandenburg geht entgegen der Finanzverwaltung davon aus, dass die Gewährung von Darlehen, selbst wenn diese gesellschaftsrechtlich veranlasst oder gar eigenkapitalersetzend seien, nicht in einem konkreten Zusammenhang mit Einkünften gemäß § 3 Nr. 40 EStG stünden, da die Darlehensverbindlichkeiten weiterhin bei der Gesellschaft zu passivieren seien und eine Teilwertabschreibung mithin den Wert der Beteiligung nicht erhöhe.⁸⁷ Die von der Finanzverwaltung gegen das Urteil des FG Berlin-Brandenburg eingelegte Revision ist derzeit noch beim BFH anhängig.

VIII. Zusammenfassung

Die Änderungen im Ertragsteuerrecht im vergangenen Jahr werden die notarielle Gestaltungspraxis beeinflussen. Dies gilt insbesondere für die Bereiche der gesellschaftsrechtlichen Einbringungen, den gewerblichen Grundstückshandel, Übergaben gegen Versorgungsleistungen und Regelungen zum Versorgungsausgleich.

⁷⁹ Dazu *Pitzal/Jehke*, DStR 2010, 1163; *Happe*, SteuK 2011, 91.

⁸⁰ BFH vom 25.6.2009, IX R 42/08, BStBl II 2010, S. 220.

⁸¹ Hierzu etwa *Bron/Seidel*, DStZ 2009, 859; *Dötsch/Pung*, DB 2010, 977; *Ott*, StuB 2010, 251.

⁸² BMF vom 15.2.2010, IV C 6 – S 2244/09/10002, BStBl I, S. 181.

⁸³ IX B 227/09, DStR 2010, 639.

⁸⁴ Aufhebung des Nichtanwendungserlasses BMF vom 28.6.2010, IV C 6 – S 2244/09/10002, BStBl 2010 I, S. 599 = DStR 2010, 1337.

⁸⁵ BMF vom 8.11.2010, IV C 6 – S 2128/07/10001, BStBl I 2010, S. 1292. Siehe dazu *Ott*, StuB 2011, 178.

⁸⁶ Ausführliche Kritik mit zahlreichen Nachweisen zu Literaturansichten und divergierender Rechtsprechung bei *Förster*, GmbHR 2011, 393, 400 ff.

⁸⁷ FG Berlin-Brandenburg vom 20.1.2010, 2 K 1424/06, GmbHR 2010, 665 (Revision eingelegt beim BFH unter Az.: X R 5/10).

Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil II)

Von Notarassessor *Martin Soutier*, München

Der in MittBayNot 2011, 181 begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt. Bezüglich des Aufbaus sei auf die Ausführungen in MittBayNot 2011, 181, 182 verwiesen.

VII. Der Ersatzerbe nach Ausschlagung des Scheinerben

1. Der Gläubiger G bzw. der Schuldner S einer vollstreckbaren Urkunde verstirbt und wird beerbt von A1. Die Vollstreckungsklausel wird auf A1 umgeschrieben. Anschließend schlägt A1 die Erbschaft jedoch form- und fristgerecht aus. Ersatzerbe ist A2. Es wird beantragt, die Klausel nunmehr auf A2 umzuschreiben.

2. A2 ist zwar nicht Rechtsnachfolger von A1, sondern des Erblassers. Dennoch kann die Vollstreckungsklausel auch dann auf A2 umgeschrieben werden, wenn sie bereits zuvor für bzw. gegen A1 erteilt wurde. Denn mit der wirksamen Ausschlagung gilt der Anfall an A1 als nicht erfolgt und ist A2 so zu behandeln, als sei er von Anfang an Erbe gewesen, § 1953 BGB.

Die Gegenansicht¹ beruht scheinbar auf einem Fehlverständnis des Begriffs der „Klauselumschreibung“. Es handelt sich bei § 727 ZPO letztlich richtigerweise um die Neuerteilung einer Klausel für bzw. gegen den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Titelgläubigers/-schuldners. Die Norm setzt nach ihrem klaren Wortlaut hingegen nicht voraus, dass der neue Adressat der Klausel Rechtsnachfolger des bisherigen Adressaten ist. Vielmehr kann nach der Ausschlagung die Klausel für bzw. gegen den richtigen Erben erteilt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie vorher bereits auf den Scheinerben „umgeschrieben“ wurde.² Dies liegt daran, dass die alte Klausel gegen den Scheinerben nunmehr unrichtig und somit einzuziehen ist und A2 Rechtsnachfolger des ursprünglichen Titelgläubigers bzw. -schuldners ist; nur darauf kommt es im Rahmen von § 727 ZPO an.

3. Die Rechtsnachfolge des wirklichen Erben ist erneut entweder durch einen Erbschein nachzuweisen oder durch öffentliches Testament mit Eröffnungsprotokoll. Im letztgenannten Fall ist jedoch zusätzlich ein Nachweis der Ausschlagung des primär zur Erbschaft berufenen Scheinerben erforderlich. Da für die Wirksamkeit der Ausschlagung auch die Einhaltung der Frist des § 1944 BGB notwendig ist, ist eine beglaubigte Abschrift der Ausschlagungserklärung nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es einer beglaubigten Abschrift aus den Akten des Nachlassgerichts, § 13 Abs. 3 FamFG.

4. Hierfür gelten, je nach Situation, die entsprechenden Abschnitte der vorgehenden Ziffern C. I.–VI. entsprechend. In der Begründung ist auf die wirksam erfolgte Ausschlagung des A1 und den entsprechenden Nachweis einzugehen.

VIII. Der Vorerbe

1. Der Gläubiger G einer vollstreckbaren Urkunde verstirbt und wird kraft gewillkürter Erbfolge beerbt von V. V ist jedoch nur zum Vorerben eingesetzt. Nacherbe ist N. Vor Eintritt des Nacherbfalls beantragt V die Umschreibung der

Vollstreckungsklausel gegen den Schuldner S von G auf ihn selbst.

2. Der Vorerbe ist gemäß §§ 2100, 2139 BGB bis zum Eintritt des Nacherbfalls Erbe und somit Rechtsnachfolger des Erblassers. Somit kann die Klausel im Prinzip ohne weiteres gemäß § 727 ZPO auf ihn umgeschrieben werden. War der Erblasser jedoch Titelgläubiger, ist die Einschränkung des § 2114 BGB zu beachten: Handelt es sich um eine Hypothekenforderung bzw. eine Grund- oder Rentenschuld, so kann der Vorerbe nur verlangen, dass das Kapital für ihn und den Nacherben hinterlegt wird. Leistung an sich selbst kann er nur verlangen, wenn der Nacherbe einwilligt (§ 2114 Satz 2 BGB) oder der Vorerbe von den Beschränkungen des § 2114 BGB gemäß § 2136 BGB befreit ist. Eine bestehende Beschränkung ist in der Klausel zu vermerken.³

War der Erblasser hingegen Titelschuldner oder betrifft die vollstreckbare Urkunde keine Ansprüche aus Grundpfandrechten, so ergeben sich beim Vorerben keinerlei Unterschiede zum Vollerben, so dass insoweit vollständig auf die entsprechenden Anmerkungen in Ziffern B. I.–VII. zurückgegriffen werden kann.

3. Der Nachweis der Rechtsnachfolge ist erneut entsprechend § 35 GBO durch Erbschein oder öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll zu erbringen. Beantragt der Vorerbe eine Klausel, wonach er Leistung an sich selbst verlangen kann, müssen die vorgenannten Urkunden entweder die vom Erblasser angeordnete Befreiung von § 2114 BGB enthalten oder er muss eine Einwilligung des Nacherben in öffentlich beglaubigter Form vorlegen.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (V) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt (und zwar mit der Maßgabe, dass (V) nur die Hinterlegung des Grundschuldkapitals für sich und (N) verlangen kann).

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger (G) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von (V). (V) ist jedoch nur Vorerbe, Nacherbe ist (N). Gemäß § 2114 BGB kann (V) nur die Hinterlegung des Grundschuldkapitals verlangen / von den Beschränkungen des § 2114 BGB ist (V) befreit bzw. (N) hat eingewilligt, dass (V) die Leistung des Grundschuldkapitals an sich selbst verlangen kann. Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...) / durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...), welche(r/s) in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist. (Die Einwilligung des [N] lag heute in öffentlich beglaubigter Form vor und ist ebenfalls in beglaubigter Kopie beigelegt.)

¹ Scheel, NotBZ 2000, 146, 147.

² Wolfsteiner, Rdnr. 44.6.

³ Wolfsteiner, Rdnr. 43.8.

IX. Der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Erblassers

1. Der Gläubiger G einer vollstreckbaren Urkunde ist verstorben und wurde beerbt von V, welcher jedoch nur zum Vorerben eingesetzt war. Die Vollstreckungsklausel wurde auf V umgeschrieben. Nach Eintritt des Nacherbfalls beantragt der Nacherbe N die Umschreibung der Klausel auf ihn selbst.

2. Der Nacherbe ist gemäß §§ 2100, 2139 BGB Erbe des Erblassers und nicht des Vorerben. Nach Eintritt des Nacherbfalls tritt somit ohne weiteres Rechtsnachfolge von G auf N unter Wegfall des V ein – die Rechtslage ähnelt der bei Ausschlagung durch den Scheinerben, vgl. oben Ziffer C. VII., auch wenn natürlich Nacherbschaft und Ersatzerbschaft ansonsten grundlegend verschiedene Rechtsinstitute sind. Genauso wie der Ersatzerbe kann aber der Nacherbe als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers die Umschreibung der Klausel auf ihn selbst gemäß § 727 ZPO verlangen.⁴ Dies ist kein Fall von § 728 Abs. 1 ZPO.⁵ Denn § 727 ZPO verlangt wie bereits dargestellt eben nur, dass der neue Adressat der Klausel Rechtsnachfolger des ursprünglichen Titelgläubigers bzw. -schuldners ist und nicht, dass er Rechtsnachfolger des bisherigen Klauseladressaten ist.

3. Für den Nachweis der Rechtsnachfolge gilt auch hier wieder § 35 Abs. 1 GBO entsprechend. Es sind jedoch folgende Besonderheiten zu beachten: Beim Nachweis durch Erbschein benötigt der Nacherbe einen ihm selbst auf den Nacherbfall erteilten Erbschein; der Erbschein des Vorerben und dessen Sterbeurkunde bezeugen das Nacherbenrecht aufgrund der begrenzten Beweiswirkung des Erbscheins nicht.⁶ Beim Nachweis durch öffentliches Testament ergibt sich der Eintritt des Nacherbfalls aus dem Eröffnungsprotokoll, andernfalls ist er gesondert und in der Form des § 727 ZPO zu belegen, z. B. durch Sterbeurkunde des Vorerben (für den praktisch häufigsten Fall, dass der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben eintritt).

4. Es gelten die allgemeinen Formulierungen entsprechend Ziffern C. I.–VII. 4. Entsprechende Nachweise gemäß vorstehender Ziffer 3. sind zu erwähnen und beizufügen.

X. Der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Vorerben

1. Der Erblasser E ist verstorben und wurde beerbt von V, der aber nur zum Vorerben eingesetzt ist. Zum Nachlass gehört ein Grundstück. V belastet dieses Grundstück zwecks Aufnahme eines Privatdarlehens mit einer Grundschuld zugunsten der G-Bank und unterwirft das Grundstück der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer. Die entsprechende notarielle Urkunde enthält auch eine persönliche Haftungsübernahme durch V mit entsprechender Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Nach Eintritt des Nacherbfalls beantragt die G-Bank die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von V auf den Nacherben N.

2. Wie in der vorigen Ziffer IX. ausgeführt, ist der Nacherbe gemäß §§ 2100, 2139 BGB nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers. Um daher eine Umschreibung von solchen Vollstreckungsklauseln auf den Nacherben zu er-

möglichen, die auf einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch den bzw. gegenüber dem Vorerben beruhen, bedurfte es der Sonderregelung des § 728 Abs. 1 ZPO (anders als wenn bereits der Erblasser selbst Titelgläubiger oder -schuldner war, vgl. Ziffer C. IX.). Gemäß § 728 Abs. 1 ZPO ist die Umschreibung einer solchen Klausel auf den Nacherben möglich, wenn ein entsprechendes Urteil gemäß § 326 ZPO gegenüber dem Nacherben wirksam wäre.

Dazu ist ausweislich des Wortlauts von § 326 ZPO zunächst erforderlich, dass die entsprechende Forderung bzw. Sache überhaupt zum Nachlass gehört. Die im Beispielfall von V eingegangene persönliche Haftung für die Darlehensrückzahlung hat keinen Bezug zu dem der Nacherbfolge unterliegenden Nachlass, so dass eine Rechtsnachfolge insoweit von vornherein ausscheidet.

Gehört der entsprechende Gegenstand (im Beispielfall das Grundstück) hingegen zum Nachlass, so ist entsprechend § 326 ZPO zu differenzieren⁷: Ist die in der notariellen Urkunde erfolgte Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Nacherben günstig, so wirkt diese auch für ihn, § 326 Abs. 1 ZPO. Ist sie hingegen für den Nacherben ungünstig, so kann die Klausel gemäß § 326 Abs. 2 ZPO nur dann gegen ihn umgeschrieben werden, wenn der Vorerbe gemäß §§ 2112 oder 2136 BGB berechtigt war, ohne seine Zustimmung über den Gegenstand zu verfügen.

Daraus folgt, dass eine Klauselumschreibung grundsätzlich ohne weiteres möglich ist, wenn der Vorerbe Titelgläubiger ist. Ist der Vorerbe jedoch Titelschuldner, so kommt es auf die materiellrechtliche Verfügungsberechtigung des Vorerben an, die insbesondere bei Grundstücksbelastungen gemäß § 2113 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, sofern keine Befreiung gemäß § 2136 BGB vorliegt.

3. Auch wenn eine Klauselumschreibung gemäß § 728 Abs. 1 ZPO möglich ist, gestaltet sich der Nachweis der „Rechtsnachfolge“ häufig schwierig: Hinsichtlich der Stellung des N als Nacherbe ist ein auf diesen lautender Erbschein oder ein öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll und Nachweis des Eintritts des Nacherbfalls notwendig, vgl. Ziffer IX. 3. Ebenso ist die Stellung des Titelgläubigers bzw. -schuldners V als Vorerbe und eine eventuell bestehende Befreiung gemäß § 2136 BGB entsprechend § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Da ein dem Vorerben evtl. erteilter Erbschein häufig bereits als nunmehr unrichtig eingezogen wurde, müssen i. d. R. die in den nachlassgerichtlichen Akten befindlichen Erbscheinserteilungs- und Einziehungsanordnungen herangezogen werden.⁸ Darüber hinaus ist nach überwiegender Ansicht auch die Zugehörigkeit des titulierten Anspruchs bzw. Gegenstands zum Nachlass in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen.⁹ Trotz der damit zusammenhängenden Nachweisprobleme ist dem beizupflichten, da es sich um eine Voraussetzung für die Klauselumschreibung auf den Nacherben gemäß §§ 728, 326 ZPO handelt und für diese aufgrund der Verweisung in § 728 ZPO die Maßstäbe des § 727 ZPO gelten. Am einfachsten gelingt der Nachweis, wenn sich bereits aus dem Vollstreckungstitel selbst die Zugehörigkeit – zumindest im Wege der Auslegung – ergibt. Ist dies nicht der Fall kann der Nachweis nur durch die sonstigen Beweismittel des § 727 ZPO, z. B. bei Grundstücken durch Testament und einen entsprechenden Grundbuchauszug, geführt werden.

⁴ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 728 Rdnr. 1.

⁵ A. A. Scheel, NotBZ 2000, 146, 149, der § 728 ZPO nicht nur auf vom Vorerben erwirkte Titel, sondern auch auf „für diesen umgeschriebene vollstreckbare Ausfertigungen hinsichtlich einer Nachlassforderung“ anwenden will.

⁶ BGHZ 84, 196 = BGH, NJW 1982, 2499.

⁷ Vgl. Zöller/Vollkommer, § 326 Rdnr. 2 f.

⁸ Scheel, NotBZ 2000, 146, 150.

⁹ Zöller/Stöber, § 728 Rdnr. 2, MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 728 Rdnr. 6; a. A. scheinbar Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., 2002, § 728 Rdnr. 4.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird (hinsichtlich der dinglichen Haftung) aufgehoben.

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird (der G-Bank) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (N) (hinsichtlich der dinglichen Haftung) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der ursprüngliche Eigentümer (E) des in der Urkunde genannten Grundstücks (...) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von (V). (V) war jedoch nur Vorerbe (und als solcher von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit). Dies ist nachgewiesen durch beglaubigte Abschrift aus den Akten des Nachlassgerichts (...) über die Anordnung der Erteilung und der Einziehung des dem (V) erteilten Erbscheins vom (...), Az: (...)/ durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...).

Alleiniger Nacherbe ist (N). Der Nacherbfall ist eingetreten mit dem Tod des (V) am (...). Dies ist nachgewiesen durch Ausfertigung des dem (N) erteilten Erbscheins vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...)/ durch vorgenanntes/n öffentliches Testament bzw. Erbvertrag nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgericht-Nachlassgericht (...) vom (...).

Das belastete Grundstück gehört zum Nachlass des (E). Dies ergibt sich aus der Urkunde selbst/aus dem vorgenannten Testament und der entsprechenden Grundbucheintragung. (Nicht nachgewiesen ist hingegen die Zugehörigkeit der persönlichen Haftungsübernahme durch [V] zum Nachlass.) Die Nachweisurkunden sind dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt.

XI. Der Erbschaftskäufer als Rechtsnachfolger des Titelläubigers

1. Der Gläubiger G einer vollstreckbaren Urkunde ist verstorben und wurde beerbt von A1 (bzw. A1 und A2); A1 verkauft seinen Erbteil mit notarieller Urkunde an K. K beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel.

2. Durch den Kauf eines Erbteils gemäß §§ 2033, 2371 ff. BGB tritt der Erwerber an die Stelle des bisherigen (Mit-)erben in dessen vermögensrechtliche Stellung am Nachlass ein. Hierdurch erwirbt er aber nur dessen vermögensrechtlichen Anteil an den Nachlassgegenständen, nicht hingegen die Stellung als (Mit-)erbe selbst, weil diese untrennbar mit der Person des Erben verknüpft ist.¹⁰ Daher wird der Erbschaftserwerber nach ganz überwiegender Meinung nicht als Rechtsnachfolger des Titelschuldners gemäß § 727 ZPO angesehen, sondern einem Vermögensübernehmer gemäß § 729 Abs. 1 ZPO gleichgestellt.¹¹ Praktische Auswirkungen hat dies hingegen nicht. Die Klausel kann auf den Erbschaftskäufer umgeschrieben werden und zwar unabhängig davon, ob sie zuvor bereits auf den Erbschaftsverkäufer umgeschrieben wurde oder nicht.

Im Übrigen gelten die Ausführungen in Ziffern C. I./III. 3 entsprechend.

3. Der Nachweis der Erbenstellung des Erbschaftsverkäufers wird wie bei C. I. 3. nachgewiesen, die Vermögensübernahme durch den Erwerber durch den Erbschafts Kaufvertrag in der Form §§ 2371 BGB, 727 ZPO.

¹⁰ Palandt/Edenhofer, § 2033 Rdnr. 6.

¹¹ Zöller/Stöber, § 729 Rdnr. 13; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 729 Rdnr. 6; Thomas/Putzo, § 729 Rdnr. 2.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird K (und A2) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt (und zwar mit der Maßgabe, dass die Zwangsvollstreckung nur mit dem Ziel der Leistung an K und A2 gemeinschaftlich erfolgen darf).

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger G ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A1 (und A2). Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...)/ durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...). K hat die Erbschaft/den Erbteil des A1 mit Urkunde des Notars (...) vom (...), URNr (...) erworben. Vorgenannter Erwerbsvertrag sowie die sonstigen vorgenannten Urkunden lagen heute in Ausfertigung/beglaubigter Abschrift vor und sind dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt.

XII. Der Erbschaftskäufer als Rechtsnachfolger des Titelschuldners

1. Der Schuldner S hat sich in einer notariellen vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gläubiger G unterworfen. S verstirbt und wird allein beerbt von A1 (und A2). K erwirbt den Erbteil des A1 in notarieller Urkunde. G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auch gegen K.

2. Der Erbschaftserwerber haftet gemäß 2382 BGB auch für die Nachlassverbindlichkeiten. Da auf ihn § 729 Abs. 1 ZPO entsprechend angewendet wird (siehe C. XI. 2.), kann somit die Vollstreckungsklausel gegen ihn umgeschrieben werden und zwar unabhängig davon, ob diese noch gegen den Erblasser oder bereits gegen die Erben lautet. Die Haftungsbeschränkungen des Erbschaftskäufers gemäß § 2383 BGB sind insoweit nicht zu beachten, da sie gemäß §§ 781, 785, 767 ZPO erst im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden können.

Zu beachten ist hingegen, dass gemäß § 2382 Abs. 1 Satz 1 BGB die Haftung des Erbschaftsverkäufers nicht erlischt, vielmehr haften er und der Erwerber gesamtschuldnerisch.¹² Daher kann der Gläubiger die Klausel auf Antrag gegen beide Schuldner umschreiben lassen.¹³ Es gelten dann die obigen Ausführungen unter C. V. 2. entsprechend.

3. Bezüglich der erforderlichen Nachweise wird auf Ziffer C. XI. 3. Bezug genommen.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem G gegen A1 und K (sowie A2) als Gesamtschuldner zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Schuldner (S) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A1 (und A2). Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...). A1 hat seinen Erbteil mit Urkunde des Notars (...) vom (...), URNr. (...) an K veräußert. Gemäß § 2382 (und § 2058 BGB) haften A1 und K (sowie A2) gesamtschuldnerisch. Die vorgenannten Nachweisurkunden lagen heute in Ausfertigung vor und sind dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt.

¹² Palandt/Edenhofer, § 2382 Rdnr. 1.

¹³ Scheel, NotBZ 2000, 146, 148.

XIII. Der Testamentvollstrecker als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers

1. Der Gläubiger G einer vollstreckbaren Urkunde ist verstorben und wurde beerbt von A1 (und A2). G hat in seinem Testament Testamentvollstreckung angeordnet und T zum Testamentvollstrecker ernannt. T beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich.

2. Der Testamentvollstrecker ist materiellrechtlich nicht Rechtsnachfolger des Erblassers. Bei einer Verwaltungsvollstreckung erlangt der Testamentvollstrecker aber die volle Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis über die seiner Testamentvollstreckung unterliegenden Gegenstände gemäß §§ 2211, 2212 BGB. Deshalb kann er gemäß §§ 749 Satz 1, 727 ZPO die auf G lautende Klausel auf sich umschreiben lassen.

Liegt hingegen reine Abwicklungsvollstreckung vor oder bezieht sich die Verwaltung nicht auf den Vollstreckungsgegenstand, so findet § 749 ZPO keine Anwendung,¹⁴ da die Verfügungsmacht (insoweit) beim Erben liegt und die Klausel nur auf ihn gemäß § 727 ZPO umgeschrieben werden muss.

Hat der Erbe bei Verwaltungsvollstreckung zu Unrecht den Erblassertitel auf sich umschreiben lassen, so hat er diesen an den Testamentvollstrecker gemäß § 2205 BGB herauszugeben, damit die Klausel gemäß § 749 ZPO eingezogen und dem T neu erteilt werden kann; eine weitere vollstreckbare Ausfertigung kann T hingegen nur unter den Voraussetzungen des § 733 ZPO verlangen.¹⁵ Mehreren Testamentvollstreckern darf – schon aus materiellrechtlichen Gründen gemäß § 2224 BGB – ebenfalls nur eine gemeinschaftliche vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.¹⁶ Dies ist nur dann anders, wenn die Testamentvollstrecker jeweils eigene, abgegrenzte Verwaltungsbereiche haben; dann kann nur der Testamentvollstrecker die Umschreibung beantragen, der das fragliche Recht verwaltet.¹⁷ Wechselt hingegen die Person des Testamentvollstreckers, so gilt ebenfalls § 749 ZPO, d. h. der neue Testamentvollstrecker gilt als Rechtsnachfolger des bisherigen und des Erblassers.¹⁸

3. Der Testamentvollstrecker muss in der Form des § 727 ZPO nachweisen, dass der fragliche Titel seiner Verwaltung untersteht. Hierzu zählt der Nachweis des Bestehens der Testamentvollstreckung (Erbfall, Anordnung der Testamentvollstreckung, Annahme des Amtes) und deren Umfang. Dies gelingt am einfachsten durch das Testamentvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 BGB. Möglich ist auch der Nachweis durch öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll, wobei dann aber noch die Annahme des Amtes gesondert zu belegen ist, z. B. durch entsprechendes Zeugnis des Nachlassgerichts.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (T) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger G ist am (...) verstorben. Er hat durch letztwillige Verfügung vom (...) Testamentvollstreckung angeordnet und (T) als Testa-

mentsvollstrecker ernannt. (T) hat das Amt angenommen. Die Testamentvollstreckung bezieht sich auf den gesamten Nachlass/auf die titulierte Forderung.

All dies ist nachgewiesen durch das Testamentvollstreckerzeugnis vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...) / durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...) und Zeugnis des Nachlassgerichts (...) über die Annahme der Verwaltung durch (T) am (...), welche(r/s) heute in Ausfertigung vorlag(en) und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist/sind.

XIV. Der Testamentvollstrecker als Rechtsnachfolger des Titelschuldners

1. Der Schuldner S hat sich in einer notariellen vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gläubiger G unterworfen. S verstirbt und wird beerbt von A. S hat in seinem Testament Testamentvollstreckung angeordnet und T zum Testamentvollstrecker ernannt. G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf T.

2. G kann gemäß § 727 ZPO die Klausel zunächst einmal grundsätzlich gegen den Erben als Rechtsnachfolger des S umschreiben lassen. Aus diesem Titel könnte G bei angeordneter Verwaltungsvollstreckung aber nur in das persönliche Vermögen des Erben ohne den Nachlass vollstrecken, weil die Vollstreckung in den Nachlass gemäß § 748 Abs. 1 ZPO nur aus einem gegen den T lautenden Titel zulässig ist. Aus diesem Grund erlaubt § 749 ZPO dem Nachlassgläubiger, der in den Nachlass selbst vollstrecken will, die Klausel auf den Testamentvollstrecker umzuschreiben. Dies ist gemäß § 779 ZPO nur dann entbehrlich, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Erblasser bereits begonnen hat, weil diese dann ohne Klauselumschreibung fortgesetzt werden darf.¹⁹

Bezieht sich die Verwaltungsbefugnis des Testamentvollstreckers hingegen nur auf einzelne Nachlassgegenstände, so bedarf es zur Vollstreckung in diese Gegenstände einer doppelten Vollstreckungsklausel, die den gegen den Erblasser gerichteten Titel sowohl gegen den Erben nach § 727 ZPO auf Leistung umstellt als auch gegen den Testamentvollstrecker auf Durchführung der Zwangsvollstreckung, §§ 748 Abs. 2, 749 ZPO.²⁰

Hinsichtlich der Rechtslage bei mehreren Testamentvollstreckern bzw. beim Wechsel in dessen Person gelten die entsprechenden Anmerkungen im vorherigen Abschnitt C. XIII. 2.

3. Bestand und Nachweis der Testamentvollstreckung sind gemäß § 727 ZPO nachzuweisen, vgl. Ziffer C. XIII. 3.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (T)/gegen (A) und (T) erteilt und zwar mit der Maßgabe, dass die Zwangsvollstreckung gegen (T) nur in den Nachlass des (S) zulässig ist, der dessen Verwaltung als Testamentvollstrecker unterliegt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Schuldner (S) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von (A). Er hat durch letztwillige Verfügung vom (...) Testamentvollstreckung ange-

¹⁴ MünchKommZPO/Hefler, § 748 Rdnr. 12.

¹⁵ MünchKommZPO/Hefler, § 749 Rdnr. 15.

¹⁶ Wolfsteiner, Rdnr. 43.12.

¹⁷ MünchKommZPO/Hefler, § 749 Rdnr. 16.

¹⁸ Wolfsteiner, Rdnr. 43.14.

¹⁹ MünchKommZPO/Hefler, § 748 Rdnr. 15.

²⁰ MünchKommZPO/Hefler, § 749 ZPO, Rdnr. 9.

ordnet und (T) als Testamentsvollstrecker ernannt. (T) hat das Amt angenommen. Die Testamentsvollstreckung bezieht sich auf den gesamten Nachlass/nur auf folgende Nachlassgegenstände: (...).

All dies ist nachgewiesen durch das Testamentsvollstreckerzeugnis vom (...) des Amtsgerichts (...), Az: (...) / durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...) und Zeugnis des Nachlassgerichts (...) über die Annahme der Verwaltung durch (T) am (...), welche(r/s) heute in Ausfertigung vorlag(en) und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist/sind.

T hat als Testamentsvollstrecker für den Nachlass des S nur die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände zu dulden.

XV. Der Erbe als Rechtsnachfolger des Testamentsvollstreckers als Titelgläubiger

1. T ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erblassers E. Wegen einer zum Nachlass gehörenden Forderung unterwirft sich der Schuldner S in einer notariellen Urkunde dem T gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung. Nach dem Ende der Testamentsvollstreckung beantragt A als Alleinerbe des E die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich.

2. Der Erbe ist materiellrechtlich genauso wenig Rechtsnachfolger des Testamentsvollstreckers, wie jener Rechtsnachfolger des Erblassers ist. Da aber bei einer Verwaltungsvollstreckung jeweils Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis gemäß §§ 2211, 2212 BGB wechseln, werden für die Frage der Klauselerteilung beide Fälle der Rechtsnachfolge gleichgestellt, vgl. § 749 ZPO einerseits und § 728 Abs. 2 ZPO andererseits. § 728 Abs. 2 ZPO betrifft aber nur den Fall, dass die fragliche notarielle Urkunde vom Testamentsvollstrecker selbst als Titelgläubiger errichtet wurde.²¹ War dagegen der Erblasser selbst Titelschuldner und wurde die Klausel nur zwischenzeitlich gemäß § 749 ZPO auf den Testamentsvollstrecker umgeschrieben (vgl. Ziffer C. XIII.), so ist nach dem Ende der Testamentsvollstreckung auf Antrag die Klausel für T als unrichtig einzuziehen und eine neue Klausel für den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers in direkter Anwendung von § 727 ZPO zu erteilen.²²

Wurde die Urkunde vom Testamentsvollstrecker selbst als Titelgläubiger errichtet und betrifft sie eine Nachlassforderung, so kann die Klausel nach Beendigung der Vollstreckung (wegen § 2212 BGB nicht vorher) auf den Erben umgeschrieben werden, weil der Titel gemäß § 327 Abs. 1 ZPO auch für den Erben wirkt. Handelt es sich um eine Erbengemeinschaft sind zusätzlich die Anmerkungen gemäß Ziffer C. III. zu beachten.

3. Der Erbe muss gemäß §§ 728 Abs. 2, 327, 727 ZPO seine Erbenstellung und die Beendigung der Testamentsvollstreckung nachweisen. Dies gelingt z. B. durch einen neuen Erbschein ohne Testamentsvollstreckervermerk oder durch

öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll bzw. den ursprünglichen Erbschein mit Testamentsvollstreckervermerk, soweit zusätzlich eine Ausfertigung des Beschlusses des Nachlassgerichtes über die Beendigung der Testamentsvollstreckung vorgelegt wird.²³ Zusätzlich verlangt § 327 ZPO nach seinem klaren Wortlaut einen Nachweis darüber, dass der vollstreckbare Anspruch zum Nachlass gehört und dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegt.²⁴ Andernfalls greift § 728 Abs. 2 ZPO nicht ein. Der Nachweis wird hinsichtlich der Zugehörigkeit zum Nachlass in der Regel durch die zu vollstreckende Urkunde selbst oder sonstige öffentliche Urkunden bzw. Register geführt. Die Reichweite der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ergibt sich aus dem (meistens nunmehr eingezogenen) Testamentsvollstreckerzeugnis bzw. Abschrift aus den Nachlassakten hierzu oder aus dem öffentlichen Testament, in dem die Testamentsvollstreckung angeordnet wurde.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (A) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Anspruch gehört zum Nachlass des am (...) verstorbenen (E). Dies ist nachgewiesen durch (...).

(E) wurde allein beerbt von (A) und hat mit letztwilliger Verfügung vom (...) Testamentsvollstreckung in Form der Verwaltungsvollstreckung über den gesamten Nachlass/über (...) angeordnet. (T) hat das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen. Die Testamentsvollstreckung ist nunmehr beendet, §§ 728 Abs. 2, 737 Abs. 1 ZPO. Dies alles ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...) des Amtsgerichts (...), Az: (...) und Abschrift des eingezogenen Testamentsvollstreckerzeugnisses des Amtsgerichts (...) vom (...), Az: (...), durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...) und Beschluss des Amtsgerichts-Nachlassgerichts vom (...) über die Beendigung der Testamentsvollstreckung, welche(r/s) in Ausfertigung vorlagen und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt sind.

XVI. Der Erbe als Rechtsnachfolger des Testamentsvollstreckers als Titelschuldner

1. Der verstorbene Erblasser E hat Verwaltungsvollstreckung angeordnet. Um notwendige Ausgaben im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses bestreiten zu können, nimmt der Testamentsvollstrecker T für den Nachlass ein Darlehen bei der G-Bank auf und bestellt dieser zur Absicherung an einem Nachlassgrundstück eine Grundschuld nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung in dinglicher und persönlicher Hinsicht. Nachdem das Darlehen fällig wird, beantragt die G-Bank die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auch auf die Erben A1 und A2.

2. Der Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2206 BGB auch

²¹ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 728 Rdnr. 7.

²² A. A. Scheel, NotBZ 2000, 146, 153, der den Anwendungsbereich des § 728 Abs. 2 ZPO auf vom Testamentsvollstrecker erwirkte oder „für diesen umgeschriebene Vollstreckungstitel“ ausdehnt. Letzteres widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut der §§ 728 Abs. 2, 327 ZPO, die ein gegenüber dem Testamentsvollstrecker ergangenes, aber dem Erben gegenüber wirksames Urteil voraussetzen.

²³ KG, NJW-RR 1987, 3.

²⁴ A. A. scheinbar MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 728 Rdnr. 10, der diesen Nachweis nur bei gegen den Erben zu erteilenden Klauseln verlangt. Diese Ansicht ignoriert jedoch den Wortlaut des § 327 Abs. 1 ZPO und gibt dem Erben contra legem die Befugnis, sich als Vollstreckungsgläubiger in ein für ihn fremdes Vertragsverhältnis zu drängen.

zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass berechtigt, soweit dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist. In diesem Fall entsteht eine Nachlassverbindlichkeit, für die die Erben gemäß § 1967 BGB haften.²⁵ Daher erlauben die §§ 728 Abs. 2 Satz 1, 327 Abs. 2 ZPO die Erteilung der Vollstreckungsklausel (auch) gegen die Erben, es sei denn, der Testamentsvollstrecker war insoweit nicht prozessführungsbefugt gemäß § 2213 Abs. 1 BGB, weil keine Verwaltungsvollstreckung vorliegt bzw. die Verwaltung sich jedenfalls nicht auf die Nachlassforderung bezieht oder es sich um einen Pflichtteilsanspruch handelt, für den gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB nur der Erbe prozessführungsbefugt ist.

Anders als in der Situation des Testamentsvollstreckers als Titelgläubiger (siehe Ziffer C. XV. 2.) kann die Klausel gemäß § 728 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht erst nach Beendigung der Testamentsvollstreckung gegen die Erben erteilt werden, sondern bereits zuvor. Dies liegt daran, dass gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB der Anspruch sowohl gegen den Testamentsvollstrecker (Vollstreckung in den Nachlass gemäß § 748 ZPO) als auch gegen die Erben (Vollstreckung in deren sonstiges Vermögen) geltend gemacht werden kann. Die Möglichkeit der Erben, ihre Haftung z. B. gemäß § 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Nachlass zu beschränken, ist im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens nicht zu berücksichtigen, da diese gemäß §§ 767, 781, 785 ZPO durch Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen ist.²⁶

3. Nachzuweisen ist entsprechend Ziffer C. I./II. 3. die Erbenstellung von A1 und A2 sowie die Befugnis des T als Testamentsvollstrecker gemäß Ziffer B. XIII. 3. Nicht nachgewiesen werden muss gemäß § 728 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Beendigung der Testamentsvollstreckung. Indes setzt die wirksame Begründung der Nachlassverbindlichkeit gemäß § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den T grundsätzlich voraus, dass diese für die ordnungsgemäße Verwaltung erforderlich war, was im Zweifel vom Gläubiger zu beweisen und in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen ist.²⁷ Dieser Nachweis gelingt am einfachsten, wenn der Erbe zu öffentlicher Urkunde bei der Begründung der Forderung mitgewirkt hat, andernfalls nur durch sonstige öffentliche Urkunden (Angaben im Testament usw.). Einfacher ist die Beweislage, wenn der Erblasser den T gemäß §§ 2207 BGB von den Beschränkungen des § 2206 BGB befreit hat oder eine Verpflichtung zu einer Verfügung vorliegt, zu der der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 Satz 2 BGB befugt ist. Die Bestellung einer Grundsuld nebst dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist somit richtigerweise unproblematisch, eine Klausel für eine zugleich übernommene persönliche Haftung kann aber nur umgeschrieben werden, wenn ein Fall des § 2207 BGB oder der ordnungsgemäßen Verwaltung vorliegt (und dies in entsprechender Form nachgewiesen ist).

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben. (nur nach Beendigung der Testamentsvollstreckung).

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird (der G-Bank) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (auch) gegen (A1) und (A2) als Gesamtschuldner (wegen der persönlichen Haftung) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

(A1) und (A2) sind alleinige Erben des am (...) verstorbenen (E). Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom

(...), des Amtsgerichts (...), Az: (...). (E) hat in seiner letztwilligen Verfügung vom (...) Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachweis/folgende Gegenstände angeordnet. (T) wurde am (...) zum Testamentsvollstrecker ernannt und hat das Amt angenommen. Dies ist nachgewiesen durch das Testamentsvollstreckerzeugnis des Amtsgerichts (...) vom (...) Az: (...). Der in der Urkunde genannte Anspruch gehört zum Nachlass, weil (T) gemäß § 2207 BGB nicht in der Eingehung von Verbindlichkeiten beschränkt ist/die Eingehung der Verbindlichkeit ordnungsgemäßer Verwaltung entsprach. Dies ist nachgewiesen durch (...).

(Als Miterben haften A1 und A2 gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner. Soweit sie für den titulierten Anspruch nur beschränkt haften sollten, ist dies durch Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen.)

Die vorgenannten Nachweisurkunden lagen heute in Ausfertigung vor und sind dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt.

XVII. Der Nachlassverwalter

1. Der Gläubiger bzw. Schuldner S einer vollstreckbaren Urkunde ist verstorben und wird beerbt von A. Das Nachlassgericht ordnet auf Antrag Nachlassverwaltung an und setzt N zum Verwalter ein. Beim Notar wird die Umschreibung der Klausel für bzw. gegen N beantragt.

2. Die Nachlassverwaltung wird anders als die Testamentsvollstreckung nicht vom Erblasser angeordnet, sondern gemäß § 1981 BGB vom Nachlassgericht auf Antrag des Erben oder der Nachlassgläubiger. Sie dient gemäß § 1975 BGB der Befriedigung der Nachlassgläubiger. Sie hat die Wirkung, dass die Verfügungsbefugnis über den Nachlass auf den Nachlassverwalter übergeht, § 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB. Daher wird die Nachlassverwaltung von der ganz überwiegenden Lehre zwangsvollstreckungsrechtlich weitgehend synchron zur Testamentsvollstreckung (vgl. vorstehende Ziffern C. XIII.–XVI.) behandelt.²⁸ Dies bedeutet also, dass der Nachlassverwalter als Rechtsnachfolger des Erblassers sowie auch der Erben gilt, wenn Letztere vor der Anordnung der Nachlassverwaltung einen Titel wegen eines Nachlassgegenstands geschaffen haben. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlass kann und muss die Klausel gemäß § 749 ZPO analog gegen den Nachlassverwalter umgeschrieben werden. Aus einer gemäß § 727 ZPO gegen den Erben umgeschriebenen Klausel kann in dessen Privatvermögen vollstreckt werden, wobei dieser sodann seine Haftungsbeschränkung gemäß §§ 784 Abs. 1, 781, 767 ZPO durch Vollstreckungsgegenklage einwenden kann. Die Gegenansicht²⁹, wonach auch aus einer auf den oder die Erben umgeschriebenen Klausel in den Nachlass vollstreckt werden kann, überzeugt nicht, weil sie sich über §§ 1984 Abs. 1 Satz 2, 1985 BGB hinwegsetzt, wonach Ansprüche gegen den Nachlass nur gegen den Nachlassverwalter geltend gemacht werden können. Es liegt vielmehr näher, § 748 ZPO entsprechend anzuwenden.

Im Übrigen kann auf die Ausführungen in den Ziffern C. XIII.–XVI. verwiesen werden. Es gelten lediglich folgende Besonderheiten: Eine Beschränkung des Nachlassverwalters, Verbindlichkeiten mit Wirkung für den Nachlass nur im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung einzugehen (vgl. Ziffer C. XVI. 3.) sieht § 1984 Abs. 1 BGB nicht vor.³⁰ Die Bestim-

²⁵ Palandt/Edenhofer, § 2206 Rdnr. 4.

²⁶ Wolfsteiner, Rdnr. 44.13; Zöller/Stöber, § 728 Rdnr. 3.

²⁷ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 728 Rdnr. 10.

²⁸ Vgl. MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 749 Rdnr. 7 m. w. N.

²⁹ Palandt/Edenhofer, § 1984 Rdnr. 4.

³⁰ Wolfsteiner, Rdnr. 44.40.

mung des § 1984 Abs. 2 BGB, wonach eine Zwangsvollstreckung in den Nachlass nur durch einen Nachlassgläubiger zulässig ist, bedarf keiner besonderen Prüfung bei der Klauselumschreibung, weil dies erneut gemäß §§ 784 Abs. 2, 781, 767 ZPO erst durch Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann.³¹

3. + 4.: Hinsichtlich der Nachweise und Formulierungsvorschläge können die entsprechenden Abschnitte zum Testamentsvollstrecker herangezogen werden. Die Nachlassverwaltung wird durch Bestallungsurkunde oder beglaubigte Abschrift des Anordnungsbeschlusses durch das Nachlassgericht nachgewiesen.

XVIII. Die Nachlassinsolvenz

Da das Verfahren der Nachlassinsolvenz inhaltlich große Nähe zum normalen Insolvenzverfahren hat, wird es in diesem Zusammenhang erörtert (vgl. Ziffer E. VII).

XIX. Der Nachlasspfleger

1. Der Erblasser E ist Gläubiger bzw. Schuldner einer vollstreckbaren Urkunde. Da seine Erben unbekannt sind, bestellt das Nachlassgericht (eventuell auf Antrag des G gemäß § 1961 BGB) den P zum Nachlasspfleger. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von E auf P wird beantragt.

2. Vor Annahme der Erbschaft durch den Erben ist eine Vollstreckung und somit auch eine Klauselumschreibung gegen den Erben gemäß § 778 Abs. 1 ZPO unzulässig, vgl. oben Ziffer B. II. Das Gericht kann aber zur Sicherung des Nachlasses gemäß § 1960 BGB bzw. muss auf Antrag eines vollstreckungswilligen Nachlassgläubigers gemäß § 1961 BGB einen Nachlasspfleger bestellen. Der Nachlasspfleger handelt anders als der Testamentsvollstrecker und der Nachlassverwalter nicht im eigenen Namen als Partei kraft Amtes, sondern als gesetzlicher Vertreter der (in der Regel unbekannt) Erben. Soweit die Zwangsvollstreckung also beim Erbfall noch nicht gemäß § 779 ZPO begonnen hatte, ist die Klausel dann gemäß § 727 ZPO auf die unbekannt Erben, vertreten durch den Nachlasspfleger, umzuschreiben.³²

3. Die Bestellung des Nachlasspflegers wird nachgewiesen durch Ausfertigung der Bestallungsurkunde. Ist diese nicht zu erlangen, hat der Nachlassgläubiger jedenfalls gemäß § 13 Abs. 3 FamFG Anspruch auf beglaubigte Abschrift der Nachlassakte über den Bestellungsbeschluss.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) gegen die unbekannt Erben des (S), vertreten durch den Nachlasspfleger (N) bzw. wird den unbekannt Erben des (S), vertreten durch den Nachlasspfleger (N) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger (G)/Schuldner (S) ist am (...) verstorben. Seine Erben sind unbekannt und werden gesetzlich vertreten durch den Nachlasspfleger (N). Dies ist nachgewiesen durch Bestallungsurkunde des Amtsgerichts (...), Az: (...)/beglaubigte Abschrift des Bestellungsbeschlusses des Amtsgerichts (...), vom (...) Az: (...), welche in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigefügt ist.

³¹ Dies übersehend und wohl daher a. A. *Scheel*, NotBZ 2000, 146, 152.

³² *Wolfsteiner*, Rdnr. 43.36.

D. Handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsnachfolgetatbestände

Neben dem Erbrecht stellen das Handels- und insbesondere das Gesellschaftsrecht diejenigen Rechtsgebiete mit der größten Zahl kraft Gesetzes eintretender Rechtsnachfolgetatbestände dar. Im Folgenden wird zunächst das allgemeine Handelsrecht behandelt. Anschließend wird auf das Gesellschaftsrecht eingegangen, wobei wiederum zunächst allgemeine Tatbestände wie Gesellschafterwechsel etc. beleuchtet werden, bevor auf die spezielle Thematik des Umwandlungsrechts eingegangen wird.

I. Firmenwechsel des Kaufmanns

1. Die A-GmbH ist Schuldnerin einer vollstreckbaren Urkunde. Durch Gesellschafterbeschluss wird die Firma der Gesellschaft nachträglich in „B-GmbH“ geändert und dies im Handelsregister eingetragen. Der Gläubiger G beantragt die „Umschreibung“ der Klausel auf die B-GmbH.

2. Die Firma ist gemäß § 17 Abs. 1 HGB lediglich der Name, unter dem der Kaufmann im Handelsverkehr auftritt. Durch ihre Änderung wechselt somit nur die Bezeichnung des Titelgläubigers/-schuldners, aber nicht dessen Rechtspersönlichkeit. Daher liegt an sich keine Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO vor. Die Klausel kann nicht „umgeschrieben“, sondern lediglich die bestehende Klausel inhaltlich berichtigt werden. Gleiches gilt für die Aufgabe bzw. Verlegung einer Zweigniederlassung desselben Kaufmanns/derselben Gesellschaft oder das Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns gemäß § 31 Abs. 2 HGB, weil sich insoweit die Rechtspersönlichkeit der Partei nicht ändert, sondern nur ihre Bezeichnung.³³

Ob auf diese Klauselberichtigung § 726 ZPO³⁴ oder § 727 ZPO³⁵ analog anzuwenden ist, ist lediglich ein dogmatisches Problem und für das Ergebnis letztlich irrelevant. Auswirkungen in kostenrechtlicher Sicht hat jedoch, dass nach umstrittener, aber wohl überwiegender Rechtsprechung § 133 KostO für die Klauselberichtigung (trotz analoger Anwendung der §§ 726 oder 727 ZPO) nicht anwendbar und diese somit gebührenfrei sei.³⁶

3. Die nachträgliche Sachverhaltsänderung ist gemäß § 727 ZPO nachzuweisen, im Fall der Firmenänderung durch das Handelsregister.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird wie folgt berichtigt:

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (die B-GmbH) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Die Firma der Titelschuldnerin wurde ohne Wechsel der Identität in „B-GmbH“ geändert. Dies ist im Handelsregister des Amtsgerichts (...), HRB (...) eingetragen.

³³ *Zöller/Stöber*, § 727 Rdnr. 32 ff.

³⁴ *Wolfsteiner*, Rdnr. 40.15., *Scheel* NotBZ 2000, 286, 294.

³⁵ Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg* § 727 Rdnr. 35 ff. m. w. N.

³⁶ Vgl. BayOBLG, MittBayNot 1978, 238; OLG Schleswig, DNotZ 1992, 823; a. A. *Wolfsteiner*, Rdnr. 40.19. m. w. N.

II. Der Erwerber eines Handelsgeschäfts bei Firmenfortführung

1. Die A-GmbH ist Schuldner einer vollstreckbaren Urkunde. Die B-AG erwirbt im Wege eines „asset-deals“ alle wesentlichen Vermögensgegenstände der GmbH und führt das Unternehmen unter der alten Firma (oder mit Nachfolgezusatz) fort. Der Titelgläubiger G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel (auch) auf die B-AG.

2. Bei einem Unternehmenskauf ist zwischen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen („share-deal“) und dem Erwerb der Vermögensgegenstände der das Unternehmen betreibenden Rechtsperson („asset-deal“) zu unterscheiden. Beim share-deal liegt keine vollstreckungsrechtliche Rechtsnachfolge vor, da die rechtsfähige Gesellschaft selbst Vollstreckungsgläubiger bzw. -schuldner bleibt, vgl. unten Ziffer D. IV. Beim asset-deal ordnet hingegen § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB an, dass der Unternehmenserwerber für die betrieblichen Verbindlichkeiten haftet, soweit es sich um einen kaufmännischen Betrieb (und nicht etwa einen freiberuflichen!) handelt. Der bisherige Inhaber haftet daneben gemäß § 26 HGB als Gesamtschuldner für einen Zeitraum von fünf Jahren weiter. Ungeachtet der heftig umstrittenen dogmatischen Struktur der Vorschrift handelt es sich vollstreckungsrechtlich um einen Rechtsnachfolgetatbestand gemäß § 729 Abs. 2 ZPO.

Für die Parallelnorm des § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB, wonach auch die Forderungen des Unternehmens als auf den Erwerber übergegangen gelten, existiert hingegen keine vollstreckungsrechtliche Vorschrift des Inhalts, dass die Klausel auf den Erwerber als Titelgläubiger umgeschrieben werden könnte. Der Grund liegt darin, dass § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB gerade keinen echten Vermögensübergang anordnet (§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB andererseits einen echten gesetzlichen Schuldbeitritt), so dass nur eine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Forderung möglich ist.³⁷

3. Nachzuweisen ist zunächst der Erwerb des Handelsgeschäfts unter Lebenden und die Firmenfortführung. Dies geschieht am zweckmäßigsten durch einen Handelsregisterauszug. Hierdurch wird zugleich nachgewiesen, dass kein wirksamer Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs. 2 Alt. 1 HGB besteht. Dass kein Haftungsausschluss durch Mitteilung (§ 25 Abs. 2 Alt. 2 HGB) erfolgt ist, braucht nach überwiegender Ansicht nicht gesondert nachgewiesen zu werden.³⁸ Handelt es sich um ein einzelkaufmännisches Unternehmen, ist trotz § 344 HGB nach herrschender Auffassung zusätzlich ein Nachweis darüber notwendig, dass es sich um eine Geschäftsverbindlichkeit handelt.³⁹ Dieser Nachweis ist am einfachsten zu führen, wenn sich dies bereits aus der zu vollstreckbaren Urkunde ergibt, z. B. weil der Schuldner sich unter seiner Firma unterworfen hat.⁴⁰

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen die (B-AG) (und weiterhin gegen die A-GmbH als Gesamtschuldner) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Die vollstreckbare Verbindlichkeit wurde von (der A-GmbH) in ihrem Geschäftsbetrieb begründet. (Bei Einzel-

kaufleuten: Nachweis hierfür). Die (B-AG) hat das Handelsgeschäft der Schuldnerin durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben und führt es unter alter Firma/unter der Firma (...) fort. Dies ist nachgewiesen durch Eintragung im Handelsregister des Amtsgerichts (...), HRB (...). Ein Haftungsausschluss wurde nicht ins Handelsregister eingetragen, § 25 Abs. 2 HGB. Gemäß § 26 Abs. 1 HGB haften (die A-GmbH) und (die B-AG) als Gesamtschuldner. (Evtl. beglaubigten Handelsregisterauszug oder Notarbescheinigung gemäß § 21 BNotO anfügen, vgl. Einleitung Ziffer 3.)

III. Eintritt in das Geschäft des Einzelkaufmanns

1. A betreibt ein einzelkaufmännisches Unternehmen und hat sich wegen einer Geschäftsverbindlichkeit in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Später beteiligt sich B an dem Unternehmen, welches zukünftig als OHG/KG fortgeführt wird. Der Gläubiger G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschaft.

2. Für den Fall des Eintritts eines Dritten in ein einzelkaufmännisches Unternehmen und der Entstehung einer Personenhandelsgesellschaft sieht § 28 HGB einen gesetzlichen Schuldbeitritt vor. Anders als § 25 HGB ist eine Firmenfortführung hierfür nicht Voraussetzung. Nach überwiegender Meinung⁴¹ gilt § 729 Abs. 2 ZPO für diesen Tatbestand analog, was wegen der Parallelität von § 28 HGB zu § 25 HGB überzeugend ist. Auf die Gründung einer GbR, Partnerschaftsgesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft kann § 28 HGB allerdings nicht angewendet werden.⁴² Zu beachten ist jedoch, dass § 28 HGB nur die Haftung der Gesellschaft betrifft. Die persönliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters ergibt sich aus § 128 HGB. Es ist daher fraglich, ob auch diesbezüglich die Klausel umgeschrieben werden kann. Für den vergleichbaren Fall des Eintritts eines neuen Gesellschafters in eine bereits bestehende Gesellschaft und seine Haftung gemäß § 130 HGB wird dies überwiegend abgelehnt, siehe sogleich Ziffer D. IV. 3. Es spricht nichts dafür, den vorliegenden Fall des Eintritts in ein einzelkaufmännisches Unternehmen insoweit anders zu beurteilen. Eine Klauselerteilung gegen den eingetretenen Gesellschafter wegen dessen persönlicher Haftung sollte daher abgelehnt werden.⁴³

3. Der Antragsteller muss zum einen die Zugehörigkeit der titulierten Forderung zum einzelkaufmännischen Unternehmen des A in der Form des § 727 ZPO nachweisen, vgl. Ziffer C. II. 3. Weiterhin ist die Gründung der Personenhandelsgesellschaft unter Einbringung dieses Unternehmens als Voraussetzung des § 28 HGB entsprechend nachzuweisen.

4. Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung auch gegen die (AB-OHG) als Gesamtschuldnerin erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Die vollstreckbare Verbindlichkeit wurde von (A) in seinem Geschäftsbetrieb begründet. Dies ist nachgewiesen durch (die Urkunde selbst). (B) ist als persönlich haftender Gesellschafter in das Unternehmen eingetreten, welches nunmehr als (AB-OHG) firmiert. Dies ist nachgewiesen durch (...). Ein Haftungsausschluss wurde nicht ins Handelsregister Amtsgericht (...), HRA (...) eingetragen, § 28 Abs. 2 HGB.

³⁷ Wolfsteiner, Rdnr. 43.22.

³⁸ Zöller/Stöber, § 729 Rdnr. 9.

³⁹ Zöller/Stöber, § 729 Rdnr. 9.

⁴⁰ Wolfsteiner, Rdnr. 45.11.

⁴¹ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 729 Rdnr. 10; Zöller/Stöber, § 729 Rdnr. 13.

⁴² Wolfsteiner, Rdnr. 45.16. f.

⁴³ A. A. Wolfsteiner, Rdnr. 45.14. f.

A und die AB-OHG haften gemäß § 28 HGB als Gesamtschuldner.

(Evtl. beglaubigten Handelsregisterauszug oder Notarscheinigung gemäß § 21 BNotO anfügen, vgl. Einleitung Ziffer 3.)

IV. Gesellschafterwechsel bei einer Personengesellschaft

1. Die AB-GbR, bestehend aus A und B hat zugunsten der G-Bank eine Grundschuld mit Schuldanerkenntnis bestellt und sich in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht unterworfen. Hinsichtlich der persönlichen Haftung liegt auch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch A und B persönlich vor. Nunmehr tritt B seinen Gesellschaftsanteil an C ab, was auch entsprechend im Grundbuch eingetragen wird. Die G-Bank beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel.

2. Bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand ändert sich an der Haftung und an der Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch die Gesellschaft selbst grundsätzlich nichts. Dies gilt zunächst für Kapitalgesellschaften und gemäß § 124 HGB auch für Personenhandelsgesellschaften. Seit der für die Praxis maßgeblichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch die Rechtsprechung dürfte es an sich auch bei dieser insoweit keine Unterschiede zur OHG mehr geben. Aufgrund der Vorschrift des § 47 Abs. 2 GBO, wonach die GbR im Grundbuch nicht allein, sondern nur zusammen mit ihren Gesellschaftern eingetragen werden kann, hat der BGH jedoch für den Bereich des Grundstücksrechts anders entschieden.⁴⁴ Da die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück die Identität von Vollstreckungsschuldner und Eigentümer voraussetze, müsse der Titel die Gesellschafter ausweisen und diese mit den im Grundbuch eingetragenen Personen übereinstimmen. Habe sich der Gesellschafterbestand geändert, müsse dies daher nicht nur im Grundbuch nachvollzogen werden, sondern auch auf dem Titel. Die Klausel sei daher in entsprechender Anwendung von § 727 ZPO umzuschreiben.

Der BGH stellt richtigerweise klar, dass an sich kein Fall einer Rechtsnachfolge vorliegt, weil Eigentümer des Grundstücks und Vollstreckungsschuldner stets die rechtsfähige GbR bleiben. Es bestehe jedoch eine planwidrige Regelungslücke, weshalb § 727 ZPO analog auf den Gesellschafterwechsel anwendbar sei. Hierdurch projiziert der BGH die Vorschrift des § 47 Abs. 2 GBO letztlich ins Klauselverfahren. Der Gleichlauf zwischen Grundbuchstand und Titel soll nach überzeugender Auffassung des BGH auch durch die analoge Anwendung des § 1148 BGB sichergestellt werden. Mit anderen Worten: Wurde der Gesellschafterwechsel (entgegen § 82 Satz 3 GBO) nicht ins Grundbuch eingetragen, so braucht auch die Klausel nicht umgeschrieben werden. Vielmehr kann sich der Gläubiger auf den Grundbuchstand verlassen und die Vollstreckung weiter betreiben.

Die vorgenannte analoge Anwendung des § 727 ZPO gilt angesichts der Begründung des BGH allerdings nur insoweit, als der Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 GBO reicht. Liegt daher keine GbR (sondern eine Personenhandelsgesellschaft vor) oder betrifft der titulierte Anspruch kein Grundstück der Gesellschaft (sondern einen schuldrechtlichen Anspruch), so bleibt es dabei, dass der Gesellschafterwechsel keine Auswirkung auf die Haftung der rechtsfähigen Gesellschaft hat und

daher eine Klauselumschreibung hinsichtlich der Gesellschaft selbst ausscheidet.

Eine andere und im Rahmen sämtlicher Personengesellschaften auftretende Frage ist demgegenüber, inwieweit ein Gesellschafterwechsel eine Klauselumschreibung gegen die Gesellschafter wegen ihrer persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten zur Folge hat. Während ein ausscheidender Gesellschafter gemäß §§ 128, 160 HGB (evtl. in Verbindung mit § 736 Abs. 2 BGB) grundsätzlich weiterhaftet, begründet § 130 HGB für einen neu eintretenden Gesellschafter ebenfalls eine Haftung für Altverbindlichkeiten; die Vorschrift ist nach der Rechtsprechung auf die GbR analog anzuwenden.⁴⁵ Es stellt sich daher zunächst das Problem, ob deswegen eine gegen die Gesellschaft lautende Vollstreckungsklausel wegen einer (nicht dinglichen) Gesellschaftsverbindlichkeit gegen den neuen Gesellschafter umgeschrieben werden kann. Dies wird von einer Literaturansicht in Analogie zu § 729 Abs. 2 ZPO bejaht.⁴⁶ Zwar sei bei der erstmaligen Zwangsvollstreckungsunterwerfung strikt zwischen der Haftung der Gesellschaft und der Haftung der Gesellschafter zu unterscheiden, so dass eine Erteilung der Klausel gegen die Gesellschafter ausscheide, wenn sich nur die Gesellschaft selbst der Zwangsvollstreckung unterworfen habe, vgl. § 129 Abs. 4 HGB. Es ist daher darauf zu achten, dass sich die Gesellschafter sowohl im Namen der Gesellschaft als auch im eigenen Namen wegen ihrer persönlichen Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB der Zwangsvollstreckung unterwerfen. Im Falle des nachträglichen Eintritts eines Gesellschafter habe der Gläubiger aber bei der Titellerrichtung noch keine Gelegenheit gehabt, auf eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch diesen hinzuwirken, so dass eine Umschreibung der Klausel gerechtfertigt sei.

Der BGH hat indes in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 die Vollstreckungsgegenklage eines neu eingetretenen Gesellschafter gegen einen auf die GbR lautenden Titel wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses abgewiesen, da der Gläubiger eine Titelumschreibung nach § 727 ZPO wegen der persönlichen Haftung des neuen Gesellschafter nicht vornehmen könne.⁴⁷ Auch Teile der Kommentarliteratur lehnen eine solche wegen der Haftung mit dem Privatvermögen ab und berufen sich dabei auf den Rechtsgedanken des § 129 Abs. 4 HGB.⁴⁸ Dem ist zuzustimmen, weil das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers keine Durchbrechung des Grundsatzes rechtfertigt, dass es sich bei der Haftung der Gesellschaft und der Haftung der Gesellschafter um verschiedene Ansprüche handelt, und deshalb aus der Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Gesellschaft nicht nachträglich eine solche des neuen Gesellschafter gemacht werden kann.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob eine eventuelle Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Altgesellschafter wegen ihrer Gesellschafterhaftung gegen den neu eintretenden Gesellschafter umgeschrieben werden kann. Auch dies ist jedoch zu verneinen, weil der neue Gesellschafter – was seine Haftung mit dem Privatvermögen betrifft – nicht Rechtsnachfolger der bisherigen Gesellschafter ist. Es kommt lediglich eine Umschreibung der gegen die Altgesellschafter lautenden Klausel (auch) auf den neuen Gesellschafter wegen Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen in Betracht, weil trotz anerkannter Rechtsfähigkeit der GbR hierfür entweder ein Titel gegen die Gesellschaft selbst oder gemäß § 736 ZPO gegen alle Ge-

⁴⁵ BGH, NJW 2003, 1803.

⁴⁶ Vgl. *Scheel*, NotBZ 2000, 295 m. w. N.

⁴⁷ BGH, ZIP 2007, 64.

⁴⁸ *Zöller/Stöber*, § 736 Rdnr. 5.

⁴⁴ BGH, ZIP 2011, 119.

sellschafter notwendig und ausreichend ist.⁴⁹ Handelt es sich aber um eine andere Gesellschaftsform als die GbR oder hat sich die Gesellschaft (wie im Beispielfall) bereits selbst der Zwangsvollstreckung unterworfen, kann richtigerweise gar keine Umschreibung der Klausel gegen die Gesellschafter erfolgen.

3. Soweit nach dem vorgenannten Urteil des BGH wegen des dinglichen Anspruchs gegen die GbR eine Klauselumschreibung gemäß § 727 ZPO analog vorzunehmen ist, ist dem Notar der Gesellschafterwechsel nachzuweisen. Dies dürfte in aller Regel unproblematisch sein, da sich dieser Umstand bereits aus dem Grundbuch ergibt. Zwar soll das Grundbuch nach der Gesetzesbegründung zu § 47 Abs. 2 GBO gerade nicht als allgemeines Gesellschaftsregister für die GbR fungieren.⁵⁰ Soweit es jedoch gerade um die dingliche Haftung mit dem Grundstück geht, ist der Wortlaut des § 899 a BGB (Vermutungswirkung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“) erfüllt.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird (in dinglicher Hinsicht) aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird (der G-Bank) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (in dinglicher Hinsicht) gegen die (AB-GbR), nunmehr bestehend aus (A und C), erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der ursprüngliche Gesellschafter (B) hat seinen Gesellschaftsanteil an (C) abgetreten. Dies geht hervor aus der Eintragung im Grundbuch und ist damit offenkundig.

(Eine Klauselumschreibung bezüglich der persönlichen Haftung der Gesellschaft scheidet aus, weil insoweit keine Rechtsnachfolge vorliegt und auch kein Bedürfnis nach einer Anpassung der Klausel an den Grundbuchstand besteht. Auch eine Klauselumschreibung wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter ist nicht möglich. Insofern liegt keine Rechtsnachfolge vor.)

V. Beendigung einer Gesellschaft

1. Die AB-KG ist Schuldnerin einer vollstreckbaren Urkunde. An der KG sind A und B als Gesellschafter beteiligt. B scheidet aus der Gesellschaft aus, woraufhin A das Unternehmen alleine weiterführt. Der Gläubiger G beantragt die Umschreibung der Klausel von der KG auf A.

2. Wird eine Kapital- oder Personengesellschaft regulär durch Liquidation aufgelöst, so ist die Gesellschaft in Liqui-

dation identisch mit der werbenden Gesellschaft. Eine Rechtsnachfolge liegt daher nicht vor, die Klausel kann entsprechend Ziffer D. I. allenfalls berichtigt, aber nicht umgeschrieben werden. Nach dem endgültigen Erlöschen der Gesellschaft fällt die Vollstreckungspartei weg, die Klausel kann lediglich eingezogen, aber nicht neu erteilt werden, insbesondere nicht gegen die ehemaligen Gesellschafter, da gemäß § 129 Abs. 4 HGB ein Titel gegen die Gesellschaft nicht gegen die Gesellschafter wirkt (zum Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns vgl. aber oben I).

Anders ist es jedoch, wenn sich bei einer Personengesellschaft alle Gesellschaftsanteile in einer Hand vereinigen und der einzig verbleibende „Gesellschafter“ das Unternehmen weiterführt. Nach ganz herrschender Meinung tritt in diesem Fall eine Gesamtrechtsnachfolge ein, d. h. alle Rechte und Verbindlichkeiten der bisherigen Gesellschaft wachsen entsprechend § 738 BGB dem verbleibenden Gesellschafter an.⁵¹ Aus diesem Grund kann die bisher für bzw. gegen die Gesellschaft selbst gerichtete Klausel nunmehr gemäß § 727 ZPO auf den das Unternehmen fortführenden Gesellschafter umgeschrieben werden.⁵²

3. Die Gesamtrechtsnachfolge als solche ist in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen, z. B. durch den Vertrag über die Abtretung der Gesellschaftsanteile in öffentlicher Form.⁵³

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (A) erteilt.

Feststellungen/Gründe: (A) war Gesellschafter der Titelschuldnerin, (der AB-KG). Der einzige weitere Gesellschafter (B) ist aus der Gesellschaft ausgeschieden am (...). Der das Unternehmen fortführende (A) ist Gesamtrechtsnachfolger der Titelschuldnerin. All dies ist nachgewiesen durch Eintragung im Handelsregister des Amtsgerichts (...), HRA (...) sowie Vertrag über die Abtretung aller Gesellschaftsanteile vom (...), welcher heute in Ausfertigung/beglaubigter Abschrift vorliegt und dieser Ausfertigung beigelegt ist.

⁵¹ Vgl. *Baumbach/Hopt*, 34. Aufl. 2010, § 142 Rdnr. 13 m. w. N.

⁵² *Wolfsteiner*, Rdnr. 44.28.

⁵³ Entgegen *Scheel* NotBZ 2000, 286, 294 dürfte der Nachweis hingegen in der Regel nicht durch einen Handelsregisterauszug über das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters gemäß § 143 Abs. 2 HGB geführt werden können, da das Registergericht in diesem Fall normalerweise lediglich das Erlöschen der Gesellschaft einträgt.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

⁴⁹ BGH, ZIP 2007, 64.

⁵⁰ BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

Die erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder

Von Notarassessor *Ralf Rebhan*, Bayreuth

Am 15.4.2011 wurde im Bundesgesetzblatt das Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung beschlossen. Das Gesetz kommt als Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der Deutschland wegen der Ungleichbehandlung eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes wegen eines Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verurteilt hatte. Das Gesetz tritt in den für das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht nichtehelicher Kinder maßgeblichen Bestimmungen rückwirkend zum 29.5.2009 in Kraft. Damit wird die noch bestehende Ungleichbehandlung für alle Todesfälle ab diesem Zeitpunkt beseitigt.

1. Ausgangslage

Während nichteheliche Kinder nach ihrer Mutter – also der Frau, die sie geboren hat, § 1591 BGB¹ – schon immer erbberechtigt waren,² haben sich Gesetzgeber und Gerichte mit der von Art. 6 Abs. 5 GG geforderten³ Anerkennung eines Erbrechts aller nichtehelichen Kinder nach ihrem rechtlichen Vater⁴ erstaunlicherweise lange schwer getan.

Nach § 1589 Abs. 2 BGB a. F. galt ein nichteheliches Kind als nicht mit seinem Vater verwandt; demzufolge kam zwischen ihm und dem nichtehelichen Vater (bzw. den jeweiligen Verwandten) ein gesetzliches Erbrecht nicht in Betracht.⁵ Diese Vorschrift wurde durch das Nichtehelichengesetz vom 19.8.1969 aufgehoben – allerdings nur für Erbfälle nach dem 30.6.1970 und nur wenn das Kind nach dem 30.6.1949 geboren war.⁶ Zudem blieb eine weitere bedeutsame Ausnahme: Wenn der Erbe, dessen Verwandtschaft mit dem Erblasser nichtehelich begründet war, mit den nächsten Angehörigen des Erblassers zusammentraf, also mit seiner Ehefrau oder seinen ehelichen Abkömmlingen oder beim nichtehelichen Kind als Erblasser mit dessen Mutter, erhielt es anstelle des gesetzlichen Erbteils einen sog. Erbersatzanspruch in Form eines Geldanspruchs gegen die Erben in Höhe des ihm an sich zustehenden Erbteils.⁷ Konflikte innerhalb einer Erben-gemeinschaft mit der ehelichen Familie sollten dadurch vermieden werden.^{7a}

Erst mit dem Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – ErbGleichG)⁸ wurde für alle Erbfälle ab dem 1.4.1998 auch den nichtehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht bzw. Pflichtteilsrecht nach ihrem Vater (und umgekehrt!) eingeräumt.⁹ Dies gilt allerdings nicht, wenn zu diesem Zeitpunkt

bereits ein Erbaugleich durch wirksame Vereinbarung getroffen oder der Erbaugleich durch rechtskräftiges Urteil zuerkannt wurde, Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB.¹⁰ Ausgenommen von der Gleichstellung wurden wiederum die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder, Art. 12, § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG.¹¹

Ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht kommt auch dann in Betracht, wenn der nichteheliche Vater des vor der Wiedervereinigung geborenen nichtehelichen Kindes am 2.10.1990 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der damaligen DDR hatte¹² – für nichteheliche Kinder sollten Nachteile durch die Wiedervereinigung vermieden werden:¹³ denn schon mit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs der DDR am 1.1.1976 waren die nichtehelichen Kinder den ehelichen Kindern im Beitrittsgebiet völlig gleichgestellt worden.¹⁴

2. Gleichstellung durch Heirat der Eltern oder durch Gleichstellungsvereinbarung

Vor dem 1.7.1949 geborene nichteheliche Kinder konnten den Status eines ehelichen Kindes erwerben, wenn ihre Eltern geheiratet haben – ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Eheschließung.¹⁵ Zwar gab es hierfür ab dem 1.7.1998 keine gesetzliche Grundlage mehr, da § 1719 Satz 1 BGB a. F., der diese Rechtsfolge anordnete, durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz¹⁶ aufgehoben wurde. Das BVerfG hat darin aber einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG gesehen.¹⁷ Das BVerfG lässt ausdrücklich offen, wie eine verfassungskonforme Lösung zu finden ist und überlässt es der Instanzrechtspre-

¹ Mutter im Rechtssinn ist also z. B. auch die Frau, die eine befruchtete Eizelle einer anderen Frau austrägt, vgl. *Palandt/Brudermüller*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1591 Rdnr. 1.

² von *Dickhuth-Harrach*, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, S. 88; *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, S. 24.

³ *Leipold*, Erbrecht, S. 37; *ders.*, ZEV 2009, 488, 488.

⁴ Ein nicht mit der Mutter des Kindes verheirateter Mann wird Vater im Rechtssinn, wenn er die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt wird (§ 1592 Nr. 3 BGB).

⁵ *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, S. 24.

⁶ *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 24.

⁷ *Leipold*, ZEV 2009, 488; *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 24.

^{7a} *Rauscher*, ZEV 1998, 41.

⁸ BGBI I 1997, S. 2968 f. vom 19.12.1997.

⁹ von *Dickhuth-Harrach*, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2011, S. 88.

¹⁰ von *Dickhuth-Harrach*, a. a. O., S. 92, dort auch zur Behandlung von Zahlungen, die ein Vater im Hinblick auf einen Erbaugleich geleistet und nicht zurückgefordert hat, der nicht mehr vor dem Stichtag 1.4.1998 wirksam geworden ist; *Palandt/Weidlich*, § 1924 Rdnr. 9.

¹¹ von *Dickhuth-Harrach*, a. a. O., S. 88.

¹² *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 25; vgl. auch Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB a. F.

¹³ *Leipold*, ZEV 2009, 488; *König*, FÜR 2010, 396, 396; von *Dickhuth-Harrach*, a. a. O., S. 91. Nach ganz herrschender Auffassung wird durch die Regelung aber auch ein volles gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht des Vaters des nichtehelichen Kindes begründet, vgl. ausführlich zum Streitstand m. w. N. *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 27; *Rauscher*, ZEV 1998, 41, 45; a. A. *Schlüter/Fegeler*, FamRZ 1998, 1337, 1341 f.

¹⁴ *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 24 u. 26, auch zur Sonderkonstellation von in der DDR belegenen Grundvermögen; vgl. zur Rechtslage in der DDR bis zum 1.1.1976 ausführlich *Mampel*, NJW 1976, 593, 594; Zunächst galt auch in der DDR die Vorschrift des § 1589 Abs. 2 BGB a. F., ab dem 1.4.1966 hatten nichteheliche Kinder unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Erbrecht.

¹⁵ *Herrler*, ZEV 2009, 135, 136.

¹⁶ BGBI I 1997, S. 2942.

¹⁷ BVerfG, MittBayNot 2009, 234 = ZEV 2009, 134, 135 m. Anm. *Herrler*; vgl. auch *Leipold*, ZEV 2009, 488, 489.

chung, ob das Kind im Wege der verfassungskonformen Auslegung aufgrund der nachfolgenden Ehe der Eltern nicht als „nichteheliches Kind“ i. S. v. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG anzusehen ist, ob § 1719 BGB a. F. unter die „bisherigen Vorschriften“ gemäß Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG zu subsumieren ist oder eine analoge Anwendung dieser Norm geboten ist.¹⁸

Schließlich konnten Vater und nichteheliches Kind durch eine notariell beurkundete Gleichstellungsvereinbarung die Nichtanwendung der Stichtagsregelung des § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG für künftige Erbfälle vereinbaren, § 10 a Abs. 1 Satz 1 NEheLG.¹⁹ Diese Gleichstellungsvereinbarung begründet auch die gegenseitigen erbrechtlichen Beziehungen der beiderseitigen Verwandten.²⁰

3. Die Entscheidung des EGMR vom 28.5.2009

Während das BVerfG in der Stichtagsregelung des Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheLG (Ausschluss der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder) keinen Verfassungsverstoß erkennen konnte,²¹ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einer besonderen Konstellation²² – die Tochter lebte einen großen Teil ihres Lebens in der DDR, statt der Tochter wären ausschließlich Erben der dritten Ordnung berufen, Vater und Kind unterhielten regelmäßigen Kontakt – einen Verstoß gegen Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i. V. m. Art. 8 EMRK festgestellt.²³

Anders als Entscheidungen des BVerfG kann der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weder konventionswidrige Entscheidungen nationaler Gerichte aufheben noch eine innerstaatliche Norm für nichtig erklären.²⁴ Die EMRK steht grundsätzlich nur im Rang eines einfachen Gesetzes;²⁵ Gerichte sind zwar wie alle staatlichen Organe verpflichtet, einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen, aber nur dann, wenn das ohne einen materiellen Gesetzesverstoß möglich ist (Bindung an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG)^{25 a}. Die obergerichtliche Rechtsprechung²⁶ war deshalb auch nach der Entscheidung des EGMR zurückhaltend: So haben z. B. das OLG Stuttgart, das KG und das OLG Köln ein Erbrecht vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelicher Kinder verneint.²⁷

¹⁸ Zu den einzelnen Möglichkeiten ausführlich *Herrler*, ZEV 2009, 135, 136 f.

¹⁹ Vgl. von *Dickhuth-Harrach*, a. a. O., S. 90, auch zu den weiteren Voraussetzungen dieser Gleichstellungsvereinbarung; *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 25.

²⁰ *W. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, a. a. O., S. 27.

²¹ BVerfGE 44, 1 = NJW 1977, 1677, wenngleich mit Zweifeln, wie aus der Formulierung „können als noch verfassungsgemäß angesehen werden“ hervorgeht, vgl. *Leipold*, ZEV 2009, 488, 488; BVerfG, DNotZ 2004, 471 = FamRZ 2004, 433.

²² *Leipold*, ZEV 2009, 488, 489 weist darauf hin, dass diese besondere Konstellation allerdings auch dem BVerfG im Jahr 2003 vorlag; *König*, FPR 2010, 396, 396.

²³ EGMR v. 28.5.2009, in auszugsweiser deutscher Übersetzung ZEV 2009, 510 = DNotZ 2010, 136 = FamRZ 2009, 1293 m. Anm. *Henrich*.

²⁴ *Leipold*, ZEV 2009, 488, 490.

²⁵ *Bäßler*, Zerb 2011, 92, 93 m. w. N.

^{25 a} BVerfG = NJW 2004, 3407, 3408.

²⁶ Vgl. die Nachweise bei *Krug*, ZEV 2010, 505 ff.

²⁷ OLG Stuttgart, ZEV 2010, 249; KG, ZEV 2010, 524 = MittBayNot 2011, 243; OLG Köln, Beschluss vom 10.10.2010, Wx 39/10.

4. Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder

a) Erbfälle vor dem 29.5.2009 („Altfälle“)

Der Gesetzgeber hat durch das Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder²⁸ vom 12.4.2011 reagiert: Nach dem neuen Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheLG kann ein vor dem 1.7.1949 geborenes nichteheliches Kind, dem vor dem 29.5.2009 kein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater oder dessen Verwandten zustand, Wertersatz für die ihm entgangenen erbrechtlichen Ansprüche verlangen, wenn der Staat gemäß § 1936 BGB Erbe geworden ist. Aber auch nur dann: Kein Wertersatz wird gewährt, wenn nicht der Staat, sondern Verwandte oder der Ehegatte gesetzliche Erben wurden. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 2 NEheLG gewährt dem nichtehelichen Kind einen Auskunftsanspruch über den Wert des Nachlasses gegenüber dem Bund bzw. Land. Nach § 10 Abs. 2 Satz 3 Hs. 1 NEheLG gelten für die Verjährung des Anspruchs die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Da keine Sonderregelung eingreift, gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Es gilt keine Verjährungshöchstfrist: § 199 Abs. 3 a BGB wird ausdrücklich für unanwendbar erklärt, § 10 Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 NEheLG, und auch § 199 Abs. 4 BGB greift nicht, weil dieser nur andere Ansprüche als die nach § 1999 Abs. 3 a BGB erfasst.

b) Erbfälle ab dem 29.5.2009

Nach der Übergangsvorschrift des Art. 5 Satz 2 des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder – Inkrafttreten mit Wirkung vom 29.5.2009 – wurde mit Rückwirkung auf diesen Tag auch die alte Stichtagsregelung mit dem Ausschluss der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder aufgehoben. Danach sind für Erbfälle ab diesem Zeitpunkt auch die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder, die bisher nicht gesetzliche Erben ihres Vaters und seiner Verwandten waren – wie alle anderen nichtehelichen Kinder –, den ehelichen Kindern gleichgestellt.²⁹ Zu beachten ist, dass nach einem neuen Art. 12 § 10 Abs. 3 NEheLG das Anfechtungsrecht des § 2079 Satz 1 BGB wegen des kraft Gesetzes neu entstandenen Pflichtteilsanspruchs eines nichtehelichen Kindes oder seiner Abkömmlinge ausgeschlossen ist – die nunmehr bestehende Pflichtteilsberechtigung führt also nicht dazu, dass letztwillige Verfügungen durch die neue gesetzliche Regelung anfechtbar werden, wenn ein bislang nicht erb- und pflichtteilsberechtigtes Kind nicht bedacht wurde.³⁰ Eher theoretischer Natur ist die Frage, ob ein durch die Neuregelung nunmehr pflichtteilsberechtigter Vater eine letztwillige Verfügung seines nichtehelichen Kindes anfechten könnte, wenn dieses z. B. ohne Abkömmlinge verstirbt und seinen Ehepartner testamentarisch bedacht hat. Es handelt sich m. E. um eine planwidrige Regelungslücke, die wegen der vergleichbaren Interessenlage durch analoge Anwendung der Vorschrift zu schließen ist – der Gesetzgeber hat diesen Fall schlicht übersehen. Für zwischen dem 29.5.2009 und dem 15.4.2011 bereits rechtskräftig

²⁸ Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung, BGBl 2011, S. 615 f.

²⁹ Erläuterung, 874. BR, 24.9.10.

³⁰ Kritisch *Bäßler*, Zerb 2011, 92, 96, für den Fall, dass der nichteheliche Vater bereits einer ervertraglichen Bindung unterliegt.

zulasten nichtehelicher Kinder entschiedener Fälle ordnet Art. 12 § 24 Abs. 3 NEheG eine Rechtskraftdurchbrechung an: In einem neuen Rechtsstreit kann nicht eingewandt werden, dass über den Streitgegenstand bereits rechtskräftig entschieden wurde. Für zwischen dem 29.5.2009 und dem 15.4.2011 erteilte, durch die Neuregelung unrichtig gewordenen Erbscheine gibt es eine Sonderregelung: Diese werden nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eingezogen oder für kraftlos erklärt;³¹ allerdings fallen dann keine Gerichtskosten an, auch nicht für die Erteilung eines neuen Erbscheins.³² Fraglich ist, ob dies auch für ggf. anfallende Notarkosten, insbesondere die Gebühr für die eidesstattliche Versicherung zur Erlangung des Erbscheins, § 49 Abs. 1 KostO, gilt, bei der ein regelmäßig auch gestellter Erbscheinantrag nach § 49 Abs. 3 KostO, nicht besonders bewertet wird.³³ Einerseits spricht der Gesetzgeber nur von Gerichtskosten. Auch ist nur von der Erteilung des Erbscheins die Rede, nicht aber von dem vorgelagerten Antrag auf dessen Erteilung. Andererseits war eine Nennung der Notarkosten wegen der Verweisung des § 141 KostO nicht erforderlich. M. E. spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber das gesamte Verfahren vor Notar und Nachlassgericht kostenfrei stellen wollte.

Nicht geklärt ist, ob und wie Zuwendungen, die das nichteheliche Kind zu Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, zu berücksichtigen sind. Da Zuwendungen grundsätzlich nur ausgleichs- und anrechnungspflichtig sind, wenn dies durch den Erblasser ausdrücklich angeordnet wurde (§§ 2050 Abs. 3, 2315 Abs. 1 BGB), kann es aus Sicht des Erblassers zu unerwünschten Ergebnissen kommen. Ggf. kann durch eine nachträgliche Anrechnungsvereinbarung^{33 a} in der Form eines (teilweisen) Pflichtteilsverzichts (§§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB) mit Einwilligung des (neuen) Pflichtteilsberechtigten eine interessengerechte Lösung erzielt werden.

5. Zeitlich begrenzte echte Rückwirkung

Die Testierfreiheit gehört zum Wesensgehalt der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Geschützt ist das Recht des Erblassers, sein Vermögen an den zu vererben, an den er es vererben möchte. Das Grundrecht gewährleistet auch die negative Testierfreiheit und damit die Freiheit, nicht zu testieren und die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen. Die Testierfreiheit dient dadurch der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.^{33 b}

Selbst der EGMR hat in seiner Entscheidung die besondere Bedeutung des Vertrauensschutzes hervorgehoben und betont, dass der zugrundeliegende Sachverhalt außergewöhnlich war. Die vom Gesetzgeber angeordnete echte Rückwirkung kann vor diesem Hintergrund – auch wenn die möglichst vollständige Verwirklichung des Schutzauftrages des Art. 6 Abs. 5 GG von vornherein geboten war – wegen der konfligierenden Grundrechte der Erben einerseits sowie des schon verstorbenen Erblassers andererseits (diesem wird nachträglich ein neuer gesetzlicher Erbe bzw. Pflichtteilsberechtigter „unter-

geschoben“ und er kann auf diese neue Situation nicht mehr reagieren³⁴) auch kritisch angesehen werden. Denn auch wenn der Erblasser durch die Entscheidung des EGMR gewarnt sein konnte, wird er doch häufig auf die geltende Rechtslage vertraut und nicht – quasi ins Blaue hinein – vorsorglich neu testiert haben. Besondere Härtefälle sind – vor allem angesichts des inzwischen doch hohen Alters der in erster Linie betroffenen Väter der nichtehelichen Kinder – denkbar, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR nicht mehr testierfähig war. Der Gesetzgeber geht allerdings davon aus, dass seit der Entscheidung des EGMR vom 28.5.2009 kein schutzwürdiges Vertrauen in die Beständigkeit des bislang geltenden Rechtszustandes begründet werden konnte.³⁵

Andererseits ist zweifelhaft, ob der neu eingeführte Stichtag 29.5.2009 vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wertewandels selbst in einem „Altfall“ vor dem EGMR Bestand haben würde.³⁶ Schließlich stößt die bisherige Regelung kaum mehr auf Akzeptanz.³⁷ Wie der EGMR letztlich entscheidet, ist offen: In der Entscheidung vom 28.5.2009 hat er doch stark die Besonderheiten des einzelnen Falles hervorgehoben – wohl nicht zuletzt, weil seine erbrechtliche Zuständigkeit durchaus auch bezweifelt werden kann.³⁸ Nach Ansicht des Gesetzgebers überwiegt in dieser Konstellation das Vertrauen der Betroffenen, insbesondere der bisherigen Erben: Eine rückwirkende Entziehung der Erbenstellung sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.³⁹

6. Drei Anwendungsbeispiele

In der Beratungssituation ist wichtig, immer vom jeweiligen Erblasser auszugehen. Wann das nichteheliche Kind selbst verstorben ist, muss dagegen nicht ausschlaggebend sein:

Bsp.: Der 1913 geborene Erblasser E hat ein im Jahr 1943 geborenes nichteheliches Kind und ist im Mai 2011 im Alter von 98 Jahren verstorben. Der 1963 vorverstorbene nichteheliche Sohn hinterlässt eine Tochter T. Weitere Abkömmlinge des verwitweten E gibt es nicht. Hier erbt die Enkelin T als Alleinerbin. Da die Stichtagsregelung des Art. 12 § 10 Abs. 2 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder nicht mehr gilt, greift § 1589 Abs. 2 a. F. BGB nicht ein, so dass die Enkelin mit ihrem Großvater verwandt ist.

Vorschnell wäre es auch, bei Todesfällen nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung

34 In aller wünschenswerter Klarheit die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/4776, S. 7: „Nicht ohne Grund sollen Änderungen des Erbrechts nach Möglichkeit immer nur für die Zukunft wirken. Denn ein zwischenzeitlich verstorbener Erblasser hat keine Möglichkeit mehr, sich auf die durch eine rückwirkende Änderung entstandene neue Rechtslage einzustellen, etwa im Wege testamentarischer Gestaltung oder durch Verfügung zu Lebzeiten.“

35 Erläuterung, 874. BR, 24.9.10.

36 *Bäßler*, *Zerb* 2011, 92, 96 ff., der insbesondere dem anwaltlichen Praktiker den „Weg durch die Instanzen“ bis zum EGMR empfiehlt, da eine ausreichende Erfolgchance bestehe, dass der EGMR die neue Regelung wegen der zeitlich begrenzten Rückwirkung wiederum als nicht vereinbar mit Art. 8 und 14 EMRK ansehen werde.

37 Auch der Gesetzgeber hat eine weitergehende Rückwirkung intensiv diskutiert, vgl. Protokoll des Deutschen Bundestages, 93. Sitzung vom 24.2.2011, 10603 ff., sowie die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/4776, S. 7.

38 Vgl. *Leipold*, *ZEV* 2009, 488, 490.

39 Erläuterung, 874. BR, 24.9.10.

31 Unklar bleibt, warum *Bäßler*, *Zerb* 2011, 92, 96 meint, ab dem 29.5.2009 könnten Dritte, die auf die Legitimationswirkung des Erbscheins angewiesen sind, nicht mehr auf den Erbschein vertrauen. Schließlich bleiben §§ 2365 ff. BGB unberührt.

32 Vgl. Art. 12 § 24 Abs. 1, 2 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder.

33 Vgl. dazu allgemein *Waldner*, *Die Kostenordnung für Anfänger*, Rdnr. 212.

33 a Vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2315 Rdnr. 3.

33 b *BVerfGE* 99, 341, 350.

und der Abgabenordnung immer von einem gesetzlichen Erbrecht des nichtehelichen Kindes auszugehen:

Bsp: Im Mai 2011 stirbt der verwitwete Erblasser E und hinterlässt eine eheliche Tochter T (geboren 1963) und einen nichtehelichen Sohn S (geboren 1965). Im Jahr 1987 war zwischen E und S der vorzeitige Erbaugleich wirksam vereinbart worden. Damit gilt weiter § 1589 Abs. 2 BGB a. F.: E und S gelten auch im Jahr 2011 als nicht verwandt. Denn der Ausschluss des S von der Erbfolge beruht nicht auf der nun aufgehobenen Stichtagsregelung (Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheLG), sondern auf der Übergangsregelung des Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB.

Auch der Gegenschluss – keine Gleichstellung, wenn das nichteheliche Kind vor dem 1.7.1949 geboren wurde und der Sterbefall vor Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung erfolgt – ist nicht zwingend:

Bsp.: Im April 2009 stirbt das 1943 geborene nichteheliche Kind K und hinterlässt keine Abkömmlinge. K hat seine Ehefrau F zu seiner Alleinerbin eingesetzt. Der Vater von K will wissen, ob er einen Pflichtteilsanspruch geltend machen kann. Das ist dann tatsächlich der Fall, wenn V und K vor dem Tod des K eine notarielle Gleichstellungsvereinbarung getroffen haben, vgl. § 10 a Abs. 1 Satz 1 NEheLG i. V. m § 10 Abs. 2 NEheLG in der zu diesem Zeitpunkt gültigen Fassung. Dieser Gesichtspunkt muss also im Gespräch mit den Beteiligten erörtert werden.

Die Beispielfälle zeigen: Jeder erb- und pflichtteilsrechtliche Sachverhalt unter (möglicher) Beteiligung nichtehelicher Kinder – sei es als Erben, Erblasser oder „Verwandtschaftsvermittler“ – verdient besondere Beachtung.

Bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts hilft folgende von *von Dickhuth-Harrach* entwickelte Grafik⁴⁰:

⁴⁰ Aus von *Dickhuth-Harrach*, a. a. O., S. 93

7. Übersicht: Der erbrechtliche Status nichtehelicher Kinder

Sterbefall	DDR-Bürger		Bundesbürger	
vor dem 1.4.1966	altes BGB § 1589 Abs. 2 a. F.: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten als nicht verwandt.“			
ab 1.4.1966	Gleichstellung minderjähriger, u. U. auch volljähriger nichtehelicher Kinder durch § 9 EGFG		BGB i. d. F. des NEheLG	Ausnahme: altes BGB gilt weiter, wenn das Kind vor dem 1.7.1949 geboren ist (aber Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern möglich)
ab 1.7.1970				
ab 1.1.1976	vollständige Gleichstellung durch das ZGB			
ab 3.10.1990	Gleichstellung zur Besitzstandswahrung (auch für vor dem 1.7.1949 geborene Kinder), wenn das Kind vor dem 3.10.1990 geboren ist und der Vater am 2.10.1990 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der DDR hatte	Kind ab 3.10.1990 geboren: BGB i. d. F. des NEheLG		
ab 1.4.1998		ausnahmsweise Weitergeltung der bisherigen Vorschriften, wenn Erbaugleich vor dem 1.4.1998 wirksam vereinbart oder rechtskräftig zuerkannt worden ist		nach wie vor nicht gleichgestellt (aber ab 1.7.1998 Gleichstellungsvereinbarung möglich)
		Gleichstellung		
ab 29.5.2009		ausnahmsweise Weitergeltung der bisherigen Vorschriften, wenn Erbaugleich vor dem 1.4.1998 wirksam vereinbart oder rechtskräftig zuerkannt worden ist		Gleichstellung
		Gleichstellung		

BUCHBESPRECHUNGEN

Hügel/Scheel: *Rechtshandbuch Wohnungseigentum*. 3. Aufl., ZAP-Verlag, 2011. 762 S., 88 € + CD-ROM

Die Bedeutung des Wohnungseigentumsrechts nimmt bei inzwischen ca. fünf Millionen Eigentumswohnungen in Deutschland immer mehr zu. Gemessen hieran ist es erstaunlich, wie klein die Zahl derjenigen ist, die sich mit dieser Materie auskennen. Die Rechtswissenschaft liebt diesen Stoff nicht. Dem Studenten ist es zumeist eine terra incognita. Das hat auch mit den Eigenheiten des Wohnungseigentumsrechts zu tun. Das Gebiet birgt seine eigenen Geheimnisse, die es durch bloßes Lesen des Gesetzestextes auch unter Zuhilfenahme eines Kommentars keineswegs freiwillig preisgibt. Hier hilft im Ergebnis nur jahrelange praktische Erfahrung.

Stefan Hügel gehört seit mehr als einem Jahrzehnt zu den Eingeweihten. In zahlreichen Publikationen, aber auch in der Ausbildung von Notaren und Rechtsanwälten hat er sich tief in das WEG eingearbeitet. Als Sachverständiger begleitete er die WEG-Novelle kritisch und kennt daher ihre Entstehungsgeschichte und Hintergründe. In dem nun in 3. Auflage vorgelegten *Rechtshandbuch Wohnungseigentum* vermag er daher immer wieder zielgenau auf die hierdurch gelösten oder auch neu entstandenen Probleme hinzuweisen.

Als Notar hat *Hügel* die für die notarielle Praxis besonders wichtigen Teile des Buches geschrieben. Er führt zunächst in das Thema ein und bespricht Begründung und Veränderung des Wohnungseigentums. Ein eigener Abschnitt ist dem Erwerb des Wohnungseigentums gewidmet, in dem insbesondere auf den Bauträgervertrag eingegangen wird. Auch jene Teile, die sich mit der Wohnungseigentümergeinschaft und den Verhältnissen der Wohnungseigentümer untereinander beschäftigen, liegen in seinem Verantwortungsbereich, ebenso das Wohnungserbbaurecht.

Jochen Scheel führt vor allem durch die Teilgebiete, die die Arbeit des Verwalters betreffen. In vielen Hinweisen bringt er praktische Erfahrung aus seiner rechtsanwaltlichen Tätigkeit ein. Er schreibt insbesondere über die Stellung des Verwalters, den Wirtschaftsplan, die Wohnungseigentüerversammlung, die Zustimmung zur Veräußerung und die Sanktionsmöglichkeiten gegen Wohnungseigentümer. *Tobias Scheel* erläutert das Verfahrensrecht.

Das Handbuch wendet sich keineswegs nur an Gleichgesinnte, die sich auf höchster Ebene detailreich in den Fallstricken des Wohnungseigentumsgesetzes verlieren möchten. Es eignet sich hervorragend als Einstiegshilfe in dieses Gebiet. Es ist einfach und klar geschrieben und nach Sachproblemen aufgebaut. Das bedingt zwar gewisse Wiederholungen innerhalb des Buches, gleichzeitig sind hierdurch die Strukturen des Wohnungseigentumsrechts und seine typischen Probleme schnell freigelegt. Vorkenntnisse verlangen die Autoren nicht. Die Grundbegriffe einschlägiger anderer Rechtsgebiete werden erläutert, wo der Sinnzusammenhang dies erfordert. Auch ein Verwalter oder ein Sachbearbeiter einer Notarstelle wird das Buch daher sehr gut verwenden können.

Dennoch sei das Buch uneingeschränkt auch jenen empfohlen, die sich mit der Materie bereits auskennen. Gerade den Vertragsgestalter werden die vielen praktischen Hinweise und Empfehlungen erfreuen. Das Buch enthält nicht nur einen gut verwendbaren Grundstock jener Muster, die jeder Notar im Wohnungseigentumsrecht vorhalten sollte. Es finden sich auch einleuchtende und kreative Antworten auf Fragen, die zwar altbekannt sind, aber von der Gestaltungspraxis noch nicht zu aller Zufriedenheit beantwortet werden konnten. Im Rahmen der Erläuterungen zum Ersterwerb eines Wohnungseigentums vom Bauträger schlägt *Hügel* zum Beispiel vor, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums als sonstiges Recht bzw. sonstige Pflicht i. S. v. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG einzuordnen (Teil 3 Rdnr. 51 ff.). Auf diese Weise könnte eine Zuständigkeit des Verbandes begründet werden. Das Problem des Nachzüglers wäre gelöst. Dies zeigt, wie die durch die Novelle geschaffenen neuen Strukturen sinnvoll eingesetzt werden können. Es bleibt abzuwarten, ob sich dieser Vorschlag durchsetzen kann.

Auch bei der Frage, inwieweit der Verband Immobilieneigentum erwerben kann, nahm *Hügel* als einer der ersten eine praktisch handhabbare Haltung ein. Sie dürfte sich durchgesetzt haben und findet sich nun auch im *Rechtshandbuch Wohnungseigentum* (Teil 4 Rdnr. 29 ff.). Ähnliches ist ihm hinsichtlich seiner Auffassung zu wünschen, dass es für die Berechnung der Mehrheiten bei den unabdingbaren Beschlusskompetenzen der WEG-Novelle auf das für die Gemeinschaft auch sonst geltende Stimmrechtspinzip ankommt (Teil 8 Rdnr. 35). Wieder zu finden ist auch sein bekannter Vorschlag, Mehrheitsentscheidungen aufgrund von Öffnungsklauseln als „Mehrheitsvereinbarungen“ einzuordnen, um auf diese Entscheidungen entgegen dem Bestreben des Gesetzgebers die Regeln über die Vereinbarungen anwenden zu können, sie insbesondere in das Grundbuch einzutragen (Teil 5 Rdnr. 77 ff.). Damit koppelt sich *Hügel* inzwischen auch von der herrschenden Literatur ab. Seine Ausführungen zeigen aber gekonnt, an welcher Stelle die herrschende Meinung noch ansetzen muss, um die Reform folgerichtig anzuwenden. Das Problem des § 5 Abs. 4 WEG scheint hier noch nicht gelöst. Noch rätselt die Literatur, ob es wirklich sein kann, dass die Einführung einer Öffnungsklausel keiner Drittberechtigtenzustimmung bedarf, wo doch Beschlüsse eigentlich auch keiner solchen Zustimmung bedürfen und damit die Drittberechtigten über die Einführung einer Öffnungsklausel mit anschließendem Beschluss umgangen werden könnten.

Im *Rechtshandbuch Wohnungseigentum* schreiben also Kenner der juristischen Materie mit dem richtigen Gespür für die in der Praxis relevanten Fragen. Ihre Auffassungen sind stets fundiert, die angebotenen Lösungen sind handhabbar. Das Buch stellt einen wertvollen Beitrag zu diesem wichtigen Tätigkeitsbereich des Notars dar. Die Anschaffung kann nur empfohlen werden.

Notar Dr. *Christian Berringer*, Sonthofen

Müller: Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer – insbesondere durch den bevollmächtigten Bauträger. Beck, 2010. 331 S., 69 €

Das OLG Düsseldorf hat unlängst (RNotZ 2010, 198) folgenden Leitsatz aufgestellt: Erstellen die Wohnungseigentümer anstatt der bisherigen gemeinschaftlichen Heizungsanlage einzelne Heizungsanlagen für die jeweiligen Sondereigentumseinheiten und ändern sie die Teilungserklärung dahin, dass diese einzelnen Heizungsanlagen als Sondereigentum zu den jeweiligen Wohnungen gehören, so bedarf diese Änderung – auch unter Beachtung der Sonderregelung des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG – der Zustimmung der nur in Bezug auf einzelne Wohnungs- und Teileigentumsrechte dinglich Berechtigten.

Worum ging es? Nach der beschriebenen Umrüstung der Heizungsanlage wollten die Wohnungseigentümer in einem notariellen Nachtrag zur Teilungserklärung vereinbaren, dass die einzelnen Heizungen nun im Sondereigentum des jeweiligen Eigentümers stehen. Das Grundbuchamt verlangte hierzu die Zustimmung sämtlicher dinglich Berechtigter. Die Beteiligten hingegen verwiesen auf den Rechtsgedanken des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG und hielten eine solche Zustimmung für entbehrlich, weil jeder Eigentümer das Eigentum an seiner Heizung erhalte. Das OLG Düsseldorf bestätigte die Rechtsmeinung des Grundbuchamtes mit folgender Begründung: Die Heizungsanlage stehe laut der ursprünglichen Teilungserklärung im Gemeinschaftseigentum. Die nachträgliche Zuweisung der neuen Heizungen in das Sondereigentum stelle deshalb eine Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum dar und bedürfe deshalb nach § 4 Abs. 1 und 2 WEG der Einigung aller Eigentümer und der Eintragung in das Grundbuch. Gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB sei deshalb auch die Zustimmung dinglich Berechtigter erforderlich. § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG könne auf solche sachenrechtlichen Veränderungen analog nicht angewendet werden.

Das OLG Düsseldorf hat für seine Entscheidung – zeitlich bedingt – nicht die hier vorzustellende Dissertation von *Maximilian Müller* berücksichtigen können. Möglicherweise hätte es sonst seine Meinung nochmals überdacht. Wer diese kluge und detailreiche Arbeit durcharbeitet, ist mit Sicherheit in seinem Grundverständnis von Wohnungseigentum nachhaltig bereichert. *Müller* beschränkt sich nämlich keineswegs auf eine Darstellung der Änderung des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer. Zur Vorbereitung dieser Ausführungen erarbeitet er nämlich auf immerhin fast 60 Seiten zunächst das sachenrechtliche Grundverständnis von Wohnungseigentum. *Müller* folgt hierbei der herrschenden Ansicht (z. B. *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, § 4 Rdnr. 2), indem er die Einräumung von Sondereigentum als Inhaltsänderung des Miteigentums begreift und nicht als Neuordnung von Eigentum (so *Staudinger/Rapp*, § 4 WEG Rdnr. 3; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, Teil 2 Rdnr. 44). Erst daran anschließend und auf seinen im ersten Kapitel gewonnenen Erkenntnissen aufbauend beschäftigt sich *Müller* mit den Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer. Er untersucht hierbei jede erdenkliche Änderungsvariante, von der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum zu Sondereigentum und umgekehrt, über die isolierte Neuzuteilung von Sondereigentum, der isolierten Änderung der Miteigentumsquote bis hin zur Unterteilung und Zusammenlegung von Wohnungseigentum. Diese Änderungen werden jeweils in mühevoller Detailarbeit in allen ihren Verästelungen dargestellt. Besonders wertvoll für den Notar sind die hieraus gewonnenen praktischen Schlussfolgerungen: Wer muss in welcher Form mitwirken, welche dinglich Berechtigten müssen zustimmen, was ist im Grundbuch einzutragen. Schon

dieser Teil der Arbeit allein hätte die Verleihung des Doktorgrades mühelos gerechtfertigt.

Müller begnügt sich hiermit jedoch nicht, sondern wendet sich in einem zweiten, fast gleich langen Teil, der Frage zu, wie und unter welchen Voraussetzungen solche sachenrechtlichen Veränderungen durch den aufteilenden Bauträger allein – in der Errichtungsphase des Baukörpers – vorgenommen werden können. Ist der erste Teil der Arbeit Sachenrecht pur, beschäftigt sich der zweite Teil weitgehend mit den sog. Änderungsvorbehalten und Änderungsvollmachten für Bauträger und damit mit schuldrechtlichen Vorschriften, vornehmlich der Bestimmung in § 308 Nr. 4 BGB. Akribisch setzt sich *Müller* mit den unterschiedlichen Änderungswünschen der Bauträger auseinander und überprüft deren Zulässigkeit an den gesetzlichen Vorgaben. Für die notarielle Praxis spannend ist, dass der Autor seine Erkenntnisse auf die in der Kautelarpraxis bekannten Gestaltungsvorschläge überträgt und sie einer Zulässigkeitsprüfung unterzieht. Kurz zusammengefasst und wohl nicht überraschend: Nicht jede der üblichen und empfohlenen Formulierungen hat vor den kritischen Augen von *Müller* Bestand.

Gerade diese Kombination zeichnet diese Arbeit aus. Einmal eine ungemein exakte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einer sehr komplexen Rechtsmaterie, zum anderen die Darstellung der aus den theoretisch gewonnenen Erkenntnissen folgenden Konsequenzen für die Praxis. Mehr kann von einer Dissertation beim besten Willen nicht erwartet werden. Aufgrund der wichtigen Erkenntnisse für die notarielle Praxis wurde das Werk zu Recht in die Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts aufgenommen und ist damit erfreulicherweise einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich.

Die Praxistauglichkeit des Werks hält einem Stresstest anhand der Entscheidung des OLG Düsseldorf problemlos stand. Der oben geschilderte Fall wird von *Müller* auf Seite 115, 116 theoretisch erörtert und praktisch gelöst. Völlig zutreffend stellt dort *Müller* nämlich fest, dass sich die Kompetenz zur rechtsgeschäftlichen Begründung von Sondereigentum ausschließlich auf die Begründung von Sondereigentum an Räumen beschränke. Die Zuweisung von Gebäudebestandteilen zum Sondereigentum hingegen erfolge durch Gesetz (§ 5 Abs. 1 WEG). Das rechtsgeschäftlich begründete Sondereigentum an Räumen werde somit kraft gesetzlicher Anordnung durch das Sondereigentum an Gebäudebestandteilen erweitert. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass den Wohnungseigentümern von vornherein jede Kompetenz fehle, unmittelbar durch Rechtsgeschäft Sondereigentum an wesentlichen Gebäudebestandteilen zu begründen (so auch *F. Schmidt*, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6, VIII. 1 Anm. 6). Ergebnis ist, dass die Heizungen, weil sie nur der Versorgung einer einzigen Einheit dienen, kraft Gesetzes zum jeweiligen Sondereigentum zählen. Damit haben die Wohnungseigentümer mit ihrer Auffassung, dass die Zustimmung dinglich Berechtigter nicht notwendig sei, zwar recht, aber nur deshalb, weil die Änderungsurkunde selbst keinerlei Änderungspotential enthält und somit überflüssig war, womit wiederum die Zurückweisung des Grundbuchamtes zutreffend war, wenn auch mit falscher Begründung. Nicht die fehlende Zustimmung dinglich Berechtigter, sondern die fehlende Änderungskompetenz der Wohnungseigentümer und die mangelnde Eintragungsfähigkeit der Urkunde hätten die Zurückweisung gerechtfertigt.

Dem OLG Düsseldorf, dem Grundbuchamt und auch dem beurkundenden Notar wären die Irrungen im wohnungseigentumsrechtlichen Sachenrecht erspart geblieben, hätten sie das sorgfältig begründete Werk von *Müller* in ihrem Buchregal stehen gehabt und zu Rate gezogen. Eine bessere Empfehlung kann es für ein juristisches Buch nicht geben.

Notar Prof. Dr. *Stefan Hügel*, Weimar

Bergschneider (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 3. Aufl., Beck, 2010. 863 S., 104 € + CD-ROM

Anzuzeigen ist die mittlerweile 3. Auflage des Beck'schen Formularbuchs Familienrecht, für das der renommierte Familienrechtler *Bergschneider* verantwortlich zeichnet. Erfreulicher-(und unüblicher-)weise konnte das Volumen des Werkes bei einer moderaten Preissteigerung (6 €) um über 40 Seiten verringert werden. Das Werk ist im Übrigen auch im Modul Familienrecht PLUS des Verlages enthalten. Nachdem der Rezensent bereits die 2. Auflage begutachten durfte (MittBayNot 2009, 33), kann auf die insoweit bereits gemachten Anmerkungen verwiesen werden. Jedoch gilt es festzustellen, dass Rezensionen – diese wenigstens – durch die Autoren offensichtlich nicht wahrgenommen werden oder keinen Anlass zu Änderungen geben.

Ärgerlicherweise finden sich nämlich die bereits damals angesprochenen Verweisungsfehler in Abschnitt E. II. 2 Anm. 5, F. IV. 11 Anm. 3 und in den Anmerkungen zu den nächsten beiden Formularen unverändert auch in dieser Auflage wieder, ebenso wie die unverständliche Anmerkung 3 zu E. X. 2 mit Ausführungen zur sog. „Dieterle-Klausel“. Durch alle Neuaufgaben „geschafft“ hat es im Formular F. VI. 1 mitsamt Anmerkungen auch die seit 2005 aufgehobene Überleitungsnorm des § 91 BSHG, ohne dass hier nachgebessert wurde.

Positiv hervorzuheben ist die Bearbeitung des Abschnitts N. – Nichteheleiche Lebensgemeinschaft. Der Bearbeiterwechsel hin zum Kollegen *Grziwotz* hat zu hervorragenden Formularen mit wertvollen Anregungen und Hinweisen geführt. Im Wesentlichen unverändert wurden jedoch die erbrechtlichen Vorschläge in N. IV belassen; hier hätte es sich angeboten, entweder die Thematik der entsprechenden Fachliteratur zu überlassen – etwa dem Formularbuch „Erbrecht“ aus der gleichen Produktfamilie – oder der Problematik den gebührenden Raum zu widmen und die zahlreichen Sonderprobleme in diesem Zusammenhang wie etwa Vor- bzw. Nachversterben von als Erben eingesetzten Kindern aus verschiedenen Beziehungen, Bindungswirkung des Erbvertrages beim Ableben des Erstversterbenden, erbschaftsteuerliche Fragen im Hinblick auf die niedrigen Freibeträge zwischen nichtehelichen Lebenspartnern, konkrete Ausgestaltung eines Wohnrechtsvermögens im Hinblick auf Nebenkosten, Vermietbarkeit usw., konkret abzuhandeln.

Leider nicht dem aktuellen Stand entsprechen die Vorsorgeverfügungen in Abschnitt S. V. 1 und S. V. 2. Die vom Gesetzgeber eingeführte (klarstellende) Möglichkeit auch des Widerrufs einer Einwilligung zu medizinischen Maßnahmen gemäß §§ 1904 Abs. 2 bzw. Abs. 5 BGB für einen Bevoll-

mächtigten sollte in der Urkunde seinen Niederschlag finden. Die im Bereich der sog. Patientenverfügung eingefügten Änderungen durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009, BGBl I, S. 2286 sind auch in den Anmerkungen nicht wiedergegeben. Äußerungen zur gesetzgeberischen Differenzierung zwischen „Patientenverfügung“ und „Behandlungswunsch“ – gleich ob man eine Übernahme in das eigene Formular für zwingend erachtet oder nicht – fehlen und wären doch wünschenswert gewesen. Fraglich ist auch, ob mit der gesetzlichen Neuregelung ein „Wiederholungsvermerk“ – wie im Muster vorgesehen – bei der „klassischen“ Patientenverfügung noch aufgenommen werden sollte, oder nicht umgekehrt eine negative Indizwirkung bei einer Nichtwiederholung vermutet werden könnte.

Davon abgesehen jedoch sind die Muster des Formularbuches durchgängig an das zwischen der 2. und 3. Auflage in Kraft getretene FamFG angepasst worden. Wie auch bereits zur Voraufgabe ausgeführt, sind die familienrechtlichen notarspezifischen Kapitel von hervorragender Qualität und uneingeschränkt zu gebrauchen. Die Frage der Regelung von Zuwendungen von Schwiegereltern (Abschnitt J. II. 2) hat durch die jüngste Rechtsprechung des BGH (MittBayNot 2011, 138 m. Anm. *Bruch*) eine gewichtige Änderung erfahren. Die bisherige und entsprechend von *Münch* kommentierte Rechtsprechung, wonach auch in diesem Fall unbenannte Zuwendungen vorlägen, ist jüngst aufgegeben worden. Entsprechend der geänderten Rechtsprechung zur Rückabwicklung von Zuwendungen bei der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (MittBayNot 2009, 137 ff.) sind nunmehr Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB (Zweckverfehlungskondition) und § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) auch im Verhältnis der Schwiegereltern zu Schwiegerkind bei Scheidung der Ehe möglich und auch wahrscheinlich. Vereinbarungen wie im Formular vorgesehen sind daher – falls gewünscht – nach wie vor möglich und auch sinnvoll, sollten jedoch im Hinblick auf die vorstehende Rechtsprechung um o. g. Ansprüche ergänzt werden.

Insgesamt vermögen jedoch die vorstehenden Kritikpunkte den Gesamteindruck des Werks nur unwesentlich zu mindern. Das Formularbuch Familienrecht zeichnet wie in der Voraufgabe eine hervorragende Nutzbarkeit durch die zahlreichen, prägnant kommentierten Formulierungsvorschläge aus. Für Notare ist die Anschaffung insbesondere dann uneingeschränkt zu empfehlen, wenn sich entweder die entsprechende Spezialliteratur insbesondere von *Münch* oder *Grziwotz* noch nicht in der Handbibliothek befindet, oder der – stets sinnvolle – Blick über den Tellerrand in benachbarte, weniger notarrelevante Teilgebiete des Familienrechts gesucht wird.

Notar Dr. *Jürgen Schlögel*, Vilshofen a. d. Donau

Haußleiter/Schulz: Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung. 5. Aufl., Beck, 2011. 500 S., 59 €

Der „*Haußleiter/Schulz*“ ist in 5. Auflage neu erschienen. Schon die Zahl der Auflagen beweist, dass es sich um ein Standardwerk der familienrechtlichen Literatur handelt.

Das Buch geht auf alle Fragen rund um die Vermögensauseinandersetzung bei Scheidung ein. Die ersten drei Kapitel sind den Güterständen gewidmet, wobei besonderer Wert auf die

umfängliche Einarbeitung der Gesetzesänderungen beim Zugewinnausgleich gelegt wurde. Es folgt ein Abschnitt über Ehewohnung und Haushaltsgegenstände. Die „Zweite Spur“ im Familienrecht wird nunmehr unter dem neuen Begriff der „Sonstigen Familiensachen“ nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG zusammengefasst. Die Autoren gehen unter dieser Überschrift ein auf die Fragen des Miteigentums, des Ausgleichs von Schulden, der Rückgewähr von Zuwendungen, des Ausgleichs von Mitarbeit, der Zuwendung vor Eheschließung, des Streits um Bankkonten, des Schadensersatzes und der

Treuhand. Den Schluss bilden Darstellungen zu Steuern sowie zu Vermögensauseinandersetzungen mit Schwiegereltern, bei eingetragenen Lebenspartnern, bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft und anderen Formen gemeinschaftlichen Lebens und Wirtschaftens.

Das Werk besticht vor allem durch seine Praxisnähe und eine geradezu didaktische Aufbereitung der Stofffülle. Zahlreiche Beispielfälle, die auch gerechnet werden, verdeutlichen die rechtlichen Ausführungen. Ganze Sachgebiete erschließen sich durch Stichwortlisten, z. B. zur Bewertung von Vermögensgegenständen (Kap. 1, Rdnr. 167 ff.) zur groben Unbilligkeit beim Zugewinnausgleich (Kap. 1, Rdnr. 535 ff.) oder zu Schadensersatzansprüchen unter Ehegatten (Kap. 5, Rdnr. 448).

Der „*Haußleiter/Schulz*“ kann aber zugleich die Meinungsführerschaft bei zahlreichen neuen Fragestellungen beanspruchen, so etwa bei der Indexierung des negativen Anfangsvermögens (Kap. 1, Rdnr. 62 ff.), beim Doppelverwertungs-

verbot (Kap. 1, Rdnr. 107 ff.) oder bei der Berechnung des „gleitenden Vermögenserwerbs“ aufgrund von Vorbehaltsrechten älter werdender Berechtigter (Kap. 1, Rdnr. 411 ff.), wengleich der Rezensent eher skeptisch bleibt, ob die vorgeschlagene Berechnung und Schätzung in solchen Fällen in der Praxis bei streitenden Parteien ohne ein sachverständiges Gutachten auskommt.

Schon die Voraufgaben wurden in vielen Gerichtsentscheidungen zitiert und bildeten so die Grundlage mancher Judikate. Wer sich auf den „*Haußleiter/Schulz*“ berufen kann, der ist sozusagen auf der sicheren Seite.

Das Buch hat daher nicht nur in der Anwaltschaft und Richterschaft seinen festen Platz, sondern ist auch dem Notar, der trotz der Abschaffung des § 630 ZPO eher in zunehmender Tendenz mit Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen befasst ist, zur Anschaffung nachdrücklich zu empfehlen.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

Hölters (Hrsg.): AktG. Vahlen, 2011. 2 468 S., 269 €

Zwar wächst die Anzahl der Aktiengesellschaften nur in geringem Umfang, so dass ihre Bedeutung für die notarielle Praxis weitgehend stagniert. Trotzdem hält der Gesetzgeber seinen mit dem UMAG im Jahr 2005 eingeleiteten Reform-eifer unvermindert aufrecht, wodurch die mit jeder Änderung des Aktiengesetzes einhergehende Flut an Rechtsprechung und Aufsätzen nicht abreißt. Die Verlage reagieren auf den steten Wandel nicht nur mit laufenden Neuauflagen der bestehenden, etablierten Werke, sondern können darüber hinaus mit einer ständigen Ausweitung des Sortiments aufwarten.

C. H. Beck und Vahlen haben nunmehr zwischen dem weit verbreiteten Standardkurzkommentar von *Hüffer* (9. Aufl. 2010, 2 022 S., 128 €) und den zweibändigen Werken von *Schmidt/Lutter* (2. Aufl. 2010, 3 938 S., 269 €) und *Spindler/Stilz* (2. Aufl. 2010, 3 996 S., 475 €) einen „großen“ einbändigen Kommentar zum Aktiengesetz platziert, der vom Düsseldorf Rechtsanwalt *Hölters* herausgegeben wird. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem neuesten Stand und wurden bis August 2010 berücksichtigt, so dass sämtliche aktuellen Reformgesetze (insbesondere ARUG, VorstAG, MoMiG, BilMoG, Risikobegrenzungsgesetz und FGG-Reformgesetz) eingearbeitet werden konnten.

Dabei gibt der Kommentar schon auf den ersten Blick ein rundum positives Bild ab. Der Aufbau der Kommentierungen ist durchweg einheitlich strukturiert und folgt dem üblichen Schema, bei dem jedem Paragraphen ein allgemeiner Teil, in dem Regelungsgegenstand, Normzweck und Systematik der Vorschrift erläutert werden, den detaillierten Einzelerläuterungen vorangestellt ist. Die Zusammensetzung des Autorenteam ausschließlich aus Praktikern – vornehmlich aus der Rechtsanwaltschaft – erweist sich für den Alltagsgebrauch zumeist als Vorteil gegenüber den „wissenschaftlicheren“ zweibändigen Kommentaren. Die Darstellung ist durchweg kompakt, so dass die für die Praxis relevante herrschende Meinung zu einer streitigen Rechtsfrage sofort auffindbar ist. Mindermeinungen werden meist nur in den Fußnoten dargestellt, regelmäßig aber nicht weiter vertieft oder selbst entwickelt. Bei den aktuellen Rechtsfragen ist dagegen die Darstellung ausführlicher als im *Hüffer*. Dies gilt auch für

die besonders notarrelevanten Vorschriften zur Gründung der Gesellschaft (§§ 23–53 AktG), die vom Bonner Notarskollegen *Solveen* bearbeitet wurden und die vom Frankfurter Rechtsanwalt *Drinhausen* verfasste Kommentierung zur Niederschrift über die Hauptversammlung (§ 130 AktG). So folgt *Drinhausen* bei der zuletzt ausführlich diskutierten Frage, wann der in der Hauptversammlung erstellte Entwurf zur Niederschrift i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG wird, ohne näher auf die abweichenden Auffassungen einzugehen der Ansicht des BGH (MittBayNot 2009, 245 [LS]), wonach es auf die „Entäußerung“, also die Erteilung von Ausfertigungen oder Abschriften der vom Notar autorisierten Endfassung des Protokolls ankomme. Ebenso kompakt fallen die Kommentierungen zu den durch das ARUG neu eingefügten Vorschriften über die Teilnahme an der Hauptversammlung im Wege der elektronischen Kommunikation (§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG) und die Abstimmung durch „Briefwahl“ (§ 118 Abs. 2 AktG) aus. Da die entsprechenden Rechte (ggf. als Ermächtigung des Vorstands) nur dann bestehen, wenn sie in der Satzung vorgesehen sind, wären hier allerdings detaillierte Ausführungen für die notarielle Gestaltungspraxis hilfreich (vgl. beispielsweise zur Beschränkung des Auskunftsrechts bei elektronischer Teilnahme *Kersting*, NZG 2010, 130 ff. und zur Frage der „Schriftlichkeit“ bei der Briefwahl *Hüffer*, AktG, § 118 Rdnr. 8g).

Relativ ausführlich ist dagegen die Kommentierung von *Englisch* zum Freigabeverfahren gemäß § 246 a AktG, welches zur Verhinderung missbräuchlicher Anfechtungsklagen durch das ARUG nochmals ausgeweitet wurde. Die Ausführungen folgen auch hier im Grundsatz der jeweils herrschenden Meinung, wobei der Autor vereinzelt eigene Akzente setzt. Wenig überzeugend ist allerdings die Auffassung, das Freigabeverfahren fände bei allgemeinen Feststellungsklagen keine Anwendung (§ 246 a Rdnr. 7). Der Zweck des Verfahrens, unverhältnismäßige Wirksamkeitsverzögerungen zu verhindern, wäre ausgehebelt, wenn sog. Berufungsaktionäre auf die Feststellungsklage ausweichen könnten, um die Registereintragung zu verhindern. Mit der Aussetzung der Eintragung wäre dann regelmäßig zu rechnen, zumal die klagenden Aktionäre in der Praxis das Registergericht auf die Klageerhebung selbst hinweisen, so dass es entgegen *Englisch* auf

die fehlende Anwendbarkeit von § 246 Abs. 4 AktG auf Feststellungsklagen nicht ankommt.

Trotz dieser vereinzelt Kritikpunkte stellt der Kommentar von *Hölters* zweifelsohne eine gelungene Neuveröffent-

lichung dar, der denjenigen Kollegen uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann, die nicht nur gelegentlich mit dem Aktienrecht zu tun haben.

Notar Dr. *Florian Satzl*, LL.M. (Columbia), Straubing

Hölters (Hrsg.): Handbuch Unternehmenskauf. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 1 610 S., 149 €

Das bewährte Handbuch Unternehmenskauf behandelt sein Thema nicht aus der Perspektive des Vertragsgestalters, die Vertragsbeispiele in Anhang A (ohne Beigabe einer CD-ROM) machen nur ca. 100 Seiten des 1 610 Seiten starken Werkes aus. Auch steht die notarielle Perspektive nicht im Vordergrund. Geschrieben ist das Handbuch für den Praktiker, der die rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergründe verstehen und abklären will. Für diesen aber bildet es eine Fundgrube interessanter Überlegungen und Erkenntnisse. Die Anschaffungsempfehlung für den Notar, der das Thema über die bloße Vertragsgestaltung hinaus erfassen will, kann also ausgesprochen werden.

Dargestellt wird der Unternehmenskauf in seiner gesamten Breite, d. h. für alle Gesellschaftsformen und für alle Transaktionsstrukturen. Wenn etwa in Teil VII Rdnr. 151, die Überschrift das Thema der „Zustimmung der Gesellschafter“ ankündigt, so werden unter a) OHG und KG, unter b) die GmbH und unter c) die AG behandelt. Der Verfasser dieser Rezension war zunächst gespannt, ob die parallele Behandlung einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Fallgestaltungen nicht notwendigerweise zu einer Verflachung führen muss. Gesagt werden darf, dass dies nicht der Fall ist. Das Buch hält durchgehend hohes Niveau. Die Technik der parallelen Behandlung scheint dabei Analogieschlüsse zu erleichtern. So wird in Teil VII Rdnr. 152 der Fall erörtert, dass eine GmbH „ihr wesentliches Vermögen im Ganzen“ veräußert. *Semler* führt hier aus, in dieser Situation komme es zu einer entsprechenden Anwendung von § 179 a AktG, und zwar insbesondere was die Rechtsfolge dieser Vorschrift angehe. Das ist eine weitreichende Behauptung, denn § 179 a AktG wirkt ja seiner Rechtsfolge nach in das Außenverhältnis hinein (siehe etwa *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 179 a Rdnr. 13 f.), so dass der Übertragungsvertrag unwirksam wäre, jedenfalls aber einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterläge (so ausdrücklich *Semler*, a. a. O.). Für den Notar würde folgen, dass eine als Projektgesellschaft verwendete GmbH, die mit einem Grundstück ihr wesentliches Vermögen veräußert, den Kauf-

vertrag nur dann wirksam (bzw. kondiktionsfest) vereinbaren könnte, wenn ein zustimmender Gesellschafterbeschluss vorläge. Als Beleg führt *Semler* nur ein Zitat an (*Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, § 37 GmbHG Rdnr. 11), in dem § 179 a AktG nicht genannt ist. Die (kaum erörterte) Idee der rechtsfolgestrengen analogen Anwendung des § 179 a AktG dürfte wohl von *Hachenburg/Ulmer* (Großkommentar GmbHG, 8. Aufl., § 53 Rdnr. 164) abstammen (der BGH hat diese Fundstelle einmal in anderem Zusammenhang als herrschende Meinung zitiert: NJW 1995, S. 596). Im Blick auf die keine Lücke lassende Vorschrift des § 37 Abs. 2 GmbHG (auf den sich die Praxis mehr oder weniger bedenkenlos verlässt) scheint für eine entsprechende Anwendung von § 179 a AktG aber kein Raum zu sein – jedenfalls soweit es um dessen Rechtsfolge geht.

In der neuen 7. Auflage kamen drei neue Kapitel hinzu, nämlich zu den Themen „Private Equity“, „Erwerb von Immobilienunternehmen“ sowie „Der Unternehmenskaufvertrag nach anglo-amerikanischem Muster“. Die Ausführungen zum „Erwerb von Immobilienunternehmen“ etwa geben neben einer Vielzahl interessanter Details auch Aufschluss über die wirtschaftlichen Hintergründe und Interessenlage der Parteien, und zwar so konzentriert, dass der Leser zur durchgängigen Lektüre eingeladen ist. Beispielsweise die Ausführungen zur Grunderwerbsteuer beim Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften lassen einen Gesamtüberblick entstehen, der die Gestaltungsmöglichkeiten sehr gut sichtbar werden lässt.

In der Gesamtschau wird für den nutzenden Notar nicht die Abklärung einer Einzelfrage im Vordergrund stehen – hier greift man zu der der jeweiligen Gesellschaftsform gewidmeten Literatur –, vielmehr wird es um das Gesamtbild und die Einordnung des eigenen Anteils hieran gehen. Der Notar kann hier erfahren, an welcher Stelle des Gesamtvorganges er eingebunden ist, aufgrund welcher Rahmenbedingungen die Struktur von Unternehmenskaufverträgen so und nicht anders ist und welche wirtschaftliche Funktion eine bestimmte Transaktionsform erfüllt.

Notar Dr. *Robert Walz*, München

Dorsel (Hrsg.): Kölner Formularbuch Erbrecht. Heymanns, 2011. 1 410 S., 129 € + CD-ROM

Als zweiter Titel der neuen Reihe „Kölner Hand- und Formularbücher der notariellen Praxis“ ist das „Kölner Formularbuch Erbrecht“ (Stand Oktober 2010) im vertrauten Erscheinungsbild des „*Kersten/Bühling*“ erschienen. Gut, dass in der Fülle an (erbrechtlicher) Literatur geographische Attribute in der Titulierung zwischenzeitlich als Identifikationsmerkmal

dienen. Im vorliegenden Fall ist dies zugleich Hinweis auf den überwiegend dem rheinischen Notariat zugehörigen Autorenkreis, ausnahmslos aus der Kollegenschaft.

Sicherlich lässt sich angesichts der Menge an bewährter erbrechtlicher Literatur darüber streiten, ob es eines weiteren Formularbuchs im Erbrecht bedurft hätte. Schließlich kann das Rad nicht neu erfunden werden und davon scheinen auf den ersten Blick zahlreiche enthaltene Formulierungen-

beispiele auch von bayerischen Kollegen mit Hinweisen wie „ähnlich/Muster nach ...“ zu zeugen. Aber Konkurrenz belebt bekanntlich das Geschäft. Insoweit ist es ein Vorteil gerade dieses Werkes, dass es – ohne dies zu leugnen – von vornherein unter Berücksichtigung bereits vorhandener erbrechtlicher Literatur geschaffen wurde und somit in vergleichender Weise häufig mehrere Gestaltungsalternativen gegenüberstellt. Umfassende Fußnoten und nicht nur dem jeweiligen Kapitel vorangestellte Literaturangaben verweisen zudem auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung.

Das Formularbuch ist in 21 Kapitel von „Vorüberlegungen zur gewillkürten Erbfolge“ bis zu „Steuerrecht und Erbfolge“ untergliedert. Die ersten Kapitel beschäftigen sich allesamt mit erbrechtlichen Gestaltungsmitteln, wobei sich hier über die Schlüssigkeit der Gliederung vielleicht streiten lässt. Warum erbrechtliche Gestaltungsmittel an späterer Stelle noch einmal unter dem Titel „Einflussnahme des Erblassers über seinen Tod hinaus“ erläutert werden (praktisch alle Gestaltungsmittel dürften mehr oder weniger eine solche Einflussnahme bewirken) ist nicht einleuchtend. Das gelungene Stichwortverzeichnis führt aber zu einer schnellen Auffindbarkeit des jeweiligen Detailproblems. Dies gilt auch in den folgenden Abschnitten, wo man beispielsweise bei den „erbrechtlich relevanten Rechtsgeschäften zwischen Erblasser und künftigen Erben“ auch Ausführungen zum Erb- und Pflichtteilsverzicht erwartet hätte. Letztere finden sich in einem umfas-

sendes Kapitel zur „Verminderung und Vermeidung von Pflichtteilsrechten“ (Kapitel 10) wieder.

Insgesamt betrachtet ist das Formularbuch umfangreicher und stellenweise – im positiven Sinn – lehrbuchhafter als andere Formularbücher. Exemplarisch hierfür lassen sich die Abschnitte zum Zuwendungsverzicht (Kapitel 16 B.), dessen gewachsener Bedeutung nach der geänderten Gesetzeslage damit Rechnung getragen wird, ebenso wie der Abschnitt zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses (Kapitel 14 D.) und ein gesondertes Kapitel zum landwirtschaftlichen Erbrecht (Kapitel 12) nennen.

Es finden sich in allen Abschnitten zu den umfassenden, auch steuerlichen Erläuterungen variantenreiche Mustertexte vorrangig in Form von Einzelbausteinen. Diese Konzeption wird im letzten Kapitel mit zahlreichen Gesamtmustern zu typisierten Sachverhaltskonstellationen in gelungener Weise durchbrochen. Insbesondere den längeren Mustertexten, dies sei als Kritik am Layout angemerkt, fehlt es jedoch an Übersichtlichkeit.

Fazit: Mangels Alleinstellungsmerkmal, welches es am heutigen Markt immer seltener geben wird, vielleicht kein „must have“, aber eine gelungene, empfehlenswerte Alternative zu vorhandenen Formularbüchern im Erbrecht.

Notarin Dr. Heike Stiebitz, Wassertrüdingen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 307, 308 (*Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts in einem Anteilskaufvertrag*)

1. Der Abschluss eines Vertrages unter einer aufschiebenden Bedingung stellt kein Lösungsrecht von einer (bestehenden) Leistungspflicht i. S. d. § 308 Nr. 3 BGB dar.

2. Zur Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts in einem Anteilskaufvertrag.

BGH, Urteil vom 8.12.2010, VIII ZR 343/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises für den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an dem unter der Bezeichnung „SB-Markt A. GbR“ aufgelegten geschlossenen Immobilienfonds in Anspruch.

Der Kläger hatte 1991 als Treugeber eine Beteiligung mit einer Quote von vier Prozent an dem von der A. Treuhand treuhänderisch gehaltenen Immobilienfonds erworben. Die Gesellschaft ist Eigentümerin eines mit einem Geschäftshaus bebauten Grundstücks.

Im Jahr 2007 beabsichtigte die Beklagte, an der SB-Markt A. GbR und an weiteren Immobilienfonds der „H.-Gruppe“ Mehrheitsbeteiligungen zu erwerben, die es ihr ermöglichen sollten, eine zum damaligen Zeitpunkt als profitabel erscheinende Veräußerung der Fondsimmobilien an einen Investor vorzunehmen. Deshalb übersandte die Beklagte im Mai 2007 an die Anleger der Fonds von ihr vorbereitete Vertragsentwürfe. Auf dieser Grundlage schlossen der Kläger als Verkäufer und die Beklagte als Käuferin im Sommer 2007 einen Anteilskauf- und Anteilsübertragungsvertrag über den Geschäftsanteil des Klägers an der SB-Markt A. GbR. In § 6 („Bedingungen“) dieses Vertrags heißt es:

„(1) Dieser Kaufvertrag steht mit Ausnahme von § 7 Abs. (2), § 9 und § 10 unter den aufschiebenden Bedingungen, dass

(a) aufgrund des Angebots des Käufers Kaufverträge über eine Beteiligung an der Gesellschaft von mindestens 75 %, höchstens aber 94,9 % zustande kommen und alle Voraussetzungen für den Übergang dieser Beteiligungen auf den Käufer mit Ausnahme der Zahlung des Kaufpreises eingetreten sind,

(b) die Finanzierung des Beteiligungserwerbs des Käufers sichergestellt ist, wobei diese auch im Rahmen einer Neufinanzierung der Gesellschaft erfolgen kann, wenn allen Gesellschaftern bzw. Treugebern eine anteilige Entnahmemöglichkeit verschafft wird, und

(c) sämtliche übrigen Gesellschafter bzw. Treugeber, die ihre Beteiligungen an der Gesellschaft nicht aufgrund des Angebots des Käufers verkaufen, durch schriftliche Erklärung gegenüber der Gesellschaft der Neufinanzierung der Gesellschaft entsprechend § 7 und ggf. der Rückführung ihrer durch Vermögensgegenstände der Gesellschaft besicherten Verbindlichkeiten zustimmen, soweit die Rückführung aus den Mitteln möglich ist, die dem Gesellschafter bzw. Treugeber aufgrund einer Entnahme zufließen, die im Zusammenhang mit der Neufinanzierung der Gesellschaft ggf. beschlossen wird.

(2) Der Käufer kann auf den Eintritt der vorstehenden Bedingungen ganz oder teilweise verzichten und insbesondere auch die zu erwerbende Mindestbeteiligung an der Gesellschaft gemäß Absatz (1) Buchstabe (a) absenken oder die gewünschte Höchstbeteiligung erhöhen. Mit Zahlung des Kaufpreises erklärt der Käufer konkludent, dass er auf den Eintritt einer ggf. noch nicht eingetretenen Bedingung verzichtet.

(3) Sollten die Bedingungen nicht bis zum Ablauf des 31.12.2007 eingetreten sein oder der Käufer auf diese bis dahin nicht verzichtet haben, gelten diese als endgültig ausgefallen.

Gegenseitige Rechte im Zusammenhang mit dem Ausfall der Bedingung bestehen nicht.“

Die Parteien streiten darüber, ob die unter § 6 Abs. (1) b und c genannten Bedingungen wirksam vereinbart und ob sie eingetreten sind. Der Kläger hat Zahlung des vereinbarten Kaufpreises abzüglich einer zwischenzeitlich erhaltenen Ausschüttung begehrt, insgesamt 82.927,05 € nebst Zinsen. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Dem Kläger stehe der geltend gemachte Kaufpreisanspruch nicht zu, weil die zugrundeliegende vertragliche Verpflichtung der Beklagten nicht wirksam geworden sei. Voraussetzung hierfür sei eine kumulative Erfüllung der in § 6 Abs. (1) a bis c des Anteilskaufvertrags vereinbarten Bedingungen bis spätestens zum 31.12.2007. Jedenfalls die unter c genannte Bedingung sei nicht eingetreten und die Verpflichtung der Beklagten zur Kaufpreiszahlung deshalb endgültig entfallen.

Die vereinbarten Bedingungen hielten einer am Maßstab von § 307 Abs. 1 und § 308 Nr. 1 BGB vorzunehmenden AGB-rechtlichen Kontrolle stand. § 308 Nr. 3 BGB sei nicht einschlägig, weil der Vertrag kein Lösungsrecht der Beklagten vorsehe, sondern die vertragliche Verpflichtung selbst aufschiebend bedingt sei. Ob § 308 Nr. 1 BGB den hier vorliegenden Fall überhaupt erfasse, könne dahinstehen, da der Vorbehalt, den die Beklagte mit der für den Eintritt der Bedingungen bis zum 31.12.2007 gesetzten Frist formuliert habe, jedenfalls nicht unangemessen sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Beschaffung der Finanzierung durchaus auch im Interesse des Klägers gelegen habe.

Auch eine unangemessene Benachteiligung des Klägers unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Transparenzgebotes scheide aus. Die unter § 6 Abs. (1) a formulierte Bedingung sei eindeutig. Die unter § 6 Abs. (1) b genannte Voraussetzung werfe zwar die Frage auf, ob die sicherzustellende Finanzierung des Beteiligungserwerbs sich nur auf den Erwerb der Beteiligung des Klägers beziehe oder aber auf die Finanzierung der erstrebten Beteiligung von mindestens 75 % an der Fondsgesellschaft. Indessen hätten die Parteien die Klausel übereinstimmend im ersten Sinne verstanden, so dass sich aus der aufgezeigten Unklarheit eine Benachteiligung des Klägers nicht ergebe. Die unter § 6 Abs. (1) c genannte Voraussetzung sei im Zusammenhang mit der vorstehenden Ziffer und § 7 des Kaufvertrags zu sehen und enthalte gleichfalls keine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB.

Da die wirksam vereinbarten Bedingungen kumulativ zu erfüllen seien, könne im Ergebnis offenbleiben, ob die Beklagte die Finanzierung gemäß § 6 Abs. (1) b sichergestellt habe oder ihr insoweit entsprechend dem Vorbringen des Klägers eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts vorzuwerfen sei. Denn jedenfalls fehle es an der dritten Voraussetzung, weil zwei der Anleger, die ihre Beteiligung nicht an die Beklagte verkauft hätten, der Neufinanzierung nicht zuge-

stimmt hätten. Der insoweit darlegungspflichtige Kläger habe eine derartige Zustimmung nicht vorgetragen, sondern sich darauf beschränkt, den Nichteintritt der Bedingung mit Nichtwissen zu bestreiten; dies sei prozessual unbeachtlich.

Die Mitwirkung der Treuhänderin an dem Beschluss vom 24.7.2007 über die Neufinanzierung der Gesellschaft ersetze nicht ohne weiteres die im Kaufvertrag geforderte Zustimmung der nicht veräußernden Anleger. Dem Treuhandvertrag sei eine Bevollmächtigung der Treuhänderin, die auch die Entnahme der in der Gesellschaft nach der Neufinanzierung vorhandenen Mittel umfasse, nicht zu entnehmen. Es sei auch nicht treuwidrig, dass sich die Beklagte auf die fehlende Zustimmung der nicht veräußernden Anleger berufe. Zwar könnten Gesellschafterbeschlüsse nach § 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages nur binnen eines Monats angefochten werden und sei die Anfechtungsfrist lange vor dem 31.12.2007 abgelaufen. Gleichwohl sei das mit dem Zustimmungserfordernis verfolgte berechnete Interesse der Beklagten, endgültige Gewissheit über die Rechtsbeständigkeit des Umfinanzierungsbeschlusses zu erlangen, nicht entfallen. Der bloße Ablauf der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Anfechtungsfrist schließe die Möglichkeit nicht aus, dass die der Neufinanzierung nicht zustimmenden Anleger später doch eine Nichtigkeitsklage erheben und geltend machen könnten, dass die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene materielle Ausschlussfrist unangemessen und deshalb auf eine längere und somit gewährte Frist zu bemessen sei. Dies habe insbesondere deshalb nahegelegen, weil die nicht veräußernden Anleger angesichts der jeweils gleichlautenden Kaufangebote davon hätten ausgehen dürfen, dass das von der Beklagten erstrebte Modell des Beteiligungserwerbs ohne ihre ausdrückliche Zustimmung ohnehin nicht realisiert werden könne, so dass auch zunächst kein Anlass für eine Anfechtung bestanden habe.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an der SB-Markt A. GbR nicht abgesprochen werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheidet die Wirksamkeit des Kaufvertrags nicht an der fehlenden Zustimmung der beiden nicht veräußernden Gesellschafter zu dem am 24.7.2007 gefassten Beschluss der Gesellschaft über die Neufinanzierung. Auf das entsprechende Zustimmungserfordernis gemäß § 6 Abs. (1) c des Vertrags kann sich die Beklagte nach Treu und Glauben nicht berufen, denn die damit erstrebte Bestandskraft des Beschlusses über die Neufinanzierung steht angesichts der längst abgelaufenen Frist für eine Anfechtungsklage – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht mehr in Frage.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrags und damit die Berechtigung der vom Kläger geltend gemachten Kaufpreisforderung voraussetzt, dass die in § 6 Abs. (1) b des Vertrags vorgesehene Bedingung der Sicherstellung der Finanzierung des Beteiligungserwerbs eingetreten ist. Diese Bestimmung ist, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, weder nach § 308 Nr. 3 oder 8 BGB noch gemäß § 307 Abs. 1 oder 2 BGB unwirksam.

a) Gemäß § 308 Nr. 3 BGB ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen. Dabei ist der Begriff des „Lösungsrechts“ in § 308 Nr. 3 BGB entsprechend dem Zweck dieser

Norm, die Vertragsbindung des Verwenders zu sichern, umfassend zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf Gestaltungsrechte und schuldrechtliche Ansprüche auf Vertragsaufhebung, sondern erfasst darüber hinaus auch Klauseln, die – ohne dass es einer gesonderten Willenserklärung des Verwenders bedarf – zu einem nachträglichen Wegfall der Vertragsbindung führen, insbesondere auflösende Bedingungen (*Bamberger/Roth/Becker*, BGB, 2. Aufl., § 308 Nr. 3 Rdnr. 3; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl., § 308 Rdnr. 14; *Staudinger/Coester-Waltjen*, BGB, Neubearb. 2006, § 308 Nr. 3 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Kieninger*, 5. Aufl., § 308 Nr. 3 Rdnr. 4; *Berger in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 5. Aufl., § 308 Rdnr. 20; *Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl., § 308 Nr. 3 BGB Rdnr. 1).

Die hier zu beurteilende Klausel enthält indes keine auflösende, sondern eine aufschiebende Bedingung. Die Frage, ob die aufschiebende Bedingung der auflösenden im Rahmen des § 308 Nr. 3 BGB gleichzustellen ist, wird in der Literatur kaum erörtert. Einige Autoren führen – ohne nähere Begründung – aus, dass aufschiebende Bedingungen am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB zu prüfen seien (*Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 3 BGB Rdnr. 17; vgl. auch *Staudinger/Coester-Waltjen*, a. a. O., § 308 Nr. 1 Rdnr. 9). Demgegenüber wird in einer vereinzelt Entscheidung aus der Instanzrechtsprechung – ebenfalls ohne nähere Begründung – angenommen, dass auch aufschiebende Bedingungen unter § 308 Nr. 3 BGB fallen (AG Forchheim, NJW-RR 2000, 725).

Das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, dass § 308 Nr. 3 BGB nur Regelungen erfasst, nach denen dem Verwender die Möglichkeit eingeräumt wird, sich ohne einen im Vertrag angegebenen und sachlich gerechtfertigten Grund von einer bereits bestehenden Leistungspflicht zu lösen. Eine derartige Situation besteht bei Abschluss eines aufschiebend bedingten Vertrags vor Eintritt der Bedingung aber gerade nicht, weil die Leistungspflicht von vornherein vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist. Dem Berufungsgericht ist daher darin beizupflichten, dass der Abschluss eines Vertrags unter einer aufschiebenden Bedingung nicht als Lösungsrecht von einer (bestehenden) Leistungspflicht angesehen werden kann. Entgegen der Auffassung der Revision ist eine andere Beurteilung nicht deshalb geboten, weil das aufschiebend bedingte Recht – soweit es Grundstücke betrifft – durch eine Vormerkung gesichert werden kann und gegen Zwischenverfügungen geschützt ist (§ 161 BGB), denn dieser Schutz ändert nichts daran, dass im Fall des Ausbleibens der Bedingung eine vertragliche Leistungspflicht nicht wirksam wird.

b) Die aufschiebende Bedingung in § 6 Abs. (1) b ist auch nicht nach § 307 Abs. 1 oder 2 BGB unwirksam.

aa) Die Klausel verstößt nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist sie hinreichend klar und verständlich, denn für den Verkäufer als Kunden der Beklagten ist ohne weiteres erkennbar, dass die Wirksamkeit des Erwerbs seiner Beteiligung davon abhängt, dass die Beklagte zur Zahlung des hierfür vereinbarten Kaufpreises in der Lage ist. Zwar liegt es angesichts der angestrebten Erwerbsquote auf der Hand, dass aus praktischen Gründen nur eine Gesamtfinanzierung in Betracht kommen dürfte, so dass eine Finanzierung des Beteiligungserwerbs des einzelnen Käufers regelmäßig mit der Gesamtfinanzierung der angestrebten Quote zusammenfallen wird. Dieser tatsächliche Zusammenhang macht die Klausel aber nicht unverständlich.

bb) Die Klausel ist auch nicht wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB un-

wirksam; insbesondere liegt eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) nicht vor.

Zwar macht die Klausel die Wirksamkeit des Vertrages von einem allein der Risikosphäre der Beklagten zuzuordnenden Umstand – der Sicherstellung der Finanzierung des von ihr als Käuferin zu zahlenden Kaufpreises – abhängig und räumt ihr zudem die Möglichkeit ein, jederzeit auf den Eintritt der Bedingung zu verzichten und somit die Wirksamkeit des Vertrages herbeizuführen. Eine Verpflichtung, das ihr Zumutbare für den Eintritt der Bedingung zu unternehmen, ist der Beklagten dabei zumindest nach dem Wortlaut der Klausel nicht auferlegt. Der Eintritt der Bedingung und die Wirksamkeit einer vertraglichen Verpflichtung sind somit weitgehend in das Belieben der Beklagten gestellt, die sich damit – wirtschaftlich betrachtet – praktisch eine Option auf den Beteiligungserwerb hat einräumen lassen. Eine derartige Gestaltung ist jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig.

Allein darin, dass ein Anteilskäufer, der wie die Beklagte den Erwerb einer offen ausgewiesenen hohen Beteiligungsquote anstrebt, die Verbindlichkeit der dazu abgeschlossenen Einzelkaufverträge davon abhängig macht, dass für jeden einzelnen Kaufvertrag und damit – erkennbar – für die Gesamtinvestition die Finanzierung sichergestellt ist, liegt keine unangemessene Benachteiligung der einzelnen Anteilskäufer. Denn wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, liegt die Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung auch in deren Interesse. Zwar erstreckt sich dieses Interesse nicht auf die Gesamtfinanzierung der Investition, sondern nur auf die Sicherstellung der Finanzierung des jeweiligen Einzelkaufpreises. Unter Berücksichtigung des von der Beklagten verfolgten Zwecks, eine für die Objektverwertung erforderliche Beteiligungsquote von mindestens 75 % zu erreichen, kann es indessen nicht als eine missbräuchliche Durchsetzung eigener Interessen der Beklagten auf Kosten ihrer Vertragspartner gewertet werden, dass die Beklagte die Wirksamkeit der einzelnen Kaufverträge im Ergebnis vom Zustandekommen der Gesamtfinanzierung abhängig gemacht hat. Ob eine zu lange Schwebezeit den Kunden unangemessen in seiner Dispositionsfreiheit benachteiligt und wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, bedarf hier keiner Entscheidung, denn der Kläger erstrebt keine Verkürzung der Schwebezeit, sondern die Wirksamkeit des aufschiebend bedingten Vertrages.

Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Kaufvertrag schon deshalb nicht wirksam geworden sei, weil zwei der nicht veräußernden Gesellschafter der am 24.7.2007 beschlossenen Neufinanzierung nicht zugestimmt hätten und deshalb die unter § 6 Abs. (1) c des Vertrags vorgesehene Bedingung nicht eingetreten sei. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass noch am 31.12.2007 eine Anfechtung des Beschlusses durch die nicht veräußernden Gesellschafter in Betracht zu ziehen gewesen sei und deshalb noch keine Gewissheit über die Rechtsbeständigkeit des Finanzierungsbeschlusses bestanden habe.

Die Bedingung der Zustimmung der nicht veräußernden Gesellschafter diene, wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig gesehen hat, dem Interesse der Beklagten an der Rechtsbeständigkeit des Finanzierungsbeschlusses und der Vermeidung von Auseinandersetzungen innerhalb der Gesellschaft darüber. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Möglichkeit einer Anfechtungsklage aber auszuschließen, nachdem seit der Fassung des Gesellschafterbeschlusses rund fünf Monate vergangen waren und die im

Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschlussfrist von einem Monat seit der Beschlussfassung der Gesellschaft somit längst verstrichen war. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 13.2.1995, II ZR 15/94, NJW 1995, 1218 unter [III] 2), von der auch das Berufungsgericht ausgeht, darf die Anfechtungsfrist für Beschlüsse einer Personengesellschaft zwar die als Leitbild heranzuziehende Monatsfrist des § 246 AktG nicht unterschreiten. Anhaltspunkte dafür, dass die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschlussfrist hier wegen besonderer Umstände bei weitem zu kurz bemessen sein könnte, sind jedoch nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnten die nicht veräußernden Gesellschafter nicht wegen der in § 6 Abs. (1) c des Vertrags vorgesehenen Bedingung darauf vertrauen, dass der Beteiligungserwerb nicht ohne ihre Zustimmung zu der Neufinanzierung verwirklicht würde; ein derartiges Vertrauen war schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Beklagte auf den Eintritt der vorgesehenen Bedingungen nach § 6 Abs. (2) des Vertrags jederzeit ganz oder teilweise verzichten konnte.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bestanden deshalb an der Wirksamkeit des Neufinanzierungsbeschlusses der Gesellschaft vom 24.7.2007 keine Zweifel, so dass es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die fehlende förmliche Zustimmung der beiden nicht veräußernden Gesellschafter zu berufen.

Anmerkung:

Das vorliegende Urteil, eigentlich zu einer gesellschaftsrechtlichen Konstellation ergangen, ist aus notarieller Sicht insbesondere von Interesse aufgrund seiner Aussagen zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Mit seinen Ausführungen zu §§ 308 Nr. 1, 3, 307 BGB kann es als Ergänzung zum Urteil des V. Zivilsenats vom 11.6.2010¹ gesehen werden. In dieser Entscheidung hatte der BGH festgestellt, dass bei dem Angebot eines Verbrauchers auf Abschluss eines Kaufvertrages über eine Immobilie eine Bindungsfrist in AGB, die einen Zeitraum von vier Wochen wesentlich übersteigt, wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Insbesondere für den Bereich des Bauträgerrechts hatte dieses Urteil Bedeutung.² Die nunmehr ergangene Entscheidung des VIII. Zivilsenats ist vor allem vor dem Hintergrund des Urteils vom 11.6.2010 von Interesse.

I. Zum Sachverhalt

Im Wesentlichen ging es in dem hier zugrundeliegenden Rechtsstreit um die Wirksamkeit eines formularmäßigen Finanzierungsvorbehalts zugunsten des Käufers. Der Kläger als Verkäufer nahm die Beklagte als Käuferin auf Zahlung des Kaufpreises aus einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag über Anteile an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Anspruch. Der Kaufvertrag zwischen den Parteien, der aufgrund gleich lautender Formulierungsvorschläge der Beklagten an die Anteilseigner der GbR geschlossen worden war, sah für die Wirksamkeit aufschiebende Bedingungen vor, von denen eine dahingehend lautete, dass „die Finanzierung des Beteiligungserwerbs des Käufers sichergestellt“ sein müsse. Der Vertrag sah ferner das Recht der Käuferin vor, auf den Eintritt der vereinbarten Bedingungen ganz oder teilweise zu verzichten. Der Zeitraum, bis zu dem der Bedingungseintritt erfolgen konnte, betrug etwa ein halbes Jahr.

¹ BGH, MittBayNot 2011, 49 = NJW 2010, 2873.

² Kessler, RNotZ 2010, 533, 534; Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883.

Nunmehr stritten Kläger und Beklagte darüber, ob die vereinbarten Bedingungen eingetreten waren und der Kaufvertrag somit wirksam geworden war. In rechtlicher Hinsicht ging es vor allem um die vorgelagerte Frage, ob die Bedingungen, insbesondere der Finanzierungsvorbehalt, unter dem Gesichtspunkt des AGB-Rechts wirksam vereinbart werden konnten.

II. Zur Entscheidung des BGH

Der BGH bejaht, wie auch bereits die Vorinstanz, die Wirksamkeit des vereinbarten Finanzierungsvorbehalts. Dabei geht der Senat, wie auch die Vorinstanz,³ ohne weiteres davon aus, dass es sich bei den Vertragsbedingungen um AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB handelt, die im vorliegenden Fall von der Käuferin gestellt wurden; ferner verneint der BGH stillschweigend das Vorliegen einer Unternehmer-Unternehmer-Konstellation (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) und einer Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht (§ 310 Abs. 4 BGB).⁴

Einen Verstoß gegen § 308 Nr. 3 BGB verneint der BGH im vorliegenden Fall mit vergleichsweise knapper Begründung: Zwar sei der Begriff des „Lösungsrechts“ aus teleologischen Gründen weit zu verstehen und umfasse nicht nur Gestaltungsrechte und schuldrechtliche Ansprüche auf Vertragsaufhebung, sondern sämtliche Klauseln, die zu einem nachträglichen Wegfall der Bindung des Verwenders führen könnten, insbesondere auch auflösende Bedingungen.⁵

Die hier verwendete aufschiebende Bedingung unterfalle jedoch nicht § 308 Nr. 3 BGB, da es an einem rechtswirksamen Vertrag vor Bedingungseintritt gerade fehle. Der BGH argumentiert also mit dem Wortlaut des § 308 Nr. 3 BGB, der eine rechtlich wirksame Verpflichtung des Verwenders voraussetze; der Abschluss eines Vertrages unter aufschiebender Bedingung könne daher nicht als Lösungsrecht von einer bestehenden Leistungspflicht angesehen werden.

Einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB verneint der BGH ebenfalls. Die Vereinbarung eines Finanzierungsvorbehalts benachteilige den Vertragspartner des Verwenders vorliegend nicht unangemessen, da die Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung auch in seinem Interesse liege. Einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB lehnt der BGH schließlich mit der sehr knappen Begründung ab, dem Verkäufer als Kläger komme es vorliegend nicht auf die Beseitigung einer überlangen Schwebezeit, sondern auf die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages an.

III. Folgerungen und Kritik

Die Entscheidung überzeugt in ihrem Ergebnis, in der Begründung fällt sie leider an entscheidenden Stellen etwas knapp aus. Bei der Frage des Anwendungsbereichs von § 308 Nr. 3 BGB bestätigt der BGH die im Schrifttum – wohl zumindest implizit – vorherrschende Auffassung, dass aufschie-

bende Bedingungen nicht an § 308 Nr. 3 BGB, sondern an § 308 Nr. 1 BGB zu messen sind.⁶

Die Aussage, dass die Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung auch im Interesse des Verkäufers liege und daher auch kein Verstoß gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB vorliege, überrascht auf den ersten Blick, da das Finanzierungsrisiko an sich der Risikosphäre des Käufers zuzuordnen ist.⁷ Dass der BGH in umgekehrten Konstellationen (Verwendung eines Vorbehalts durch den Verkäufer) ebenso entscheiden würde, darf bezweifelt werden;⁸ insbesondere darf das Urteil nicht dahingehend gedeutet werden, im Bauträgervertrag seien Vorbehalte zugunsten des Bauträgers, etwa das Erreichen einer bestimmten Verkaufsquote, nunmehr uneingeschränkt zulässig.⁹

Ferner beschäftigt sich der BGH nicht ausführlich mit der Anwendbarkeit von § 308 Nr. 1 BGB. Insbesondere wäre eine Klarstellung des Verhältnisses der vorliegenden Entscheidung zum Urteil des V. Zivilsenats vom 10.6.2010 zu zulässigen Bindungsfristen in Formularverträgen wünschenswert gewesen. Eine ausführlichere Prüfung anhand des Maßstabs von § 308 Nr. 1 BGB hätte nahe gelegen, weil der BGH selbst ausführt, nach einer zumindest starken Literaturlauffassung seien aufschiebende Bedingungen am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB zu prüfen.¹⁰ Der für die andere Vertragspartei nachteilige Schwebezustand, der von § 308 Nr. 1 BGB gerade begrenzt werden soll, betrug vorliegend etwa sechs Monate.¹¹

Gemäß § 308 Nr. 1 BGB ist eine formularmäßige Regelung unwirksam, durch die sich der Verwender eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist für die Annahme oder Ablehnung des Angebots vorbehält. Die herrschende Meinung wendet diese Norm auch auf die Phase des Vertragsschlusses an, selbst wenn in dieser Phase noch keine rechtliche Bindung zwischen den Parteien eingetreten ist und es sich damit noch nicht um „Vertragsbedingungen“ im eigentlichen Sinne handelt.¹² Bei § 308 Nr. 1 BGB bleibt die Auslegung also jedenfalls nicht in gleicher Weise am Wortlaut der Norm haften wie der BGH im vorliegenden Urteil bei seiner Auslegung von § 308 Nr. 3 BGB. Dennoch nimmt der VIII. Senat im vorliegenden Fall eine Prüfung der Vertragsbedingungen anhand von § 308 Nr. 1 BGB nicht vor. Dies erstaunt umso mehr angesichts der Tatsache, dass der BGH selbst zu dem Schluss kommt, der Käufer im vorliegenden Fall habe sich dadurch, dass er sich das Recht einräumen ließ, auf den Eintritt der vereinbarten aufschiebenden Bedingungen zu verzichten, gleichsam eine Option einräumen lassen.¹³ In diesem Zusammenhang lässt es der BGH – im Rahmen der Prüfung

⁶ Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 308 Rdnr. 3; Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 9; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 24; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 504; Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl. 2008, § 308 Rdnr. 2; a. A. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Rdnr. 1 BGB Nr. 10: Prüfung anhand von § 307 BGB unter Einbeziehung der Wertungen des § 308 Nr. 1 BGB.

⁷ Ebenso Herrler, DNotZ 2011, 276 f.

⁸ Vgl. BGH, MittBayNot 2011, 49, 50: Anerkennung längerer Bindungsfristen beim Bauträgervertrag zweifelhaft.

⁹ Herrler, DNotZ 2011, 276, 277; vgl. zu diesem Interesse des Bauträgers auch Blank, NJW 2010, 2876.

¹⁰ BGH vom 8.12.2010, Tz. 15 unter Verweis auf Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 3 BGB Rdnr. 17; Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 9.

¹¹ Vgl. auch Herrler, DNotZ 2011, 276.

¹² BGH, NJW 1988, 1908, 1909; Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 6; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl. 2007, § 308 Nr. 1 Rdnr. 3.

¹³ BGH vom 8.12.2010, Tz. 20.

³ OLG Köln vom 3.11.2009, 15 U 60/09, Tz. 52, www.justiz.nrw.de.

⁴ Hiermit hatten sich die Vorinstanzen noch ausführlich auseinandergesetzt, vgl. LG Köln vom 3.4.2009, 16 O 148/08, Tz. 32 ff.; OLG Köln vom 3.11.2009, 15 U 60/09, Tz. 52, jeweils abrufbar unter www.justiz.nrw.de.

⁵ Dies war auch vor der Entscheidung des BGH bereits allg. M., vgl. etwa Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 308 Rdnr. 16; Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 3 Rdnr. 2; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl. 2007, § 308 Nr. 3 Rdnr. 4; Bamberger/Roth/Becker, BGB, 2. Aufl. 2007, § 308 Nr. 3 Rdnr. 3.

eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB – mit der Feststellung bewenden, eine solche Gestaltung sei im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig.¹⁴ Einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB habe der Verkäufer – mit dem Ziel einer Einschränkung seiner eigenen Bindung – nicht gerügt.

Diese apodiktische Feststellung des BGH verwundert auf den ersten Blick, da sie der Entscheidung vom 10.6.2010 zu widersprechen scheint. Denn in dieser Entscheidung hatte der BGH noch ausdrücklich festgestellt, nach Ablauf einer höchstens zulässigen Bindungsfrist von im Regelfall vier Wochen erlösche ein Angebot des Verbrauchers auf Abschluss eines Kaufvertrages ohne weiteres und lebe auch später im Regelfall durch schlüssiges Verhalten des Verbrauchers nicht wieder auf. Ob dies auch im Fall der aufschiebenden Bedingung gilt mit der Folge, dass die vertragliche Bindung des Verkäufers im vorliegenden Fall spätestens im Herbst 2007 erloschen wäre und ein wirksamer Vertrag danach nicht mehr zustande kommen konnte, erscheint zumindest zweifelhaft. Denkbar wäre auch, dass im Fall des Ablaufs einer gemäß § 308 Nr. 1 BGB zulässigen Bindungsfrist der Bedingungseintritt fingiert wird.¹⁵

Entscheidungsrelevant war diese Frage aus Sicht des BGH im vorliegenden Fall offensichtlich nicht. Der entscheidende Unterschied zum Urteil vom 10.6.2010 liegt nach Auffassung des erkennenden Senats wohl darin, dass vorliegend der Verkäufer, der nicht Verwender der allgemeinen Geschäftsbedingungen war, sich im Rahmen seiner auf Kaufpreiszahlung gerichteten Klage gerade auf die Wirksamkeit des Vertrages berief. Der Senat geht offenbar davon aus, dass es der Käuferin daher verwehrt wäre, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages wegen eines Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB zu berufen.¹⁶ Im Ergebnis verdient dies Zustimmung und lässt sich durchaus mit der Entscheidung des V. Senats vom 10.6.2010 in Einklang bringen: Denn auch im Falle von Immobilienkauf- oder Bauträgerverträgen wäre es dem Verkäufer als AGB-Verwender verwehrt, die Unwirksamkeit eines Vertrages unter Verweis auf einen eigenen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB geltend zu machen.¹⁷ Dies ist letztlich Ausdruck des § 242 BGB in seiner Ausprägung, dass niemand durch gesetzeswidriges Verhalten einen Vorteil soll erlangen können.¹⁸

IV. Ausblick

Die Entscheidung verdient aus notarieller Sicht vor allem Aufmerksamkeit wegen ihrer Aussagen zu § 308 Nr. 3 und Nr. 1 BGB. Zu § 308 Nr. 3 BGB darf nunmehr als höchststrichterlich geklärt angesehen werden, dass ein Vertrag, der unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen wird, dem Anwendungsbereich dieser Norm nicht unterfällt.

Für die Praxis bedeutsamer sind die Ausführungen des BGH zu § 308 Nr. 1 BGB, den der Senat in seiner Entscheidung zwar nur am Rande streift; jedoch darf die Entscheidung als Bestätigung der Einschätzung verstanden werden, dass dem AGB-Verwender die Berufung auf eine mögliche Vertragsunwirksamkeit wegen überlanger Bindungsdauer eines An-

gebots oder Optionsrechts (§ 308 Nr. 1 BGB) verwehrt ist. Diese Erkenntnis ist auch für andere Rechtsgebiete, insbesondere das Bauträgerrecht, von Bedeutung.

Zugleich darf aber die Entscheidung nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Abschluss eines Vertrages unter aufschiebender Bedingung AGB-rechtlich stets unproblematisch sei.¹⁹ Eine solche Vertragsgestaltung müsste sich an § 308 Nr. 1 BGB messen lassen;²⁰ dies stellt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung nicht in Abrede; vielmehr scheint der Senat von der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 308 Nr. 1 BGB auszugehen.²¹ Dies verdient Zustimmung, denn jedenfalls wenn der Eintritt der aufschiebenden Bedingung im Belieben des AGB-Verwenders steht²² (Optionsrecht), besteht in der Wirkung kein Unterschied zu einem bindenden Vertragsangebot.²³

Notarassessor Dr. *Christoph Suttman*, LL.M. (Columbia),
München

¹⁹ So wohl aber *Blank*, NJW 2010, 2876; keine Anwendung von § 308 Nr. 1 BGB, da sich aus § 147 Abs. 2 BGB für diese Gestaltung kein entsprechendes Leitbild entnehmen lasse.

²⁰ *Palandt/Grüneberg*, 70. Aufl. 2011, § 308 Rdnr. 3; *Staudinger/Coester-Waltjen*, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 9; *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 24; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 504; *Erman/Roloff*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 308 Rdnr. 2; a. A. *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 10; Prüfung anhand von § 307 BGB unter Einbeziehung der Wertungen des § 308 Nr. 1 BGB; *Blank*, NJW 2010, 2876.

²¹ Vgl. BGH vom 8.12.2010, Tz. 21 a. E.

²² Vgl. auch *Bamberger/Roth/Becker*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 308 Nr. 1 Rdnr. 4.

²³ Ebenso *Herrler*, DNotZ 2011, 276, 278 f.

2. BGB §§ 328, 883 (*Keine Vormerkung zugunsten des Rechtsnachfolgers eines schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrages*)

Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die für einen künftig in den schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrag etwa eintretenden Rechtsnachfolger begründet werden soll, kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 22.12.2010, 15 W 526/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligten sind als jeweils hälftige Miteigentümer des eingangs genannten Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Sie schlossen mit der I GbR in G einen Dachnutzungsvertrag. Der Vertrag berechtigt die Gesellschaft zum Betrieb einer Photovoltaikanlage auf dem Grundbesitz der Beteiligten. In dem Vertrag ist der E W-Bank e. G. das Recht zum Selbsteintritt eingeräumt.

In notariell beglaubigter Urkunde vom 10.5.2010 (UR-Nr... des Notars X T in N) bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gesellschaft sowie die Eintragung einer für den Fall des Selbsteintritts aufschiebend bedingten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten W-Bank. Unter Ziffer IV. der Urkunde verpflichteten sich die Beteiligten überdies gegenüber der Gesellschaft und gegenüber der W-Bank, für den Fall, dass ein Rechtsnachfolger der Gesellschaft oder der W-Bank den Dachnutzungsvertrag übernimmt und in die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag eintritt, dem jeweiligen Übernehmer sowie der ihn finanzierenden Bank die gleichen Rechte einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen. Zur Sicherung der Rechte des Dritten bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer Vormerkung auf Bestellung einer Dienstbarkeit.

¹⁴ BGH vom 8.12.2010, Tz. 20.

¹⁵ Vgl. *Herrler*, DNotZ 2011, 276, 277 f.

¹⁶ A. A. wohl *Herrler*, DNotZ 2011, 276, 277; Grund für die Zurückhaltung des BGB sei Differenzierung bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB einerseits und gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB andererseits.

¹⁷ *Kanzleiter*, MittBayNot 2011, 52, 53; *Herrler/Suttman*, DNotZ 2010, 883, 899 m. w. N.; a. A. wohl *Kesseler*, RNotZ 2010, 533, 534.

¹⁸ Vgl. *Herrler/Suttman*, DNotZ 2010, 883, 899.

Mit Schriftsatz vom 19.5.2010 reichte der Notar die Eintragungsbewilligung vom 10.5.2010 bei dem Grundbuchamt ein und beantragte den Grundbuchvollzug.

Das Grundbuchamt beanstandete mit Zwischenverfügung vom 15.6.2010 den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung. Es fehle die Angabe der Anzahl der einzutragenden Vormerkungen, die Bezeichnung des Berechtigten und die Bestimmung der Rangverhältnisse. In seiner Eigenurkunde vom 6.7.2010 ergänzte der Notar den Eintragungsantrag dahin, dass die gleichrangige Eintragung je einer Vormerkung für den Rechtsnachfolger der Gesellschaft und für den Rechtsnachfolger der W-Bank beantragt werde. Hierauf beanstandete das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 30.7.2010, dass eine Vormerkung für den (unbestimmten) Rechtsnachfolger nicht eintragungsfähig sei. An dieser Auffassung hielt das Grundbuchamt mit weiterer Zwischenverfügung vom 21.9.2010 fest und setzte unter Hinweis auf § 18 GBO eine Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses bis zum 29.10.2010.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 28.9.2010. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Verfügung vom 4.10.2010 nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Der Senat legt die Beschwerde dahingehend aus, dass sie sich gegen die zuletzt ergangene Zwischenverfügung vom 21.9.2010 richtet, mit der das Grundbuchamt die Beanstandung der Eintragungsfähigkeit der Vormerkungen aufrechterhalten hat.

Die Beschwerde der Beteiligten ist nach den §§ 71 Abs. 1, 73 GBO statthaft und formgerecht eingelegt. Da das FGG-RG die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt hat, verbleibt es bei den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Zulässigkeit der Beschwerde. Dazu gehört, dass die Rechtsmittelfähigkeit einer Zwischenverfügung des Grundbuchamts anerkannt ist, obwohl es sich dabei nicht um eine instanzabschließende Entscheidung handelt (BGH, NJW 1994, 1158); § 58 Abs. 1 FamFG ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar.

Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt aus ihrem Antragsrecht, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. (...)

In der Sache hat die Beschwerde – wenn auch ausschließlich aus verfahrensrechtlichen Gründen – Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO kann im grundbuchrechtlichen Eintragungsverfahren eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts ergehen, wenn einem Eintragungsantrag ein Hindernis entgegen steht, welches der Antragsteller rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung beheben kann (BayObLGZ 1990, 6, 8; *Wilke* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 9; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 18 Rdnr. 8). In der hier angefochtenen Zwischenverfügung beanstandete das Grundbuchamt die fehlende Eintragungsfähigkeit der bewilligten Vormerkungen. Die materielle Unzulässigkeit der beantragten Eintragung betrifft ein nicht behebbares Eintragungshindernis (*Wilke*, a. a. O., Rdnr. 15). Von seinem Rechtsstandpunkt aus hätte das Grundbuchamt den Eintragungsantrag daher in diesem Umfang sofort zurückweisen müssen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass der auf die Eintragung von Vormerkungen für etwaige Rechtsnachfolger der Gesellschaft und der W-Bank gerichtete Antrag nach zutreffender Auffassung des Grundbuchamts zurückzuweisen sein dürfte. Denn Vormerkungsberechtigter

kann schon wegen der Akzessorietät der Vormerkung nur der Gläubiger der gesicherten Forderung sein. Die Vormerkung kann daher nur für den gegenwärtigen Anspruchsgläubiger eingetragen werden (*Staudinger/Gursky*, BGB, Neub. 2008, § 883 Rdnr. 70; *MünchKommBGB/Kohler*, 5. Aufl., § 883 Rdnr. 29 f.). Ein echter Vertrag zugunsten Dritter, auf den Verpflichtungserklärung der Beteiligten gegenüber der Gesellschaft und der W-Bank gerichtet sein kann, gewährt dem Dritten zwar ein mit der Vormerkung zu sicherndes Forderungsrecht. Das gilt jedoch nur, wenn der Dritte bereits festgelegt oder nach sachlichen Kriterien eindeutig bestimmbar ist. Denn bei subjektbezogenen Eintragungen, zu denen Vormerkungen nach § 883 BGB gehören, bedarf es zwingend der Kennzeichnung des Berechtigten im Grundbuch (*Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., vor GBV Rdnr. 154; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 261 d, 261 i; *Kohler* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., AT III, Rdnr. 32).

Entgegen der Auffassung der Beschwerde reicht es für die Bestimmbarkeit eines künftigen Inhabers des Anspruchs auf Bestellung inhaltsgleicher beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten nicht aus, dass dieser im Wege der Rechtsnachfolge in den schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrag eintritt, wobei die Möglichkeit einer Sonderrechtsnachfolge durch Vertragsübernahme eines Dritten offenbar im Vordergrund steht. Denn es handelt sich hierbei um einen rein schuldrechtlichen Vorgang, der in gleicher Weise zu qualifizieren ist wie derjenige, bei der dem Versprechensempfänger (§ 335 BGB) das Recht zur Benennung eines Dritten zusteht, dem seinerseits ein unmittelbarer Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner eingeräumt wird (§ 328 Abs. 1 BGB): Welche Person Berechtigter des Leistungsanspruchs wird, hängt von dem Belieben des Versprechensempfängers ab, wen er als Anspruchsinhaber benennt bzw. hier, an wen er schuldrechtlich das Vertragsverhältnis über die Dachnutzung überträgt. Solange der Dritte nicht benannt ist, kann nur der schuldrechtliche Anspruch für den Versprechensempfänger, nicht aber für den noch zu bestimmenden Dritten durch eine Vormerkung gesichert werden (vgl. BGH, NJW 1983, 1543).

Anmerkung:

Der Beschluss zeigt, dass die Gestaltung der Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sorgfältig durchdacht und formuliert werden muss.

1. Der entschiedene Fall: Keine Vormerkung für den Rechtsnachfolger

Auf schuldrechtlicher Ebene kann zugunsten des künftigen Rechtsnachfolgers durch echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) ein eigener Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit begründet werden. Hierin liegt keine unzulässige Umgehung der grundsätzlichen Nichtübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, da für die Rechtsnachfolger ein neues dingliches Recht originär und nicht derivativ begründet werden soll.¹ Die in casu gewählte Gestaltung, die Vormerkung für den Rechtsnachfolger zu bestellen, scheiterte jedoch am grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die Vormerkung gemäß § 883 BGB ist zwar nicht als dingliches Recht zu qualifizieren, sondern nur als Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung, so dass der strenge sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz für die Vormerkung nicht gilt.² Aufgrund der erforderlichen Eintragung der Vor-

¹ *Staudinger/J. Mayer*, § 1090 Rdnr. 44.

² RGZ 128, 246, 248; BayObLG, DNotZ 1979, 502, 504.

merkung im Grundbuch ist aber der Grundbuchrechtliche Spezialitätsgrundsatz zu beachten.³ Danach muss der Vormerkungsberechtigte wenigstens nach sachlichen Merkmalen bestimmbar sein.⁴ Das OLG Hamm hat zu Recht entschieden, dass der Eintritt des Rechtsnachfolgers in den schuldrechtlichen Dachnutzungsvertrag als Kriterium für eine Grundbucheintragung nicht bestimmt genug ist. Dieser Beschluss liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH.⁵ Verpflichtet sich demnach jemand in einem echten Vertrag zugunsten Dritter zur Übereignung eines Grundstücks an einen vom Versprechensempfänger noch zu benennenden Dritten, ist nur der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) auf Übertragung an den Dritten, nicht jedoch der Anspruch des noch unbestimmten Dritten vormerkungsfähig. Die Entscheidung des OLG Hamm fügt sich auch in die ältere Rechtsprechung des RG und KG ein. Da der Eintritt in den Dachnutzungsvertrag grundsätzlich formfrei erfolgen kann, lässt sich der Rechtsnachfolger nicht zuverlässig feststellen. Bei den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen, nämlich Vormerkung für den Eigentümer eines bestimmten Grundstücks⁶ bzw. für den Inhaber einer bestimmten Firma,⁷ war aus dem Grundbuch bzw. dem Handelsregister der Vormerkungsberechtigte eindeutig erkennbar. Eine solche klare Feststellbarkeit des Berechtigten aus einem öffentlichen Buch war im vorliegenden Fall aber nicht gegeben. Die Vormerkung für den noch unbestimmten Rechtsnachfolger war demgemäß nicht eintragungsfähig.

2. Mögliche Alternativgestaltung: Vormerkung für den Versprechensempfänger

Das OLG Hamm hat angedeutet, dass der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des noch unbestimmten Dritten durch eine Vormerkung zugunsten des Versprechensempfängers gesichert werden kann. In diesem Fall betrifft das Grundbuchmäßige Bestimmtheitsanfordernis nur den schon feststehenden Versprechensempfänger.⁸ Im entschiedenen Fall sollte die Verpflichtung zur Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für Rechtsnachfolger sowohl gegenüber dem Anlagenbetreiber als auch gegenüber der finanzierenden Bank eingegangen werden. Zugunsten beider Versprechensempfänger hätte demgemäß jeweils eine (gleichrangige) Vormerkung eingetragen werden können. Diese Ausweichgestaltung hat allerdings zur Folge, dass der Anspruch des Rechtsnachfolgers (Dritter i. S. v. § 328 BGB beim echten Vertrag zugunsten Dritter) nicht vormerkungsgeschützt ist. Da sich nur der Vormerkungsberechtigte auf die relative Unwirksamkeit einer vormerkungswidrigen Verfügung gemäß § 883 Abs. 2 BGB berufen kann,⁹ kann der Rechtsnachfolger seinen Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nur dann erfolgreich durchsetzen, wenn ihm der Versprechensempfänger seinen Dienstbarkeitsbestellungsanspruch abtritt, so dass die akzes-

sorische Vormerkung (§ 401 Abs. 1 BGB) auf den Rechtsnachfolger übergeht. Dies setzt allerdings voraus, dass der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit übertragbar ist. Nach § 1092 Abs. 3 Satz 3 BGB ist der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dann übertragbar, wenn er einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft zusteht und die zu bestellende Dienstbarkeit den in § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelten Inhalt hat. Hieraus wird von Teilen der Literatur im Wege des Umkehrschlusses gefolgert, dass der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit grundsätzlich nicht frei abtretbar ist.¹⁰ M. E. ist der obligatorische Bestellungsanspruch jedoch dann abtretbar, wenn sich der vorgesehene Gläubiger der zu bestellenden Dienstbarkeit durch die Abtretung nicht ändert. In diesem Fall ändert sich der Inhalt der geschuldeten Leistung nicht, die Bindung der Dienstbarkeit an eine Person bleibt gewährleistet und schütz würdige Interessen des Eigentümers werden nicht tangiert.¹¹ Hierfür spricht auch die neue Rechtsprechung des BGH zur Übertragbarkeit des schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit,¹² wonach sich der BGH gerade nicht auf einen formallogischen Umkehrschluss beschränkt, sondern am Maßstab des § 399 1. Alt. BGB prüft, ob die Abtretung zu einer Veränderung des Inhalts der Leistung führt. Dies ermöglicht interessengerechte Lösungen im jeweiligen Einzelfall. Demzufolge kann bei einem Vertrag zugunsten Dritter der Versprechensempfänger seinen Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeit zugunsten des ursprünglich schon vorgesehenen Dienstbarkeitsberechtigten (Rechtsnachfolger) an den Dritten (Rechtsnachfolger) abtreten.¹³

Notar Dr. Hilmar Keller, Roth

¹⁰ Schmolke, AcP 2008, 515, 519; Soergel/Stürner, § 1092 Rdnr. 2; Zeiser, Rpfleger 2009, 285, 286.

¹¹ Ausführlich Keller, DNotZ 2011, 99, 103, 104.

¹² NJW 2010, 1074, 1076.

¹³ Ebenso im Ergebnis Bassenge, NJW 1996, 2777, 2778; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261 f.; Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 73; Zeiser, Rpfleger 2009, 285, 286.

3. WEG § 8; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2; GBO §§ 15, 18, 19 (Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger bei der Begründung von Wohnungseigentum)

Die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG durch den Grundstückseigentümer unterliegt auch im Hinblick auf die Rangklassenprivilegierung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für dort genannte Ansprüche der späteren Wohnungseigentümergeinschaft nicht dem Zustimmungserfordernis von Grundpfandrechtsgläubigern.

KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 455/10

Die Beschwerdeführerin, eine Grundstücksgesellschaft b. R., beantragte unter dem 4.8.2010 unter Vorlage der ersten Ausfertigung der notariellen Verhandlung vom 3.8.2010, UR-Nr. ... des Notars U. R. das Grundbuch für das Stammgrundstück zu schließen und unter Anlegung entsprechender Wohnungs-/Teileigentumsgrundbücher die Teilung gemäß § 3 dieser Urkunde durchzuführen.

Mit Zwischenverfügung vom 30.9.2010 wies das Grundbuchamt u. a. auf Folgendes hin:

„(...)

D. Gläubigerzustimmung

Die Teilung gemäß § 8 WEG bedarf der Zustimmung der am Grundstück lastenden Gläubiger Abt. III/14 bis 16 (Kesseler, NJOZ 2010, 1466, 1467; ders., NJW 2010, 2317, 2318).“

³ RGZ 128, 246, 250; MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 883 Rdnr. 30.

⁴ BayObLG, DNotZ 1979, 502, 504; Palandt/Bassenge, § 883 Rdnr. 11; Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 71.

⁵ NJW 1983, 1543, 1544.

⁶ RGZ 128, 246, 250.

⁷ KG, DNotZ 1937, 330, 331.

⁸ BGHZ 28, 99, 104; OLG München, MittBayNot 2011, 231; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1494; Staudinger/J. Mayer, § 1090 Rdnr. 44; zur Auflassungsvormerkung zugunsten des Versprechensempfängers beim Verkaufsangebot an einen noch zu benennenden Dritten vgl. BGH, NJW 1983, 1543, 1544.

⁹ BGH, DNotZ 2009, 218, 219.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 5.10.2010, mit der geltend gemacht wird, dass die geforderte Zustimmung jedenfalls dann nicht erforderlich sei, wenn es sich um eine Teilung nach § 8 WEG handle. Bei einer derartigen Teilung entstehe die Wohnungseigentümergeinschaft erst mit der Veräußerung der ersten Einheit. Bis zu diesem Zeitpunkt könnten keine Ansprüche i. S. d. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bestehen.

Das AG hat der Beschwerde durch Beschluss vom 12.10.2010 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Maßgeblich ist das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht (vgl. Art. 111 Abs. 1, Art. 112 Abs. 1 FGG-RG). Die vom Urkundsnotar namens der Beteiligten zulässig (vgl. § 15 Abs. 2 GBO; dazu *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdnr. 20) erhobene Beschwerde (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1, 2 GBO) hat insoweit Erfolg, als die Zwischenverfügung aufzuheben ist.

Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GBO liegen für die angefochtene Zwischenverfügung nicht vor.

Das Grundbuchamt hat zu Unrecht den Eintragungsantrag der Beteiligten dahin beanstandet, dass die Teilung gemäß § 8 WEG „der Zustimmung der am Grundstück lastenden Gläubiger Abt. III/14 bis 16 (*Kessler*, NJOZ 2010, 1466, 1467; *ders.*, NJW 2010, 2317, 2318)“ bedarf.

Nach § 19 GBO ist zu einer Eintragung im Grundbuch die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Recht von ihr betroffen wird. Der verfahrensrechtlich erforderlichen (Zustimmungs-)Bewilligung entspricht materiellrechtlich die Notwendigkeit der Zustimmung nach §§ 876, 877 BGB. Zu Rechtsänderungen i. S. d. §§ 877, 876 Satz 1 BGB ist die Zustimmung eines Dritten erforderlich, mit dessen Recht das Grundstück belastet ist.

Aus dem Schutzzweck der §§ 877, 876 Satz 1 BGB, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht nachteilig berührt wird. Dabei muss nur eine rechtliche, nicht eine lediglich wirtschaftliche Beeinträchtigung mit Sicherheit auszuschließen sein (BGHZ 91, 343 = NJW 1984, 2409; OLG Hamm, OLGZ 1989, 160; BayObLG, DNotZ 1988, 30).

Im zu entscheidenden Fall tritt mit dem Vollzug der vorliegend in Rede stehenden Urkunde bei keinem Grundpfandrechtsgläubiger eine rechtliche Beeinträchtigung ein, die zu einer Schmälerung der Haftungsgrundlage führen könnte. Denn wird das Grundstück, das mit dem Recht eines Dritten belastet ist, als Ganzes durch den Eigentümer in Wohnungseigentum aufgeteilt, ist dessen Zustimmung nicht erforderlich, weil sich an dem Haftungsobjekt als Ganzem nichts ändert (*Demharter*, a. a. O., Rdnr. 17 Anhang zu § 3 m. w. N.). Derartige Rechte werden durch die Aufteilung zu Gesamtrechten (OLG Stuttgart, NJW 1954, 682). Die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG an sich ist sachenrechtlich kein zutreffender Anknüpfungspunkt für ein eventuelles Zustimmungserfordernis Drittberechtigter (so zu Recht *Schneider*, ZNotP 2010, 299, 302; *Kessler* geht hierauf in seiner Entgegnung, ZNotP 2010, 335, 336 nicht ein).

Die Problematik eines eventuellen Zustimmungserfordernisses im Hinblick auf die Rangklassenprivilegierung des Wohngeldanspruchs in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG entsteht frühestens mit der Veräußerung des ersten Wohnungseigentums, da erst dann begrifflich eine Wohnungseigentümergeinschaft entsteht (vgl. *Schneider*, a. a. O., mit umfangr. Nachw.). Dies bedarf vorliegend daher keiner Vertiefung.

Anmerkung:

1. Mit der Entscheidung des KG liegt die erste obergerichtliche Auseinandersetzung mit der Frage vor, ob es für die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum im Wege der Vorratsteilung nach § 8 WEG der Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern bedarf. Ich hatte diese Frage in dem vom KG zitierten Aufsatz (NJW 2010, 2317; so vorher schon im Beck'schen Online-Kommentar zum WEG, § 3 Rdnr. 30) in Hinblick auf die Einführung des Rangklassenprivilegs der sog. Wohngeldforderungen in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bejaht. Die Argumentation ist dabei im Ergebnis recht simpel. Muss es ein bisher am Gesamtgrundstück abgesicherter Gläubiger hinnehmen, dass trotz der aus dem Gesamtgrundpfandrecht resultierenden Berechtigung zur Gesamtverwertung aller Einheiten im Zwangsversteigerungsverfahren Forderungen in Form des Wohngeldes Vorrang erlangen, die ansonsten nicht (Verwalterentgelt) oder nur nachrangig (Heizkosten, Wartungskosten, Hausmeister und Ähnliches) zu berücksichtigen gewesen wären? Konsequenz der Auffassung ist, dass es bereits für die Entstehung von Wohnungseigentum der Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger i. S. d. §§ 876, 877 BGB bedarf. Entsprechend müssten die Grundbuchämter Aufteilungen ohne Zustimmung die Eintragung im Grundbuch verweigern. Die Reaktion von Rechtspflegenseite ließ nicht lange auf sich warten. *Böttcher* und *Kral* sind der Auffassung umgehend beigetreten (*Böttcher*, NotBZ 2010, 239; *Kral* in Beck'scher Online-Kommentar WEG, § 7 Rdnr. 79 a – leider vom KG nicht zitiert); im Rechtspflegerforum wurde entsprechend diskutiert.

2. Das KG hat nun auf die gegen die Verweigerung der Eintragung gerichtete Beschwerde eine entsprechende Zustimmung der Gläubiger für nicht erforderlich gehalten. Da im Fall der Aufteilung nach § 8 WEG durch den Aufteilungsvorgang selbst keine Eigentümergeinschaft entstehe, sei auch keine für die Annahme eines Zustimmungserfordernisses notwendige unmittelbare Beeinträchtigung der Rechtsposition des Grundpfandrechtsgläubigers gegeben. Solange es die Eigentümergeinschaft nicht gebe, könne es nicht zu Wohngeldrückständen kommen (siehe dazu auch *Schneider*, ZNotP 2010, 299, 302). Dies sei frühestens nach Veräußerung der ersten Einheit der Fall. Ob diese erste Veräußerung damit zustimmungsbedürftig wird, sei nicht zu entscheiden. Inhaltlich entsprechend, wenn auch mit noch knapper Begründung hat sich zwischenzeitlich das OLG Oldenburg (Beschluss vom 5.1.2011, 12 W 296/10 bislang unveröffentlicht) geäußert.

3. Ich muss zugeben, dass mir die Entscheidung des KG im Ergebnis natürlich zusagt. Zustimmungserfordernisse Dritter stellen immer ein Mehr an Aufwand für die notarielle Abwicklung dar. Leider ist die Entscheidung mit ihrer knappen Begründung nicht geeignet, die von mir geäußerten Bedenken zu beseitigen.

a) Vom KG wird nicht in Frage gestellt, ob die Regeln der §§ 876, 877 BGB überhaupt auf die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum angewendet werden können. Dem Wortlaut nach passen diese Vorschriften zwar nicht, es ist aber die anscheinend auch vom KG geteilte allgemeine Auffassung, dass die durch die Aufteilung in Wohnungseigentum eintretende Inhaltsänderung des Eigentums dem Regelungsbereich dieser Normen zuzuordnen ist.

b) Das Gericht meint nun, jedenfalls bei der sog. Vorratsteilung nach § 8 WEG sei ein Grundschuldgläubiger nicht i. S. d. §§ 876, 877 BGB unmittelbar beeinträchtigt. Da durch die vom Alleineigentümer erfolgende Aufteilung gerade keine Wohnungseigentümergeinschaft entstehe, sei dieser Vor-

gang nicht geeignet, das aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG resultierende Gefährdungspotential zu realisieren. Wenn überhaupt, dann werde durch die erste Veräußerung, die zum Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft führt, der Gefährdungstatbestand realisiert.

c) Auf den ersten Blick klingt die Überlegung gar nicht so abwegig, die Belastung des Gläubigers im Entstehen der Eigentümergeinschaft zu sehen und konsequent im Fall einer Teilung nach § 8 WEG eine unmittelbare Benachteiligung zu verneinen. Versteht man den Begriff der Unmittelbarkeit im Sinne des KG, dann reicht allein die Begründung von Wohnungseigentum eben nicht aus, den Gläubiger in seiner Rechtsposition zu gefährden. Das Problem liegt aber gerade im Verständnis dieses Begriffes. Zwar lässt es das KG offen, ob die erste Veräußerung einer Wohnungseigentumseinheit und damit das Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft zustimmungspflichtig i. S. d. §§ 876, 877 BGB sein kann. Da aber schon der Wortlaut der Normen diesen Fall singular nicht erfassen kann, kommt dies im Ergebnis nicht in Betracht. Eine Kontrollüberlegung: Wäre eine anschließende Veräußerung nur mit Zustimmung, die sowohl für den rechtsgeschäftlichen wie auch den gesetzlichen (Zwangsvollstreckung) Eigentumsübergang einschlägig sein müsste, möglich, dann wäre die zustimmungslose Teilung geradezu absurd. Es würde eine Aufteilung in Wohnungseigentum vorgenommen, die nie zur Entstehung einzeln verkehrsfähiger Einheiten führte. Kommt damit eine Zustimmungspflichtigkeit für Veräußerungen letztlich deshalb nicht in Betracht, weil im Fall ihrer Erforderlichkeit bereits die Aufteilung zustimmungsbedürftig sein müsste, dann kann das Urteil des KG nur so verstanden werden, als dass solche Inhaltsänderungen, die erst nach Vorliegen einer weiteren (auch Zwangs-)Verfügung Nachteile für den Gläubiger auslösen, nicht dazu führen, dass die Zustimmung des Belasteten zum Ausgangsvorgang notwendig wäre.

d) Zu Ende gedacht führt diese Überlegung zu untragbaren Konsequenzen, wie die folgenden Beispiele zeigen: So könnte z. B. der Inhaber eines gepfändeten Nießbrauchsrechts eine zustimmungslose Inhaltsänderung dahingehend vereinbaren, dass im Falle eines Eigentumswechsels am Grundstück der Nießbrauch in seiner Ausübung nur noch auf den Mülltonnenstellplatz beschränkt ist. Ebenso könnte der Eigentümer eines grundpfandrechtlich belasteten Grundstücks das zu dessen Gunsten eingetragene Geh- und Fahrrecht an einem Erschließungsgrundstück inhaltlich auf ein Gehrecht für den Fall beschränken, dass das Eigentum am herrschenden Grundstück wechselt. Im Wohnungseigentumsrecht könnte der Wegfall eines Sondernutzungsrechts für den Fall des Wechsels des Eigentümers vereinbart werden. Da in all diesen Fällen, folgt man den Überlegungen des KG, eine unmittelbare Benachteiligung deshalb nicht gegeben ist, weil zur Realisierung des Risikos ein weiterer Verfügungsakt hinzutreten muss, wäre die Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich.

4. Überzeugen kann die Überlegung des KG nicht. Auch wenn es mit der Entscheidung des OLG Oldenburg mittlerweile sogar eine zweite ergebnisgleiche Entscheidung gibt, halte ich es weiterhin für richtig, zu einer Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum, gleichgültig ob nach § 3 oder nach § 8 WEG, die Zustimmung der dinglich Berechtigten am Grundstück einzuholen. Selbst wenn nämlich die Grundbuchämter keine formellen Einwendungen erheben, ist das Zustimmungserfordernis materiell dennoch existent. Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG die bestehende Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern stärken. Er wollte

aber nicht den Grundpfandrechtsgläubigern eine Belastung aus einer noch nicht existenten Gemeinschaft aufzwingen.

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

4. BGB §§ 1059 a Nr. 2, 1094, 1098 Abs. 3; GBO §§ 22, 29; AktG § 273 Abs. 4 (*Nachweis eines untergegangenen Vorkaufsrechts durch Erlöschen einer GmbH*)

- 1. Der mit den Mitteln des § 29 GBO zu erbringende Nachweis, dass bei der als Berechtigte eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts eingetragenen GmbH nach Eintragung der Beendigung der Liquidation und des Erlöschens der Firma keinerlei Vermögen mehr vorhanden, diese daher nicht mehr existent und das Vorkaufsrecht deshalb untergegangen ist, setzt zusätzlich den Nachweis voraus, dass die GmbH das Vorkaufsrecht nicht vor ihrem Erlöschen im Rahmen einer Teilübertragung des Unternehmens nach § 1059 a Nr. 2 BGB (mit-)übertragen hat.**
- 2. In der Eintragung eines subjektiv persönlichen Vorkaufsrechts für eine GmbH liegt – unabhängig von der Frage, ob es (noch) Vermögenswert besitzt und damit unverteiltes Vermögen der Gesellschaft darstellt – eine formale Rechtsposition, deren angestrebte Beseitigung (Löschung) eine Nachtragsliquidation erfordert.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.7.2010, I-3 Wx 123/10

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind zu je 1/2 Anteil Eigentümer des im Grundbuch von H. Blatt ... unter lfd. Nr. 16 gebuchten Grundstücks. In Abteilung II lfd. Nr. 3 ist dort seit dem 3.2.1965 ein „Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für die F. G. m. b. H. in M.“ unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 27.1.1965 eingetragen.

Die Beteiligten schlossen unter dem 24.2.2010 zu Urk.-R.-Nr. .../2010 des Notars L. einen Kaufvertrag über das Grundstück. Unter dem 15.3.2010 beantragte der Notar die Löschung des Vorkaufsrechts, da bezüglich der buchberechtigten F. G. m. b. H. am 1.4.1993 die Liquidation beschlossen und dies im Bundesanzeiger Ausgabe 0125/1995 veröffentlicht worden sei. Die Beendigung der Liquidation sei ordnungsgemäß zum Handelsregister angezeigt und am 22.8.1996 mit dem Erlöschen der Firma eingetragen worden. Die Vollbeendigung der Berechtigten sei damit aktenkundig.

Daraufhin hat das Grundbuchamt unter dem 24.3.2010 – mit Fristsetzung bis zum 24.4.2010 und unter Ankündigung der Zurückweisung des Antrags – gebeten, die ordnungsgemäße Löschungsbewilligung des Nachtragsliquidators zu den Akten zu reichen. Nachtragsliquidation sei nach ordnungsgemäßer Abwicklung der Gesellschaft analog § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG auch dann geboten, wenn die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht sei und noch irgendwelche weiteren Abwicklungsmaßnahmen, wozu auch die Abgabe einer Löschungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt gehöre, notwendig seien.

Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 zunächst Beschwerde eingelegt. Das AG, das insoweit die Nichtabhilfe beschlossen hatte, hat, nachdem die Beteiligten mit Schrift vom 12.4.2010 gebeten haben, die Beschwerde als Grundbuchberichtigungsantrag nach § 22 GBO auszulegen, den Nichtabhilfebefehl aufgehoben und die Anträge vom 15.3.2010 auf Löschung des Vorkaufsrechts und vom 12.4.2010 auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO zurückgewiesen und zur Begründung u. a. ausgeführt, gemäß § 22 GBO könne ein Recht im Grundbuch auch dann gelöscht werden, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen sei. Nachzuweisen sei die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage. Zu Unrecht meinten die Beteiligten, die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die liquidierte F. GmbH sei ausgeschlossen, da das Vorkaufsrecht durch das Erlöschen der Firma dauerhaft nicht mehr ausgeübt werden könne. Die Liquidation einer juristischen Person führe nämlich nicht notwendig zum Erlöschen einer ihr zustehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Stehende eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit einer juristischen Person zu, so sei sie nach § 1059 a BGB übertragbar. Das gelte auch für das Vorkaufsrecht, §§ 1094, 1098 Abs. 3, 1059 a BGB. Dieses könne daher nicht allein aufgrund der Eintragung im Handelsregister gelöscht werden, weil damit der Nachweis für den Untergang des Rechts nicht zu führen sei (BayObLG, MittBayNot 1992, 397). Die Grundbuchunrichtigkeit i. S. d. § 22 GBO sei nicht ausreichend nachgewiesen; eine Löschung komme nicht in Betracht.

Mit Schreiben vom 26.4.2010 legt der Notar hiergegen Beschwerde ein, mit der er geltend macht, die aufgelöste und liquidierte Berechtigte verfüge seit 1992 über keinerlei Vermögen mehr, das sie Dritten übertragen könnte. Das AG verkenne, dass nicht das Vorkaufsrecht selbst eine Vermögensposition darstelle, die übertragen werden könnte, vielmehr sei Voraussetzung, dass die juristische Person, die ein Recht nach § 1059 a BGB übertragen möchte, zunächst Vermögenswerte übertragen müsse, was der Berechtigten hier nicht (mehr) möglich sei.

Mit Beschluss vom 30.4.2010 hat das Grundbuchamt der Beschwerde vom 26.4.2010 nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung übersandt.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 und 2 ist gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GBO zulässig und nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO. Es hat allerdings in der Sache keinen Erfolg.

Das Grundbuchamt hat den Beteiligten zu 1 und 2 die beantragte Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass das in Abt. II Nr. 3 eingetragene Vorkaufsrecht gelöscht wird, zu Recht verweigert.

1. Die Löschung des Vorkaufsrechts ist nicht wegen Gegenstandslosigkeit gerechtfertigt, weil das dafür vorgeschriebene Verfahren nach §§ 84 ff. GBO nicht durchgeführt worden ist (§ 85 Abs. 2 Hs. 1 GBO) und die solches ablehnende Entscheidung des Grundbuchamts nicht anfechtbar ist (§ 85 Abs. 2 Hs. 2 GBO).

2. Der ursprüngliche Antrag auf Löschung des Vorkaufsrechts wegen Gegenstandslosigkeit mit Blick auf den angeblichen Fortfall des Berechtigten richtet sich nunmehr zulässigerweise (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 45) auf Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO.

a) Eine Grundbuchunrichtigkeit liegt immer dann vor, wenn eine Divergenz zwischen Grundbuchinhalt und materieller Rechtslage besteht. Diese Divergenz muss im Hinblick auf die dingliche Rechtslage bestehen (*Kössinger* in *Bamberger/Roth, Beck'scher Online Kommentar*, Stand 1.10.2007, Rdnr. 3). Ohne Bedeutung ist, ob es sich um eine ursprüngliche Unrichtigkeit handelt oder ob aufgrund einer außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Änderung der materiellrechtlichen Lage das Grundbuch nachträglich unrichtig geworden ist (*Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 7). Geltend gemacht werden kann der Anspruch von dem Inhaber des nicht oder unzutreffend eingetragenen Rechts oder des durch die Belastung oder Beschränkung beeinträchtigten Rechtes (*Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 12).

Außerhalb der Bewilligung des durch die Eintragung einer Berichtigung (Löschung) in seinem Recht Betroffenen (§ 19 GBO) bedarf die Löschung im Wege der Berichtigung der Führung des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 Abs. 1 GBO) mit den Mitteln des § 29 GBO (BayObLG, MittBayNot 1992, 397).

b) Dies vorausgeschickt, ist vorliegend eine Grundbuchberichtigung im beantragten Sinne nicht vorzunehmen.

aa) Die Beteiligten zu 1 und 2 haben nicht nachgewiesen, dass das Grundbuch in Bezug auf das zugunsten der F. GmbH in M.... eingetragene Vorkaufsrecht durch Fortfall des Berechtigten unrichtig geworden ist. Ein Recht, dessen Berechtigter im Handelsregister eingetragen ist, erlischt regelmäßig mit der Löschung des Berechtigten im Handelsregister, sofern keinerlei Vermögen mehr vorhanden ist (*Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 84 Rdnr. 7).

(a) Die Löschung der Berechtigten im Handelsregister am 31.7.1996 ist zwar durch den entsprechenden Eintrag nachgewiesen, ebenso die am 31.7.1996 in das Handelsregister eingetragene Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der Firma.

(b) (aa) Diese Belege reichen allerdings nicht als Nachweis dafür aus, dass die F. GmbH in M.... nicht mehr existiert und deren Vorkaufsrecht deshalb erloschen ist.

Die Eintragung der Löschung einer Firma im Handelsregister hat nämlich nur rechtsbekundende, nicht jedoch rechtsgestaltende Wirkung. Die Firma erlischt demnach nicht mit der Löschung, sondern erst im Augenblick der tatsächlichen Beendigung der Liquidation (vgl. BayObLG, BB 1983, 82 f.; Senat, NJW-RR 1995, 611 f.). Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Personenhandelsgesellschaft, sondern auch für die GmbH als juristische Person. Stellt sich etwa nach der Löschung heraus, dass noch Vermögen vorhanden ist, so ist die GmbH nicht voll beendet (vgl. Senat, a. a. O.).

(bb) Hier ermangelt es des – mit den Mitteln des § 29 GBO von den Beteiligten zu 1 und 2 zu erbringenden – Nachweises, dass bei der Berechtigten nach der am 31.7.1996 in das Handelsregister eingetragenen Beendigung der Liquidation und Erlöschen der Firma keinerlei Vermögen mehr vorhanden ist und diese daher nicht mehr existiert und das Vorkaufsrecht daher untergegangen ist. Denn das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht, das eine juristische Person berechtigt, kann im Gegensatz zu dem eine natürliche Person berechtigenden Vorkaufsrecht, u. U. vor dessen Erlöschen nach Maßgabe der §§ 1098 Abs. 3, 1059 a Nr. 2 BGB übertragen worden sein, was nach § 873 BGB ohne die Zustimmung des Eigentümers erfolgen kann.

Die Beteiligten zu 1 und 2 hätten deshalb neben der Beendigung der Gesellschaft und dem Verstreichen des Jahreszeitraums nachzuweisen, dass die „F. G. m. b. H. in M....“ das Vorkaufsrecht nicht vor ihrem Erlöschen im Rahmen einer Teilübertragung des Unternehmens nach § 1059 a Nr. 2 BGB (mit-)übertragen hat. Der Nachweis hätte nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden (§ 415 ZPO) zu erfolgen.

bb) Unabhängig davon, dass demnach der Fortfall des gebuchten Vorkaufsrechts – wie hier – nicht nachgewiesen ist, bedarf es allein für die erstrebte Beseitigung der Buchposition – wie das Grundbuchamt in anderem Zusammenhang im Einzelnen zutreffend dargestellt hat – einer Nachtragsliquidation.

Der Hauptfall einer Nachtragsliquidation ist zwar das nachträgliche Hervortreten unverteilten Vermögens der Gesellschaft. Daneben genügt aber auch bereits die Notwendigkeit irgendwelcher weiterer Abwicklungsmaßnahmen analog § 273 Abs. 4 AktG, somit auch solcher, die ein verteilbares Vermögen gerade nicht voraussetzen. Es kann ferner etwa die Beseitigung formaler Rechtspositionen erforderlich sein, weil z. B. noch eine Grundbucheintragung zu löschen ist. Es genügt in solchen Fällen, dass Rechtsbeziehungen oder Tatsachen bekannt werden, die eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft verlangen (OLG München, FGPrax 2008, 171; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 60

Rdnr. 105; *Heinemann* in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 394 Rdnr. 38).

In der Eintragung des subjektiv persönlichen Vorkaufsrechts liegt – unabhängig von der Frage, ob es (noch) Vermögenswert besitzt und damit unverteiltes Vermögen der Gesellschaft darstellt – eine formale Rechtsposition im vorgenannten Sinne. Die angestrebte Beseitigung (Löschung) zugunsten der „F. G. m. b. H. in M....“ gebuchten Vorkaufsrechts erfordert deshalb – wie das Grundbuchamt im Einzelnen zutreffend dargestellt hat – eine Nachtragsliquidation.

Anmerkung:

Der vorstehenden Entscheidung kann weder in der Begründung noch im Ergebnis zugestimmt werden. Der Ausgangsfall ist in der notariellen Praxis nicht selten: Im Rahmen der Liquidation einer GmbH wurde vergessen oder übersehen, dass für die Gesellschaft ein Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen ist. Fast 14 Jahre nach der Löschung des Berechtigten im Handelsregister wurde das Vorkaufsrecht anlässlich des Verkaufs des vorkaufsberechtigten Grundstücks wieder entdeckt und sollte gelöscht werden. Verfahrensmäßig bieten sich hierzu mehrere Wege an:

1. Löschung nach §§ 84 ff. GBO

Nach § 84 Abs. 2 a GBO kann eine Eintragung als gegenstandslos gelöscht werden, soweit das Recht, auf das sie sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist. Trotz des auf den ersten Blick entgegenstehenden Wortlauts ist die Vorschrift auch dann anwendbar, wenn ein Recht zwar einmal entstanden, aber später aus rechtlichen Gründen erloschen ist (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 84 Rdnr. 6; *Kohler* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 84 Rdnr. 8). Zweck dieses von Amts wegen durchzuführenden Verfahrens ist in erster Linie die Beseitigung bedeutungsloser Eintragungen, um die Übersichtlichkeit des Grundbuchs zu erhalten. Die Berichtigung unrichtiger Grundbucheintragungen ist unabhängig davon aber in erster Linie Aufgabe der Beteiligten selbst (*Böttcher* in Meikel, GBO, 10. Aufl., § 84 Rdnr. 2). Das Verfahren hat zudem den Nachteil, dass die Entscheidung des Grundbuchamts unanfechtbar ist (§ 85 Abs. 2 GBO).

2. Antrag auf Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO

In der zu besprechenden Entscheidung konnte eine Löschung daher nur – wie im Regelfall üblich und geboten – im Wege des Antrags auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO erfolgen und durch Rechtsmittel weiter verfolgt werden. Wie im Verfahren nach §§ 84 ff. GBO (wo die Gegenstandslosigkeit nach § 87 a GBO „festgestellt“ sein muss) ist eine Löschung des Vorkaufsrechts ohne Bewilligung des Betroffenen nur möglich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO „nachgewiesen“ wird. Das OLG Düsseldorf hält einen solchen Nachweis nicht für möglich, da die Möglichkeit besteht, dass das Vorkaufsrecht vor der Löschung der berechtigten GmbH nach §§ 1098 Abs. 3, 1059 a Nr. 2 BGB hätte übertragen werden können und verlangt daher zur Löschung die Bewilligung des eigens hierfür zu bestellenden Nachtragsliquidators.

3. Vorkaufsrecht und Untergang der juristischen Person

Hinweise zum Schicksal eines Vorkaufsrechts im Zusammenhang mit dem Erlöschen einer juristischen Person findet man

in der Literatur kaum. Unstreitig erlischt ein zugunsten einer natürlichen Person bestelltes subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht (wenn nicht anders vereinbart) mit deren Tod (§§ 1078 Abs. 1, 473 BGB; *Staudinger/Schermaier*, Bearb. 2008, § 1094 Rdnr. 36). Erlischt aber das zugunsten einer juristischen Person bestellte Vorkaufsrecht ohne weiteres mit deren Untergang (*Rothe* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 1095 Rdnr. 19) oder ist die juristische Person in Wirklichkeit – trotz Löschung im Handelsregister – weiterhin existent, weil sie noch Vermögen hat?

Zieht man den Vergleich zum Erlöschen eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts mit dem Tod des Berechtigten, ergibt sich zunächst folgende Erkenntnis: Ein unvererbliches Vorkaufsrecht kann nach herrschender Meinung nach Ablauf eines Jahres ohne Bewilligung des Erben mit Todesnachweis gelöscht werden, da die Möglichkeit besteht, dass das Vorkaufsrecht bereits zu Lebzeiten ausgeübt wurde und der so entstandene Eigentumsübertragungsanspruch „Rückstand“ i. S. v. § 23 Abs. 1 GBO ist (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1436). Dieser Rückstand ist aber nicht mit dem dinglichem Recht (Vorkaufsrecht) identisch (*Schöner/Stöber*, a. a. O.). Beim Vorkaufsrecht zugunsten einer juristischen Person weist das OLG Düsseldorf zunächst – und zutreffend – darauf hin, dass ein Erlöschen erst mit der tatsächlichen Vollbeendigung der Gesellschaft eintritt und die Löschung im Handelsregister nur rechtsbezeugende Wirkung hat (*Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 19. Aufl., § 60 Rdnr. 7, 104; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 74 Rdnr. 18). Sollte das Vorkaufsrecht ein noch verteilbares Vermögen darstellen, wäre also die Liquidation noch nicht abgeschlossen und es müsste zwingend ein Nachtragsliquidator bestellt werden. Als vermögenswertes Recht besitzt das Vorkaufsrecht – jedenfalls wenn es ausgeübt wurde – auch den Schutz der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG (BVerfG, NJW 1991, 1807). Es gibt in der Praxis Fälle, in denen das Vorkaufsrecht gegen hohe Geldbeträge „abgekauft“ wird, um einen anderweitigen Verkauf oder eine Beleihung zu ermöglichen. Ein nicht ausgeübtes Vorkaufsrecht ist aber für eine juristische Person nach Beendigung der übrigen Liquidation – von der hier nach 14 Jahren ausgegangen werden kann – ohne Bedeutung, denn eine Ausübung wäre mit der Verpflichtung zur Erfüllung des Kaufvertrages verbunden, was eine Fortsetzung der Gesellschaft erforderlich machen würde. Ein Fortsetzungsbeschluss ist jedoch nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nach herrschender Meinung ebenso ausgeschlossen (*MünchKommGmbHG/Berner*, § 60 Rdnr. 240 f.; *Baumbach/Hueck/Haas*, § 60 Rdnr. 91, jeweils m. w. N.) wie in einer Nachtragsliquidation (*K. Schmidt* in Scholz, § 60 Rdnr. 83).

Die vom OLG Düsseldorf angesprochene Möglichkeit der Veräußerung des Vorkaufsrechts entsprechend § 1059 a Nr. 1 BGB im Rahmen der Liquidation erfordert – und das hat das OLG in seiner Entscheidung übersehen – nach unwidersprochener Meinung in Anwendung des § 873 BGB die Übertragung und Eintragung im Grundbuch (*Palandt/Bassenge*, § 1059 a Rdnr. 1; *Bamberger/Wegmann*, BGB, 2. Aufl., § 1059 a Rdnr. 12; *Staudinger/Frank*, Bearb. 2008, § 1059 a Rdnr. 22). Dass der Eigentümer der Übertragung nicht zustimmen muss, spielt keine Rolle und ist in der Kommentierung im *Palandt* möglicherweise irreführend („Übertr [S 1] nach § 873 ohne EigentümerZustimmung“). Eine solche Eintragung auf einen neuen Vorkaufsberechtigten ist hier aber nicht erfolgt, so dass ein Übergang des Vorkaufsrechts ausgeschlossen ist. Da die Gesellschaft seit fast 14 Jahren gelöscht ist und auch eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr beschlossen werden kann, ist im vorliegenden Fall der Nachweis des

Erlöschens des Vorkaufsrechts durch Vorlage der Handelsregistereintragung über die Beendigung der Liquidation und des Erlöschens der Firma in grundbuchtauglicher Form erbracht. Die vom OLG allein schon zur Beseitigung der Buchposition geforderte Bestellung eines Nachtragsliquidators zur Erklärung der Löschungsbewilligung ist entbehrlich, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen ist.

Im Hinblick auf mögliche Rückstände aus dem Vorkaufsrecht sollten für den Nachweis die Anforderungen nach § 23 GBO entsprechende Anwendung finden. Wenn schon beim Tod einer natürlichen Person eine Löschung nach Ablauf eines Jahres möglich ist, wenn kein Widerspruch im Grundbuch vermerkt ist, warum sollten dann beim Erlöschen einer juristischen Person hinsichtlich der Möglichkeit von Rückständen strengere Anforderungen gelten? Die Löschung hätte im vorliegenden Fall demnach allein aufgrund Unrichtigkeitsnachweis und ohne Bestellung eines Nachtragsliquidators erfolgen können.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

5. BGB §§ 1572, 1578 b (*Zur Herabsetzung und Befristung nachehelichen Krankheitsunterhalts*)

1. **Steht die Erkrankung des unterhaltsbedürftigen Ehegatten nicht im Zusammenhang mit der Rollenverteilung in der Ehe oder sonstigen mit der Ehe verbundenen Umständen, stellt diese Erkrankung regelmäßig keinen ehebedingten Nachteil dar.**
2. **Auch wenn keine ehebedingten Nachteile vorliegen, ist eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts nur bei Unbilligkeit eines fortdauernden Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen begründet. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 30.3.2011, XII ZR 63/09

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie streiten um den nachehelichen Unterhalt der Antragsgegnerin.

Die Parteien schlossen ihre Ehe im September 1990. Aus der Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Seit Oktober 2003 leben sie getrennt. Der Scheidungsantrag des Antragstellers ist der Antragsgegnerin im Dezember 2004 zugestellt worden. Der im vorliegenden Verfahren ergangene Scheidungsausspruch ist seit dem 5.2.2009 rechtskräftig.

Der 1967 geborene Antragsteller ist von Beruf Bauzeichner. Nach der im Jahr 2007 eröffneten Insolvenz seines Arbeitgebers, bei dem er seit 1985 beschäftigt war, und einer anschließenden kurzzeitigen Tätigkeit als Bauleiter ist er seit September 2007 als Projektmanager in der Medizintechnik tätig und erzielt ein deutlich höheres Einkommen.

Die 1969 geborene Antragsgegnerin ist gelernte Bürokauffrau und arbeitete bei einem Möbelhaus, bis Ende 1990 vollschichtig, danach in Teilzeit. 1993 erkrankte sie an einer bipolaren affektiven Psychose, weshalb sie ihre Stelle kündigte. Seither arbeitete sie von 1994 bis 1999 in sozialversicherungsfreien Beschäftigungen, seit April 1999 halbtags versicherungspflichtig in einem Sonnenstudio. Ende des Jahres 2004 endete ihre Erwerbstätigkeit. Seit Januar 2005 bezieht sie eine Rente wegen voller Erwerbsminderung.

Das AG – Familiengericht – hat die Ehe geschieden, den Versorgungsausgleich durchgeführt und den Antragsteller zu einem monatlichen Unterhalt von insgesamt gerundet 708 € (566,42 € Elementarunterhalt und 140,60 € Altersvorsorgeunterhalt) verurteilt.

Auf die Rechtsmittel beider Parteien hat das Berufungsgericht das Urteil teilweise abgeändert und den Unterhalt bis Ende 2012 auf monatlich 645 €, davon 129 € Altersvorsorgeunterhalt, festgesetzt und ab dem 1.1.2013 und befristet bis zum 31.12.2014 auf monatlich 460 €. Mit der – zugelassenen – Revision wendet sich die Antrags-

gegnerin gegen die Beschränkung des Unterhalts ab 2013 und gegen die Befristung.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat für die Entscheidung über die Herabsetzung oder Befristung nach § 1578 b BGB ehebedingte Nachteile nicht feststellen können. Aus dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin ergebe sich, dass es allein auf ihre Erkrankung zurückzuführen sei, dass sie während der Ehezeit nicht durchgängig gearbeitet habe. Es könne daher nicht die Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin ihre Arbeit fortwährend auf Wunsch des Antragstellers reduziert habe, um sich mehr um den Haushalt kümmern zu können. Dass der Antragsteller einverstanden gewesen sei, sei kein Argument, weil ihm in Anbetracht der Erkrankung nichts anderes übrig geblieben sei. Die Erkrankung als solche sei nicht durch die Ehe verursacht. Dass ihre Depressionen sich durch den Unterhaltsstreit und die Vorwürfe des Antragstellers, sie tue nicht genug für die Wiedererlangung ihrer Erwerbsfähigkeit, verstärkten, besage nicht, dass die Ehe die Ursache ihrer Erkrankung sei.

Damit sei wesentlicher Gesichtspunkt für die Frage des Fortbestandes und der Dauer des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin das Ausmaß der vom Gesetz weiterhin grundsätzlich geforderten nachehelichen Verantwortung. Gerade aber unter Berücksichtigung der durch die fortdauernde Erwerbsunfähigkeit und die dauernde Unterhaltsbedürftigkeit der erst 39 Jahre alten Antragsgegnerin erscheine es unbillig, diese Belastung allein und unbegrenzt dem Antragsteller aufzuerlegen, so dass der Unterhaltsanspruch nicht dauerhaft fortbestehen könne. Auch die Dauer der Ehe von 14 Jahren und zwei Monaten bis zur Zustellung des Scheidungsantrags sei nicht derart lang, dass sie einen zeitlich unbegrenzten Unterhaltsanspruch rechtfertigen könne. Dass die Antragsgegnerin nach einem Wegfall des Unterhalts auf ergänzende staatliche Leistungen angewiesen sein werde, sei ebenfalls kein Umstand, der einer Befristung entgegenstehen könne.

Bei der Frage, für welchen Zeitraum der Antragsgegnerin der Unterhaltsanspruch unter dem Gesichtspunkt der nachehelichen Verantwortung noch zuzubilligen sei, komme der Ehedauer besonderes Gewicht zu. Bedeutsam sei weiter die Schwere der bereits chronifizierten Erkrankung und die geringe Wahrscheinlichkeit einer Genesung. Andererseits sei zu berücksichtigen, dass der Antragsteller bereits seit der Trennung, mithin seit mehr als fünf Jahren Unterhalt zahle und sich der Fortbestand der Unterhaltspflicht trotz seines derzeit guten Verdienstes nicht zuletzt mit Rücksicht auf seine künftige Familienplanung als eine deutliche Belastung darstelle. Demnach sei der Unterhalt bis zum 31.12.2014 zu befristen, wobei der Antragsteller für eine Übergangszeit von vier Jahren den vollen, mit 645 € ermittelten eheangemessenen Unterhalt schulde und ab dem 1.1.2013 noch einen auf 460 € herabgesetzten Unterhalt, der es der Antragsgegnerin ermögliche, für weitere zwei Jahre zusammen mit ihrer Erwerbsunfähigkeitsrente ihren „angemessenen Selbstbehalt“ von 1.000 € zu decken.

II.

Die nach § 1578 b Abs. 1, Abs. 2 BGB vorgenommene Herabsetzung und Befristung des Anspruchs der Antragsgegnerin auf Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Unterhalt ist nach § 1578 b BGB vom Familiengericht herabzusetzen oder zu befristen, wenn ein zeitlich unbegrenz-

ter Unterhaltsanspruch auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben (§ 1578 b Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 BGB).

1. Dass in der Erkrankung der Beklagten hier ein ehebedingter Nachteil liegen sollte, hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Denn die Erkrankung der Beklagten steht nicht im Zusammenhang mit der Rollenverteilung in der Ehe oder sonstigen mit der Ehe verbundenen Umständen (vgl. Senatsurteile vom 28.4.2010, XII ZR 141/08, FamRZ 2010, 1057 Rdnr. 15 m. w. N. und vom 16.2.2011, XII ZR 108/09 – zur Veröffentlichung bestimmt). Die Krankheit des unterhaltsbedürftigen Ehegatten stellt demnach regelmäßig keinen ehebedingten Nachteil dar (Senatsurteile vom 30.6.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 17 und vom 7.7.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 188 Rdnr. 20).

Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts zur Rollenverteilung während des Zusammenlebens und der Frage, ob diese auf der Krankheit oder aber vorwiegend auf dem Wunsch des Antragstellers beruhte, haben für die Frage eines ehebedingten Nachteils keine Bedeutung, weil die heutigen Erwerbsnachteile der Antragsgegnerin allein krankheitsbedingt sind. Da die Antragsgegnerin zudem eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bezieht und vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit vorhandene ehebedingte Nachteile insoweit regelmäßig durch den Versorgungsausgleich ausgeglichen sind (dazu und zu Ausnahmefällen vgl. Senatsurteile vom 4.8.2010, XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 und vom 2.3.2011, XII ZR 44/09 – zur Veröffentlichung bestimmt), sind der Antragsgegnerin keine ehebedingten Nachteile i. S. v. § 1578 b Abs. 1 BGB entstanden.

2. Auch wenn keine ehebedingten Nachteile vorliegen, ist eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des naheheiligen Unterhalts indessen nur bei Unbilligkeit eines fort-dauernden Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen begründet.

a) Bei der insoweit gebotenen Billigkeitsabwägung hat das Familiengericht das im Einzelfall gebotene Maß der naheheiligen Solidarität festzulegen, wobei vor allem die in § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB aufgeführten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind (vgl. Senatsurteil vom 2.3.2011, XII ZR 44/09 – zur Veröffentlichung bestimmt m. w. N.).

Die Feststellung der für die Billigkeitsentscheidung nach § 1578 b BGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist – ebenso wie die entsprechende Billigkeitsabwägung – Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob dieser wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen oder Beweisregeln verkannt hat. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteile vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 25 und vom 11.8.2010, XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rdnr. 42 m. w. N.).

b) Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil gerecht. Das Berufungsgericht hat insbesondere die Dauer der Ehe von rund 14 1/2 Jahren sowie die persönlichen und wirtschaft-

lichen Verhältnisse der Parteien in seine Betrachtung einbezogen.

Dass sich nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin ihre Erkrankung durch den Unterhaltsstreit und die Vorwürfe des Antragstellers, sie arbeite nicht hinreichend an der Wiederherstellung ihrer Erwerbsfähigkeit, verschlimmert hätten, kann indessen schon deswegen kein tauglicher Aspekt der Billigkeitsabwägung nach § 1578 b BGB sein, weil der Antragsteller damit in zulässiger Weise seine prozessualen Rechte wahrgenommen hat (vgl. im Übrigen Senatsurteil vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 27).

Auch eine im Fall einer Unterhaltsversagung eintretende Sozialleistungsbedürftigkeit schließt eine Befristung nach § 1578 b Abs. 2 BGB nicht notwendig aus. Vielmehr nimmt das Gesetz durch die Möglichkeit der Befristung des Krankheitsunterhalts in Kauf, dass der Unterhaltsberechtigte infolge der Unterhaltsbefristung sozialleistungsbedürftig wird und somit die Unterhaltsverantwortung des geschiedenen Ehegatten durch eine staatliche Verantwortung ersetzt wird (Senatsurteil vom 28.4.2010, XII ZR 141/08, FamRZ 2010, 1057 Rdnr. 18; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 Rdnr. 37). Freilich sind die Folgen der Unterhaltsbefristung oder -herabsetzung für beide Parteien und deren jeweilige Belastung durch die Unterhaltspflicht und deren Wegfall in die Billigkeitsbetrachtung einzubeziehen. Diese Würdigung hat das Berufungsgericht indessen nicht unterlassen, wie nicht zuletzt an der der Befristung vorgeschalteten Herabsetzung des Unterhalts deutlich wird.

Dass das Berufungsgericht auch die Dauer der Trennungunterhaltszahlungen einbezogen hat, entspricht ebenfalls der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 30.6.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 31, 35). Das findet seine Rechtfertigung darin, dass im Rahmen von § 1578 b BGB die Gesamtbelastung des Unterhaltspflichtigen durch den Unterhalt ein Billigkeitskriterium ist und diese auch durch den – etwa längere Zeit gezahlten – Trennungunterhalt mit beeinflusst wird. Dass die Zahlungen, wie die Revision einwendet, der gesetzlichen Verpflichtung des Antragstellers entsprechen, steht dem ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass der Trennungunterhalt selbst nicht entsprechend § 1578 b BGB herabgesetzt oder befristet werden kann.

Dass das Berufungsgericht beim Umfang der Belastung für den Antragsteller auch das – bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs nicht herangezogene – nach der Trennung erhöhte Einkommen des Antragstellers berücksichtigt hat, ergibt sich ebenfalls aus den Gründen des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht ist insoweit davon ausgegangen, dass sich der Unterhalt trotz des derzeit guten Verdienstes des Antragstellers mit Rücksicht auf seine zukünftige Familienplanung als eine deutliche Belastung darstelle. Die Revision beanstandet insoweit, dass das Berufungsgericht zu dem Inhalt dieser Familienplanung keinerlei Feststellungen getroffen habe. Solche Feststellungen waren indessen nicht erforderlich. Denn die Billigkeitsabwägung des Berufungsgerichts bewegt sich auch mit dieser Erwägung im Rahmen der mit § 1578 b BGB verbundenen gesetzgeberischen Wertungen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011–1 BvR 918/10, FamRZ 2011, 437 Rdnr. 20). Dass damit eine Billigkeitsabwägung bereits vor Beurteilung der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB und der in diesem Rahmen zu berücksichtigenden sonstigen (Unterhalts-)Verbindlichkeiten zu treffen ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Vertiefung, weil keine konkurrierenden Unterhaltsansprüche in Rede stehen. Darauf, dass konkrete Unterhaltspflichten bereits entstanden sind oder mit ihrem Entstehen in absehbarer Zeit zu rechnen ist, kommt es zudem nicht an. Denn nach der Absicht des Gesetzgebers des Unterhalts-

rechtsänderungsgesetzes vom 21.12.2007 sollte „die Ausweitung der Möglichkeit, nacheheliche Unterhaltsansprüche zeitlich oder der Höhe nach zu begrenzen, [...] die Chancen für einen Neuanfang nach einer gescheiterten Ehe erhöhen und die Zweitfamilien entlasten“ (BT-Drucks. 16/1830, S. 13). Die Billigkeitsabwägung unter Einbeziehung dieses allgemeinen Gesetzesmotivs, dass schon die Chancen für einen „Neuanfang“ erhöht werden sollten, kann als solche demnach nicht sachwidrig sein. Ob diesem Gesichtspunkt in seiner Allgemeinheit neben weiteren Aspekten eine wesentliche Bedeutung zukommen kann, erscheint allerdings fraglich. Die vom Berufungsgericht hier getroffene Abwägung hält sich insoweit jedenfalls noch im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, was nicht zuletzt das von ihm erzielte Ergebnis verdeutlicht.

c) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu einer ungekürzten Unterhaltspflicht bis Ende 2012, mithin für mehr als dreieinhalb Jahre nach Rechtskraft der Scheidung und rund acht Jahre nach Zustellung des Scheidungsantrags gelangt und hat den Unterhalt anschließend für weitere zwei Jahre auf den angemessenen Bedarf herabgesetzt. Dabei hat es mit der Ehedauer, dem Alter der Parteien bei Scheidung sowie der Gestaltung der kinderlosen und jedenfalls nicht auf eine sog. Hausfrauenehe angelegten Ehe sämtliche wesentlichen einschlägigen Abwägungskriterien in seine Betrachtung einbezogen und ist zu einem nach revisionsrechtlichen Maßstäben vertretbaren Ergebnis gelangt. Im Rahmen der Herabsetzung des Unterhalts hat es allerdings den angemessenen Bedarf der Antragsgegnerin i. S. v. § 1578 b Abs. 1 BGB auf 1.000 € festgelegt. Das entspricht zwar nicht der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteile vom 4.8.2010, XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 163 Rdnr. 31 f. und vom 17.2.2010, XII ZR 140/08, FamRZ 2010, 629 Rdnr. 28 f. m. w. N.), wirkt sich indessen nicht zum Nachteil der Antragsgegnerin als Revisionsklägerin aus.

6. BGB § 1570 (*Verlängerung des nachehelichen Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen*)

1. **Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Denn mit der Neugestaltung des nachehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB hat der Gesetzgeber für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung aufgegeben (im Anschluss an die Senatsurteile vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770).**
2. **Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.**

BGH, Urteil vom 15.9.2010, XII ZR 20/09

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt. Die 1971 geborene Antragstellerin und der 1970 geborene Antragsgegner hatten im September 1999 die Ehe geschlossen. Im September 2000 wurde der gemeinsame Sohn geboren. Nach der Trennung im März 2005 wurde die Ehe auf den im Dezember 2006 zugestellten Scheidungsantrag

der Antragstellerin mit Urteil vom 22.7.2008 rechtskräftig geschieden. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für den gemeinsamen Sohn wurde der Antragstellerin übertragen.

Die Antragstellerin war wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes in seinen ersten drei Lebensjahren nicht erwerbstätig. In der Folgezeit arbeitete sie (zunächst) 25 Stunden wöchentlich in ihrem Beruf als Rechtsanwalts- und Notargehilfin, mit einer Arbeitszeit von montags bis mittwochs und freitags von 9.00 Uhr bis 14.00 Uhr sowie donnerstags von 13.00 Uhr bis 18.00 Uhr. Der Sohn besucht im Anschluss an die Schule bis 15.00 Uhr einen Hort; donnerstags wird er sodann vom Antragsgegner und dem Großvater väterlicherseits betreut. Aus ihrer Erwerbstätigkeit erzielt die Antragstellerin Nettoeinkünfte, die sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nach Abzug berufsbedingter Kosten auf monatlich 1.141,69 € belaufen.

Der Antragsgegner ist im Umfang von 36,5 Wochenstunden bei den Berliner Verkehrsbetrieben beschäftigt. Die Höhe seines Nettoeinkommens ist zwischen den Parteien streitig. Er zahlt für den gemeinsamen Sohn monatlichen Unterhalt, der sich ursprünglich auf 114 % des Regelbetrages belief und seit April 2009 110 % des Mindestunterhalts beträgt, jeweils abzüglich hälftigen Kindergeldes.

Das AG hat die gegenwärtig ausgeübte Erwerbstätigkeit der Antragstellerin für ausreichend erachtet und ein Nettoeinkommen des Antragsgegners errechnet, das sich nach Abzug des Kindesunterhalts auf 1.641,04 € beläuft. Auf dieser Grundlage hat es einen Anspruch der Antragstellerin auf Elementarunterhalt in Höhe von 193,20 € und auf Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 48,54 € errechnet. Das KG hat die Berufung des Antragsgegners zurückgewiesen und die Revision zur Fortbildung des Rechts zugelassen.

Mit seiner Revision verfolgt der Antragsgegner seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

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

1. Wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend erkennt, hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 1570 BGB den nachehelichen Betreuungsunterhalt grundlegend umgestaltet. Er hat einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980, S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (vgl. schon BGHZ 177, 272, 304 ff. = FamRZ 2008, 1739, 1748 f.). Obwohl der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ausgestaltet ist, wird er vor allen Dingen im Interesse des Kindes gewährt, um dessen Betreuung und Erziehung sicherzustellen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 19).

a) In den ersten drei Lebensjahren des Kindes kann der betreuende Elternteil frei entscheiden, ob er das Kind selbst erziehen oder eine andere Betreuungsmöglichkeit in Anspruch nehmen will. Er kann in dieser Zeit auch eine bereits begonnene Erwerbstätigkeit jederzeit wieder aufgeben. Erzielt er in dieser Zeit allerdings eigene Einkünfte, bleiben diese nicht als überobligatorisch völlig unberücksichtigt, sondern sind nach den Umständen des Einzelfalles anteilig zu berücksichtigen (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 20 f. und vom 13.4.2005, XII ZR 273/02, FamRZ 2005, 1154, 1156 f.).

b) Für die Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Neuregelung nur noch dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreu-

ungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit verlangt die Neuregelung allerdings regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitwerbstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitwerbstätigkeit möglich (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 22; vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 26 und vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Rdnr. 19).

Zugleich hat der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung des § 1570 BGB dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt. Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und ggf. zu beweisen (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 23 und BGHZ 177 = FamRZ 2008, 1739 Rdnr. 97).

Soweit in Rechtsprechung und Literatur auch zu der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung des § 1570 BGB abweichende Auffassungen vertreten wurden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpften und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig machten, sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar (BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 28). Die Betreuungsbedürftigkeit ist vielmehr nach den individuellen Verhältnissen zu ermitteln. Nur wenn das betroffene Kind einen Entwicklungsstand erreicht hat, in dem es unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zeitweise sich selbst überlassen bleiben kann, kommt es aus kindbezogenen Gründen insoweit nicht mehr auf eine vorrangig zu prüfende Betreuungsmöglichkeit in einer kindgerechten Einrichtung an (Senatsurteil vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 33).

(1) Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach Billigkeit, die ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 6 Abs. 2 und 5 GG finden, entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; Senatsurteile vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 28 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 24).

Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Betreuungsunterhalts zum 1.1.2008, was das Berufungsgericht verkennt – für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres grundsätzlich den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgeben. 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 (Senatsurteile vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Rdnr. 22 f. und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 25; abweichend OLG Frankfurt, FamRZ 2010, 1449).

(2) 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 und 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 weiter an Bedeutung (§ 1570 Abs. 2 BGB). Insoweit hat der Senat bereits ausgeführt, dass die ausgeübte oder verlangte Erwerbstätigkeit neben dem nach der Erziehung und Betreuung in einer Tageseinrichtung verbleibenden Anteil an der Betreuung nicht zu einer überobligatorischen Belastung des betreuenden Elternteils führen darf (Senatsurteile vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Rdnr. 32 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2009, 1739 Rdnr. 103). Unter Berücksichtigung des konkreten Betreuungsbedarfs ist dann eine Prüfung geboten, ob und in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Elternteils über den Umfang der Betreuung des Kindes in einer kindgerechten Einrichtung hinaus noch eingeschränkt ist (Senatsurteile vom 17.6.2009, XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 Rdnr. 32; vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 37 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 32).

2. Diesen gesetzlichen Vorgaben trägt das Berufungsurteil nicht hinreichend Rechnung.

a) Das Berufungsgericht hat eine vollzeitige Betreuung des gemeinsamen Kindes in einer kindgerechten Einrichtung allein im Hinblick auf das Alter des Kindes aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt. Individuelle Umstände, die diese Entscheidung rechtfertigen könnten, lässt das Berufungsurteil vermissen. Unabhängig davon, dass – offenbar unstrittig – eine Betreuungsmöglichkeit im Hort bis 18.00 Uhr zur Verfügung steht, hat das Berufungsgericht auch die Betreuungsmöglichkeit durch den Antragsgegner mit unzutreffenden Erwägungen verneint.

Grundsätzlich ist auch der barunterhaltspflichtige Elternteil als Betreuungsperson in Betracht zu ziehen, wenn er dies ernsthaft und verlässlich anbietet (vgl. Empfehlung 5 des Arbeitskreises 2 des 18. Deutschen Familiengerichtstages). Maßstab dafür ist auch im Rahmen des § 1570 BGB das Kindeswohl, hinter dem rein unterhaltsrechtliche Erwägungen zurücktreten müssen. Ist bereits eine am Kindeswohl orientierte Umgangsregelung vorhanden, ist diese grundsätzlich vorgreiflich (vgl. auch NK-BGB/Schilling, 2. Aufl., § 1615 I Rdnr. 12).

Weil hier ein regelmäßiger Umgang mit dem Vater stattfindet und dieser das Kind ohnehin nach der vom KG in Bezug genommenen Feststellung des AG donnerstags nachmittags betreut, ist nicht nachvollziehbar, warum sich im Falle einer darüber hinausgehenden Betreuung durch den Antragsgegner ein Loyalitätskonflikt für das Kind ergeben könnte. Die Grenze der Betreuungsmöglichkeit des Vaters dürfte allerdings u. a. in dessen eigener Erwerbstätigkeit zu erblicken sein. Insoweit fehlt es aber an ausreichenden Feststellungen des Berufungsgerichts.

b) Elternbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus Vertrauensgesichtspunkten kommen nur in Betracht, wenn der betreuende Elternteil das Kind auch tatsächlich persönlich betreut (Senatsurteil vom 21.4.2010, XII ZR 134/08, FamRZ 2010, 1050 Rdnr. 32) oder soweit der betreuende Elternteil durch seine Erwerbstätigkeit und den verbleibenden Anteil der persönlichen Betreuung überobligationsmäßig belastet würde (Senatsurteile vom 6.5.2009, XII

ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 37 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rdnr. 103 f.).

Auch solche Verlängerungsgründe hat das KG nicht festgestellt. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin ihre Erwerbstätigkeit nach der Geburt des gemeinsamen Kindes für drei Jahre aufgegeben hatte und danach lediglich im Umfang von 25 Wochenstunden erwerbstätig war, spricht nicht notwendig dafür, dass diese Ausgestaltung auch bei zunehmendem Alter des Kindes Bestand haben sollte. Nach der Rechtsprechung des Senats sieht die gesetzliche Neuregelung vielmehr eine von den individuellen Umständen abhängige Entwicklung bis zu einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils vor. Umstände, die hier die Erwerbstätigkeit der Antragstellerin als ausreichend darstellen könnten, liegen zwar nicht fern, sind vom KG aber auch nicht festgestellt worden.

3. Das Berufungsurteil beruht auf dem unzutreffenden Verständnis der gesetzlichen Neuregelung in § 1570 BGB. Für den Umfang der Erwerbspflicht der Antragstellerin, die ihren Anspruch auf Betreuungsunterhalt wesentlich beeinflusst, fehlt es an ausreichenden Feststellungen. Das Berufungsurteil ist deswegen aufzuheben und das Verfahren ist zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

4. Zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats hat das KG eine Befristung des Unterhaltsanspruchs abgelehnt. Eine Befristung des nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1578 b Abs. 2 BGB scheidet schon deswegen 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 Einzelfalles 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 (Senatsurteile vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 55 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 42 m. w. N.).

Auch eine Begrenzung des Betreuungsunterhalts der Antragstellerin nach § 1578 b Abs. 1 BGB scheidet hier aus. Zwar ist eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann möglich, wenn wegen der noch fortdauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt. Insbesondere in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht (Urteile vom 6.5.2009, XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 Rdnr. 57 und BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 44 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, weil die Parteien bei vollzeitiger Erwerbstätigkeit etwa gleich hohe Einkommen erzielen, so dass der eigene angemessene Lebensbedarf der Antragstellerin ihrem Lebensbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB annähernd entspricht. (...)

7. BGB §§ 1578 Abs. 1, 3, 1578 b; ZPO § 540 (*Bemessung des nachehelichen Unterhalts bei besonders günstigen Einkommensverhältnissen*)

1. **Die Berechnung des nachehelichen Unterhaltsbedarfs nach einer Quote des vorhandenen Einkommens beruht auf der Annahme, dass das gesamte vorhandene Einkommen für den Lebensunterhalt der Ehegatten verwendet wird. Bei besonders günstigen Einkommensverhältnissen, bei denen die Vermutung naheliegt, dass nicht sämtliche Einnahmen für den Lebensunterhalt verbraucht werden, sondern ein Teil von ihnen auch der Vermögensbildung zufließt, ist ein höherer Bedarf konkret zu begründen.**
2. **Zur Bemessung des Altersvorsorgeunterhalts bei konkret bemessenem Barunterhalt (im Anschluss an das Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 141/04, FamRZ 2007, 117).**
3. **Im Rahmen der – dem Tatrichter obliegenden – Billigkeitsabwägung nach § 1578 b BGB gewinnt eine längere Ehedauer durch eine wirtschaftliche Verflechtung, die insbesondere durch Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit eintritt, besonderes Gewicht.**

BGH, Urteil vom 11.8.2010, XII ZR 102/09

Die Parteien streiten um nachehelichen Aufstockungsunterhalt für die Zeit ab Januar 2009.

Der 1950 geborene Antragsteller und die 1953 geborene Antragsgegnerin hatten im April 1977 die Ehe geschlossen, aus der zwei jetzt volljährige Töchter hervorgegangen sind. Nach der Trennung im April 2006 wurde die Ehe der Parteien auf den im Juni 2007 zugestellten Scheidungsantrag des Antragstellers rechtskräftig geschieden.

Die Parteien waren jedenfalls seit 1993 nicht mehr erwerbstätig und lebten von den Vermögenseinkünften des Antragstellers. Der Antragsteller ist Miteigentümer eines Gewerbemietobjekts und eines 1970 erbauten Verbrauchermarkts. Weiteres Vermögen i. H. v. mindestens 2 Mio. € hatte er von seinem Vater geerbt.

Die Antragsgegnerin ist seit November 2007 als Sachbearbeiterin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden erwerbstätig. Ihre monatlichen Nettoeinkünfte belaufen sich auf 1.273,67 €. Zusätzlich erzielt sie aus einem im Zugewinnausgleich erhaltenen Betrag i. H. v. 85.000 € monatliche Zinsen von 215,11 €. Sie verfügt außerdem über eine Lebensversicherung mit einem Auszahlungsbetrag bei Eintritt ins Rentenalter i. H. v. 55.000 €.

Das AG hat die Ehe der Parteien geschieden, den Versorgungsausgleich i. H. v. 5,05 € monatlich zugunsten der Antragsgegnerin durchgeführt und den Antragsteller verurteilt, an die Antragsgegnerin nachehelichen Elementar- und Altersvorsorgeunterhalt in zeitlich gestaffelter Höhe, ab dem 65. Lebensjahr lediglich Elementarunterhalt i. H. v. monatlich 500 €, zu zahlen.

Auf die Berufungen beider Parteien hat das OLG die Entscheidung abgeändert und den Antragsteller unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Antragsgegnerin für die Zeit von Januar 2009 bis Dezember 2013 monatlich Elementarunterhalt i. H. v. 1.970 € und Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 557 € sowie für die Zeit ab Januar 2014 monatlich Elementarunterhalt i. H. v. 1.022 € und Altersvorsorgeunterhalt i. H. v. 240 € zu zahlen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Antragstellers, mit der er weiterhin vollständige Klagabweisung begehrt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. Das OLG hat den Antragsteller zu Recht in der zugesprochenen Höhe zu nachehelichem Unterhalt verurteilt. (...)

II.

(...)

2. Soweit das Berufungsgericht den Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin auf der Grundlage ihrer konkreten Dar-

legungen bemessen und dabei auch die Kosten für den Unterhalt eines Reitpferdes einbezogen hat, ist dagegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

a) Der naheheliche Unterhaltsbedarf ergibt sich nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich aus den ehelichen Lebensverhältnissen. Zwar wird dieser vom Einkommen des besser verdienenden Ehegatten abgeleitete Unterhaltsbedarf regelmäßig als Quotenunterhalt nach Abzug eines Erwerbstätigenbonus im Wege der Halbteilung ermittelt. Diese Bedarfsberechnung beruht allerdings auf der Annahme, dass das gesamte vorhandene Einkommen für den Lebensunterhalt der Ehegatten verwendet wurde und wird. Bei besonders günstigen Einkommensverhältnissen liegt hingegen die Vermutung nahe, dass nicht sämtliche Einnahmen für den Lebensunterhalt verbraucht werden, sondern ein Teil von ihnen auch der Vermögensbildung zufließt. Wenn in Rechtsprechung und Literatur deswegen für solche Fälle eine konkrete Bedarfsbemessung verlangt wird (vgl. Ziffer 15.3 der Leitlinien der Oberlandesgerichte und *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 366 ff.), ist dagegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern (vgl. bereits Senatsurteile vom 5.6.2004, XII ZR 277/02, FamRZ 2005, 97, 98; BGHZ 153, 372, 380 f. = FamRZ 2003, 848, 851; vom 15.11.1989, IVb ZR 95/88, FamRZ 1990, 280, 281; vom 1.4.1987, IVb ZR 33/86, FamRZ 1987, 691, 693; vom 16.1.1985, IVb ZR 62/83 -FamRZ 1985, 582, 583 und vom 6.10.1982, IVb ZR 311/81, FamRZ 1982, 1187, 1188).

Wenn das Berufungsgericht eine solche konkrete Bemessung des nahehelichen Unterhaltsbedarfs verlangt, sofern dieser den Bedarf auf der Grundlage des Einkommens nach der höchsten Stufe der Düsseldorfer Tabelle übersteigt, lässt dies keine Rechtsfehler erkennen. Zwar wird eine absolute Sättigungsgrenze für den nahehelichen Unterhalt durchweg abgelehnt. Das Einkommen von gegenwärtig 5.100 € bildet aber nur die Höchstgrenze des vom Einkommen des besser verdienenden Ehegatten abgeleiteten Quotenunterhalts (vgl. auch *Wendl/Gerhardt*, a. a. O., § 4 Rdnr. 368 a; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 10. Aufl., Rdnr. 42 f.). Die konkrete Darlegung eines höheren Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist dadurch nicht ausgeschlossen.

b) Auch soweit das Berufungsgericht im Rahmen der konkreten Bedarfsbemessung einen Bedarf für die Unterhaltung eines Reitpferdes in Höhe von monatlich 345 € hinzugerechnet hat, hält dies den Angriffen der Revision stand. Unstreitig war während der Ehezeit ein solcher Bedarf der Antragsgegnerin entstanden, zumal der Antragsgegnerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stets ein Reitpferd zur Verfügung stand, das sie auch selbst geritten hat. Zwar verfügt die Antragsgegnerin gegenwärtig nicht über ein Reitpferd, nachdem das frühere Pferd eingeschlachtet werden musste. Dies ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber lediglich auf die ungeklärte finanzielle Situation zurückzuführen. Der konkrete Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin kann nicht dadurch beeinflusst werden, dass sie ihre Lebensverhältnisse infolge unzureichender Unterhaltsleistungen des Antragstellers vorübergehend einschränken muss. Weil die Antragsgegnerin nach den Feststellungen des OLG ihr Hobby auch künftig weiter verfolgen möchte, besteht dieser konkrete Bedarf fort. Die dem zugrundeliegenden Feststellungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und werden von der Revision auch nicht angegriffen.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht auf den konkret ermittelten Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin die von ihr erzielten Einkünfte angerechnet.

a) Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ist es dabei von den gegenwärtig erzielten Einkünften der Antragsgegnerin ausgegangen und hat diese um berufsbedingte Kosten und einen Erwerbstätigenbonus auf monatlich 1.010,01 € bereinigt. Ebenso zutreffend hat das Berufungsgericht auf den konkret ermittelten Unterhaltsbedarf i. H. v. 3.195 € monatlich die Zinseinkünfte der Antragsgegnerin i. H. v. monatlich 215 € angerechnet. Die Bemessung des restlichen monatlichen Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen i. H. v. rund 1.970 € lässt somit keine Rechtsfehler erkennen; auch die Revision greift dies nicht an.

b) Für die Zeit ab Januar 2014 ist das Berufungsgericht von einem nach § 1578 b Abs. 1 BGB herabgesetzten Unterhaltsbedarf nach den eigenen Lebensverhältnissen der Antragsgegnerin i. H. v. 2.200 € ausgegangen, der sich aus einem ohne die Ehe und Kindererziehung heute erzielbaren Einkommen ergebe. Darauf hat es das Einkommen der Antragsgegnerin nach Abzug berufsbedingter Kosten, aber ohne Abzug eines Erwerbstätigenbonus angerechnet. Das greift die Revision als ihr günstig nicht an.

Soweit das Berufungsgericht für diese Zeit keine weiteren Zinseinkünfte der Antragsgegnerin angerechnet hat, hält auch dies der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Denn das Berufungsgericht hat insoweit im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung festgestellt, dass die Antragsgegnerin auch ohne Ehe und Kinderbetreuung ein entsprechendes Vermögen angespart hätte und Zinsen in gleicher Höhe erzielen würde. Diese Feststellungen beruhen auf einer Würdigung des Sachvortrags der Parteien und sind vom Revisionsgericht nur darauf nachprüfbar, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder erhebliches Parteivorbringen außer Acht gelassen wurde. Solches ist hier nicht ersichtlich. Indem die Revision meint, die Antragsgegnerin wäre ohne die Ehe nicht in der Lage gewesen, ein entsprechendes Vermögen anzusparen, setzt sie lediglich ihre Würdigung an die Stelle der Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht. Das ist ihr im Revisionsverfahren verwehrt.

4. Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht der Antragsgegnerin neben dem Elementarunterhalt weiteren Altersvorsorgeunterhalt zugesprochen. Der naheheliche Unterhalt umfasst gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB den gesamten Lebensbedarf. Im Rahmen eines Unterhaltsanspruchs nach den §§ 1570 bis 1573 oder § 1576 BGB gehören nach § 1578 Abs. 3 BGB zum Lebensbedarf auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit.

a) Der nach § 1578 Abs. 3 BGB geschuldete Vorsorgeunterhalt ist dazu bestimmt, als Teil des einheitlichen, den gesamten Lebensbedarf des Berechtigten umfassenden Unterhaltsanspruchs den Aufbau einer Altersvorsorge zu ermöglichen, die den Einkünften vor Renteneintritt entspricht. Im Rahmen des Aufstockungsunterhalts nach § 1573 Abs. 2 BGB soll der Unterhaltsberechtigte seine weitere Altersvorsorge nicht lediglich aus den erzielten eigenen Einkünften, sondern auch auf der Grundlage des Aufstockungsunterhalts aufbauen können.

Dabei hat es der Senat stets abgelehnt, den Vorsorgeunterhalt an der Höhe einer später zu erwartenden, den Lebensbedarf des Berechtigten sodann in angemessener Weise deckenden Versorgungsleistung auszurichten und zu bemessen, zumal es in der Regel mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte, den angemessenen Lebensbedarf für den Zeitpunkt des Versicherungsfalls zu beurteilen (Urteil vom 25.2.1981, IVb ZR 543/80, FamRZ 1981, 442, 444). Im Hinblick auf die Zielsetzung des Versorgungsausgleichs hat er es stattdessen

für gerechtfertigt gehalten, den Elementarunterhalt zu dem Entgelt aus einer Erwerbstätigkeit und den Vorsorgeunterhalt zu den Versicherungsbeiträgen in Beziehung zu setzen, die im Hinblick auf ein derartiges Erwerbseinkommen zu erreichen wären, und damit den Berechtigten hinsichtlich der Altersvorsorge so zu behandeln, wie wenn er aus einer versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit Einkünfte in Höhe des ihm an sich zustehenden Elementarunterhalts hätte (Urteil vom 25.11.1998, XII ZR 33/97, FamRZ 1999, 372, 373 f.). Entsprechend hat das Berufungsgericht den als Elementarunterhalt zugesprochenen Betrag dem Nettoarbeitsentgelt gleichgestellt und dieses zur Ermittlung der darauf entfallenden Vorsorgebeiträge in ein fiktives Bruttoeinkommen umgerechnet (vgl. insoweit Bremer Tabelle, FamRZ 2010, 260 ff.). Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Altersvorsorgeunterhalt auch nicht durch die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung zur Höhe begrenzt (Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 141/04, FamRZ 2007, 117 Tz. 22 ff.).

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht der Antragsgegnerin hier einen Altersvorsorgeunterhalt zusätzlich zu dem vollen Elementarunterhalt zugesprochen. Zwar führt die Minderung der Einkünfte des Unterhaltspflichtigen durch den Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt im Wege der Halbteilung regelmäßig zu einem geringeren Elementarunterhalt des Unterhaltsberechtigten. In Fällen besonders günstiger wirtschaftlicher Verhältnisse ist eine solche zweistufige Berechnung des Elementarunterhalts allerdings nicht erforderlich, zumal diese lediglich sicherstellen soll, dass nicht zulasten des Unterhaltsverpflichteten über den Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe der Ehegatten an den ehelichen Lebensverhältnissen hinausgegangen wird. Sind die wirtschaftlichen Verhältnisse hingegen so günstig, dass der Vorsorgebedarf neben dem laufenden Unterhaltsbedarf befriedigt werden kann, besteht keine Notwendigkeit für die zweistufige Berechnungsweise. Der Vorsorgeunterhalt kann dem Unterhaltsberechtigten dann neben dem konkret ermittelten ungekürzten Elementarunterhalt zugesprochen werden (Senatsurteil vom 25.10.2006, XII ZR 141/04, FamRZ 2007, 117 Tz. 11 ff.).

c) Entgegen der Auffassung der Revision führt der Altersvorsorgeunterhalt hier auch nicht zu einer Besserstellung der Antragsgegnerin gegenüber den Verhältnissen bei fortbestehender Ehe. Zwar hatten die Ehegatten während ihrer Ehezeit nur eine zu vernachlässigende Altersvorsorge aufgebaut. Dies war aber darauf zurückzuführen, dass der Antragsteller über erhebliche Vermögenseinkünfte verfügt, die ihm auch im Alter zur Verfügung stehen und den Parteien bei fortbestehender Ehe die Lebensverhältnisse gesichert hätten. Nach rechtskräftiger Ehescheidung ist die Antragsgegnerin auf eine andere Alterssicherung angewiesen. Weil die Zinseinkünfte aus dem im Zugewinnausgleich erhaltenen Vermögen ihre Altersvorsorge nur in sehr begrenztem Umfang decken können, muss sie durch die Einkünfte aus ihrer Erwerbstätigkeit und dem Aufstockungsunterhalt eine weitere Altersvorsorge aufbauen.

5. Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Begrenzung des nachehelichen Unterhalts gemäß § 1578 b Abs. 1 BGB hält den Angriffen der Revision stand.

a) Ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist nach § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Nach § 1578 b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein

Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Danach ist bei der Billigkeitsabwägung vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung oder Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben.

b) Das Berufungsgericht hat hier einen dauerhaften ehebedingten Nachteil der Antragsgegnerin angenommen, weil sie ohne Ehe und Kindererziehung heute deutlich höhere Einkünfte erzielen würde, als sie gegenwärtig aus ihrer zumutbaren Tätigkeit erzielt. Das greift die Revision ohne Erfolg an.

aa) Die Feststellung aller für die Billigkeitsentscheidung nach § 1578 b BGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob dieser wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen oder Beweisregeln verkannt hat. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Das setzt voraus, dass in dem Urteil die wesentlichen Gründe aufgeführt werden, die für die richterliche Überzeugungsbildung leitend gewesen sind. Nicht erforderlich ist hingegen die ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren und fern liegenden Gesichtspunkten, wenn sich nur ergibt, dass eine sachgerechte Beurteilung stattgefunden hat (Urteil vom 14.10.2009, XII ZR 146/08, FamRZ 2009, 1990 Tz. 19).

bb) Diesen Anforderungen trägt die Feststellung ehebedingter Nachteile durch das Berufungsgericht Rechnung. Sie beruht auf einer Würdigung des gesamten Prozessstoffes. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision hat das Berufungsgericht dabei auch nicht gegen die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast verstoßen.

Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Antragsteller als Unterhaltsschuldner, der sich mit seinem Begehren nach Befristung und Begrenzung des nachehelichen Unterhalts auf eine prozessuale Einwendung beruft, die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der dafür sprechenden Tatsachen trägt (Senatsurteile vom 16.4.2008, XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 Tz. 41 und vom 14.11.2007, XII ZR 16/07, FamRZ 2008, 134 Tz. 22). In die Darlegungs- und Beweislast des Unterhaltspflichtigen fällt grundsätzlich auch der Umstand, dass dem Unterhaltsberechtigten keine ehebedingten Nachteile i. S. v. § 1578 b BGB entstanden sind. Die dem Unterhaltspflichtigen obliegende Darlegungs- und Beweislast erfährt jedoch Erleichterungen nach den von der Rechtsprechung zum Beweis negativer Tatsachen entwickelten Grundsätzen. Diese sekundäre Darlegungslast hat im Rahmen des § 1578 b BGB zum Inhalt, dass der Unterhaltsberechtigte die Behauptung, es seien keine ehebedingten Nachteile entstanden, substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen muss, welche konkreten ehebedingten Nachteile entstanden sein sollen. Erst wenn das Vorbringen des Unterhaltsberechtigten diesen Anforderungen genügt, müssen die vorgetragenen ehebedingten Nachteile vom Unterhaltspflichtigen widerlegt und dies bewiesen werden (Urteil vom 24.3.2010, XII ZR 175/08, FamRZ 2010, 875 Tz. 18 ff.).

Die Feststellung der für einen ehebedingten Nachteil sprechenden Tatsachen durch das Berufungsgericht ist danach revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat substantiiert vorgetragen, dass sie nach Abschluss der Realschule und der höheren Handelsschule ohne die Ehe und die Erziehung der beiden gemeinsamen Töchter eine berufliche Entwicklung im betriebswirtschaftlichen Bereich erfahren hätte und heute monatlich zwischen 1.500 und 3.000 € netto verdienen würde. Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass von einer solchen beruflichen Entwicklung bis zu einem Nettoeinkommen von 2.200 € auszugehen sei, beruht auf den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Persönlichkeit der Antragsgegnerin. Dies hat der insoweit beweisbelastete Antragsteller nicht widerlegt.

Weil die Antragsgegnerin danach ohne ihre Ehe und die Kindererziehung ein monatliches Nettoeinkommen von 2.200 € erzielen würde, liegt in der Differenz zu dem angemessenen gegenwärtigen Erwerbseinkommen ein ehebedingter Nachteil i. S. v. § 1578 b Abs. 1 Satz 2 BGB. Diesen hat das Berufungsgericht zu Recht bei seiner Billigkeitsabwägung berücksichtigt.

c) Auch die Billigkeitsabwägung im Rahmen des § 1578 b BGB obliegt grundsätzlich dem Tatrichter. Diese kann vom Revisionsgericht lediglich auf Rechtsfehler überprüft werden, insbesondere darauf, ob das Berufungsgericht im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebende Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Das ist hier nicht der Fall.

aa) Das Berufungsgericht hat neben den ehebedingten Nachteilen der Antragsgegnerin auch die Dauer der Ehe von 30 Jahren berücksichtigt. Die Ehedauer gewinnt durch die wirtschaftliche Verflechtung, die insbesondere durch Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder der Haushaltsführung eintritt, besonderes Gewicht. Entsprechend ist die Antragsgegnerin auch hier nach dem gemeinsamen Lebensplan der Parteien frühzeitig aus dem Berufsleben ausgeschieden, hat nur eine unwesentliche eigene Altersvorsorge aufgebaut und sich auf die Versorgung durch die Vermögenseinkünfte des Antragstellers eingerichtet. Auch soweit das Berufungsgericht im Rahmen der Billigkeitsabwägung die besonders günstige Vermögens- und Einkommenssituation beim Antragsteller berücksichtigt hat, ist dagegen nichts zu erinnern.

Aus revisionsrechtlicher Sicht ist deswegen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens wegen des fortdauernden ehebedingten Nachteils der Antragsgegnerin eine Befristung des Unterhalts abgelehnt und den Unterhaltsanspruch lediglich auf den eigenen angemessenen Lebensbedarf der Antragsgegnerin herabgesetzt hat. Auch die vom Berufungsgericht gewählte Übergangsfrist bis zur Herabsetzung des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen auf den eigenen angemessenen Unterhalt von fünf Jahren ab Rechtskraft der Ehescheidung begegnet keinen Bedenken. Das Berufungsgericht hat dabei alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt.

bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Entscheidung über eine weiter gehende Begrenzung oder Befristung des nahehelichen Unterhalts ab Erreichen des Rentenalters der Antragsgegnerin zurückgestellt.

Zwar setzt nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Begrenzung und Befristung des nahehelichen Unterhalts aus Billigkeitsgründen nach § 1578 b BGB nicht zwingend voraus, dass der Zeitpunkt, ab dem der Unterhaltsanspruch entfällt, bereits erreicht ist. Wenn die dafür ausschlaggebenden

Umstände im Zeitpunkt der Entscheidung bereits eingetreten oder zuverlässig voraussehbar sind, ist eine Begrenzung nicht einer späteren Abänderung nach § 323 Abs. 2 ZPO (jetzt §§ 238 f. FamFG) vorzubehalten, sondern schon im Ausgangsverfahren auszusprechen. Ob die für die Begrenzung ausschlaggebenden Umstände allerdings bereits im Ausgangsverfahren zuverlässig vorhersehbar sind, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles beantworten (Urteile vom 16.4.2008, XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 Tz. 37 und vom 14.10.2009, XII ZR 146/08, FamRZ 2009, 1990 Tz. 17).

Das Berufungsgericht hat hier alle bereits sicher vorhersehbaren Umstände berücksichtigt. Zutreffend hat es allerdings darauf hingewiesen, dass die eigene Einkommenssituation der Antragsgegnerin bei Rentenbeginn noch ungeklärt ist, zumal sich ihre weitere Erwerbstätigkeit und der für die Altersvorsorge zu verwendende Altersvorsorgeunterhalt in noch ungewisser Weise auf die eigene Altersvorsorge auswirken werden. Wenn es im Hinblick darauf gegenwärtig von einer abschließenden Entscheidung nach § 1578 b BGB auch für die Zeit nach Rentenbeginn abgesehen hat, ist dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. (...)

8. BGB §§ 1944, 2180 Abs. 3, 2271 Abs. 2, 2270 Abs. 1 (*Frist zur Ausschlagung eines Vermächtnisses und Folgen der Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes*)

1. **Die Ausschlagung eines Vermächtnisses ist nicht fristgebunden. Eine entsprechende Anwendung der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB auf Vermächtnisse kommt auch bei wechselbezüglichen Verfügungen i. S. v. §§ 2270, 2271 BGB nicht in Betracht.**
2. **Hat bei einem gemeinschaftlichen Testament der überlebende Ehegatte das ihm Zugewendete ausgeschlagen und eine neue abweichende Verfügung von Todes wegen getroffen und hat dies nach § 2270 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit der Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten zur Folge, bleibt es bei der Unwirksamkeit selbst wenn der überlebende Ehegatte seine Verfügung erneut ändert.**

BGH, Urteil vom 12.1.2011, IV ZR 230/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Drittwiderspruchsklage gegen die von der Beklagten betriebene Teilungsversteigerung eines Grundstücks. Die Mutter der Klägerin und ihres Bruders Walter K., des Ehemannes der Beklagten, ist die am 25.7.2000 verstorbene Erblasserin Gisela K.. Sie war zusammen mit ihrem Ehemann Alfons K. Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ des Grundstücks. Am 30.1.2000 errichteten die Eheleute Gisela und Alfons K. ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem es unter anderem heißt:

„1. Erbeinsetzung

a) Erster Erbfall

Wir, die Eltern Alfons und Gisela K. setzen zu unseren Erben jeweils die beiden Kinder Walter und Ewelina ein und zwar Walter zu $\frac{2}{3}$ und Ewelina zur Miterbin zu $\frac{1}{3}$.

b) Zweiter Erbfall

Für den zweiten Erbfall setzt der überlebende Ehegatte von uns die beiden Kinder Walter und Ewelina jeweils zu Miterben ein und zwar Walter zum Miterben zu $\frac{2}{3}$ und Ewelina zur Miterbin zu $\frac{1}{3}$.

3. Vermächtnisse nach dem Tod des Erststerbenden von uns

a) Vermächtnis zugunsten des Überlebenden Ehegatten

Der überlebende Ehegatte erhält ein Vorausvermächtnis hinsichtlich des gesamten beweglichen Vermögens des vorverstorbenen Ehegatten.

Demgemäß bezieht sich das Vermächtnis auch auf das gesamte Inventar, die Sparkonten u. ä.

Außerdem erhält der überlebende Ehegatte den Nießbrauch an der gesamten Immobilie Brettener Str. 15 in G.

b) Unsere Tochter Ewelina K. -B. hat das Recht, von unserem Sohn Walter die Übertragung einer aus der Immobilie Brettener Str. 15 in G. zu bildenden Eigentumswohnung und zwar entsprechend der Wohnung Nr. 2 nach Maßgabe der notariellen Teilungserklärung vom 25.8.1997 zu verlangen und zwar unbelastet von der zu seinen Gunsten eingetragenen Grundschuld von DM 200.000,00. (...)

c) Unsere Tochter Ewelina K. -B. kann von dem überlebenden Ehegatten verlangen, dass dieser ihr bis zu seinem Tode das alleinige Benutzungsrecht an der Wohnung Nr. 2 gewährt. Dieses Recht unserer Tochter stellt sich als Untervermächtnis zu dem Vermächtnisanspruch des überlebenden Ehegatten gemäß obengenannten Buchstabens a) dar.

4. Wechselbezüglichkeit

Die Erbeinsetzung und die Vermächtnisanordnungen sind vertragsgemäß. (...)

Eine Abwendungsbefugnis für den überlebenden Ehegatten besteht nicht.

5. Anfechtungsverzicht

Der überlebende Ehegatte hat auch nicht die Möglichkeit, die Schlusserbeinsetzung und die Vermächtnisanordnung gemäß § 2079 BGB wegen Übergang eines Pflichtteilsberechtigten anzufechten. (...)"

Vor diesem gemeinschaftlichen Testament hatte die Erblasserin bereits mit Testament vom 16.7.1998 die Klägerin als ihre Alleinerbin eingesetzt. Nach dem Tod der Erblasserin teilte Alfons K. dem Notariat B. mit Schreiben vom 20.11.2000 mit, das gemeinschaftliche Testament entspreche nicht seinem Willen, da er von der Erblasserin damit unter Druck gesetzt worden sei, dass sie sich das Leben nehmen werde. Am 2.10.2001 übertrug Alfons K. seinen hälftigen Miteigentumsanteil auf den Ehemann der Beklagten. Letzterer betrieb zunächst die Teilungsversteigerung aus dem Grundstück, gegen die die Klägerin sich wandte. Durch Urteil des LG Karlsruhe vom 19.4.2005 (4 O 737/03) wurde die Teilungsversteigerung für unzulässig erklärt. Mit Schreiben vom 21.8.2005 gegenüber der Klägerin sowie dem Ehemann der Beklagten schlug Alfons K. das ihm zugewandte Vermächtnis aus. In einem handschriftlichen Testament vom 19.9.2005 setzte er den Ehemann der Beklagten als Alleinerben ein. Mit Vertrag vom 25.11.2005 übertrug der Ehemann der Beklagten dieser einen $\frac{2}{18}$ Miteigentumsanteil an dem Grundstück.

Das LG hat die Drittwiderspruchsklage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die materielle Rechtskraft des zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Beklagten ergangenen Urteils, mit dem die von diesem betriebene Teilungsversteigerung für unzulässig erklärt worden war, wirke zwar nach § 325 ZPO auch gegenüber der Beklagten, stehe aber gemäß § 322 ZPO der nunmehr betriebenen Teilungsversteigerung wegen der veränderten Verhältnisse infolge der Ausschlagung des Vermächtnisses durch den überlebenden Ehegatten und der Errichtung eines neuen Testaments nicht generell entgegen. Der überlebende Ehemann habe nach dem Tod der Erblasserin durch Ausschlagung des Vermächtnisses gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB die

Möglichkeit erlangt, seine bisherige Verfügung aufzuheben. Diesem Recht stehe das Testament nicht entgegen. Die Ausschlagung sei auch nicht fristgebunden. Ferner dürfte die Beweismöglichkeit des LG, wonach das Ausschlagungsrecht nicht durch vorherige Annahme des Vermächtnisses ausgeschlossen sei, nicht zu beanstanden sein.

Diese Fragen könnten jedoch offenbleiben, da sich selbst bei wirksamer Ausschlagung die erbrechtliche Lage nicht geändert habe. Zwar habe Alfons K. als überlebender Ehegatte seine Testierfreiheit wieder gewonnen und er habe in dem Testament vom 19.9.2005 nunmehr auch seinen Sohn zum Alleinerben eingesetzt. Da Alfons K. aber noch lebe, könne er sein Aufhebungstestament widerrufen und dadurch auch die eigenen wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament wieder herstellen, was zur Folge habe, dass entsprechend auch die wechselbezüglichen Verfügungen der Erblasserin wirksam blieben. Daraus ergebe sich, dass sich durch die Ausschlagung und das Testament vom 19.9.2005 an der Rechtslage gegenüber der Entscheidung des LG vom 19.4.2005 noch nichts geändert habe. Die rechtskräftig entschiedene Vorfrage, dass das gemeinschaftliche Testament der Teilungsversteigerung entgegenstehe, sei daher nicht neu zu beurteilen, sondern das rechtskräftige Urteil der Entscheidung ohne sachliche Prüfung zugrunde zu legen.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das rechtskräftige Urteil des LG Karlsruhe vom 19.4.2005 hindert eine neue Entscheidung in der Sache nicht.

1. Zwar ist das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend von den Grenzen der Rechtskraft nach § 322 ZPO ausgegangen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH verbietet die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand (BGH, Urteile vom 19.11.2003, VIII ZR 60/03, NJW 2004, 1252 unter II 1; vom 17.3.1995, V ZR 178/93, NJW 1995, 1757 unter II 1 a). Der Streitgegenstand wird durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Klägerin bezieht. Unter die Rechtskraftwirkung fällt nicht nur die Präklusion der im ersten Prozess vorgetragenen Tatsachen, sondern auch die der nicht vorgetragenen, soweit diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess entstanden sind (BGH, Urteile vom 19.11.2003, a. a. O., unter II 1 a aa und 17.3.1995, a. a. O., unter II 1 b; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., vor § 322 Rdnr. 57). Hier sind die maßgeblichen Tatsachen der Ausschlagung des Vermächtnisses durch Alfons K. am 21.8.2005 sowie die Erbeinsetzung des Ehemannes der Beklagten am 19.9.2005 erst nach der letzten mündlichen Verhandlung im Verfahren 4 O 737/03 vor dem LG Karlsruhe eingetreten.

2. Soweit das Berufungsgericht im Ergebnis gleichwohl Präklusion angenommen hat, weil bei einem gemeinschaftlichen Testament nach Ausschlagung des Zugewendeten durch den überlebenden Ehegatten und einem neuen Testament noch keine Änderung der erbrechtlichen Lage eingetreten sei, da der überlebende Ehegatte ein neues Testament wieder aufheben und die frühere gemeinschaftliche Verfügung auch des vorverstorbenen Ehegatten wieder herstellen könnte, ist das unzutreffend. Es besteht daher auch keine Bindungswirkung an das Urteil des LG vom 19.4.2005 mehr.

a) Bei einem gemeinschaftlichen Testament können wechselbezügliche Verfügungen i. S. v. § 2270 BGB zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nach § 2271 Abs. 1 BGB nur nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB widerrufen werden. Das Recht zum Widerruf

erlischt mit dem Tod des anderen Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB). Allerdings kann der Überlebende seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB). Dieses Ausschlagungsrecht erfasst nicht nur den Fall, dass der überlebende Ehegatte zum Erben berufen wurde, sondern auch die Konstellation, in der er – wie hier – mit einem Vermächtnis bedacht wurde (*Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 2. Aufl., § 2271 Rdnr. 24). Die Eheleute hatten in dem gemeinschaftlichen Testament ihre beiden Kinder jeweils als Erben eingesetzt, dem überlebenden Ehegatten aber ein Vermächtnis sowohl hinsichtlich des gesamten beweglichen Vermögens als auch einen Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt.

Zutreffend geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass das Recht, sich von dem gemeinschaftlichen Testament durch Ausschlagung des Vermächtnisses und Neutestierung zu lösen, nicht durch Ziffer 4 des Testaments ausgeschlossen ist, wonach eine Abwendungsbefugnis für den überlebenden Ehegatten nicht bestehen soll. Das in § 2271 Nr. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB bestimmte Recht zur Ausschlagung kann zum Schutz der testierenden Ehegatten nicht abbedungen werden.

b) Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist nicht fristgebunden. § 2180 BGB sieht keine Frist für die Ausschlagung eines Vermächtnisses vor. Die Regelung des § 1944 BGB, wonach die Ausschlagung nur binnen sechs Wochen erfolgen kann, findet auf das Vermächtnis keine Anwendung, da in § 2180 Abs. 3 BGB auf sie gerade nicht verwiesen wird. Eine analoge Anwendung des § 1944 BGB jedenfalls im Fall des § 2271 Abs. 2 BGB, die nach Auffassung der Klägerin geboten ist, um einen Zustand länger andauernder Rechtsunsicherheit zu vermeiden, kommt nicht in Betracht. Abgesehen davon, dass es angesichts der eindeutigen Regelung in § 2180 Abs. 3 BGB bereits an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehlt, kann dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit in überschaubarer Zeit auch auf andere Weise genügt werden. Zunächst ist eine Ausschlagung nach § 2180 Abs. 1 BGB ohnehin nur dann möglich, wenn das Vermächtnis nicht bereits angenommen wurde (hierzu unter III). Außerdem kann der Erbe, wenn es sich bei dem Vermächtnisnehmer – wie hier – zugleich um einen Pflichtteilsberechtigten handelt, diesem nach § 2307 Abs. 2 BGB eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses setzen. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird. Die Klägerin hätte daher, wenn sie sich darüber unklar war, ob ihr Vater das Vermächtnis angenommen hat, diesem eine entsprechende Frist setzen können.

c) Nicht erörtert haben die Vorinstanzen allerdings die weitere von der Revision aufgeworfene Frage, ob die Ausschlagung zur Wiedererlangung der Testierfreiheit sich nur auf das durch die Verfügung von Todes wegen Zugewendete beziehen oder der Ausschlagende zugleich sein gesetzliches Erbrecht ausschlagen muss. Für Letzteres könnte streiten, dass der durch eine letztwillige Verfügung Bedachte einerseits das ihm Zugewandte ausschlagen und damit seine Verfügungsfreiheit zurückerlangen kann, dann andererseits aber gesetzlicher Erbe werden und schließlich wirtschaftlich genau soviel oder sogar noch mehr erhalten kann als er durch die letztwillige Verfügung bekommen hätte. Deshalb wird teilweise vertreten, dass der Bedachte seine Verfügungsfreiheit nur dann wiedererlangt, wenn er auch den gesetzlichen Erbteil ausschlägt, es sei denn, dass dieser erheblich hinter dem Zugewendeten zurückbleibt, was bei einer Abweichung von $\frac{1}{4}$ noch nicht der Fall sein soll (KG, NJW-RR 1991, 330, 331; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 2. Aufl., § 2271 Rdnr. 27). Eine andere Auffassung hält dies für eine Frage der (ergänzenden)

Auslegung des Testaments, wonach die letztwillige Verfügung dahin ausgelegt werden könne, dass der Überlebende unter der aufschiebenden Bedingung enterbt und damit auch nicht gesetzlicher Erbe wird, dass er ausschlägt und der testamentarische Erbteil im Wesentlichen dem gesetzlichen entspricht (*Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 19; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2271 BGB Rdnr. 43; *Münch-KommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 25; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 18).

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann offenbleiben. Waren die wechselbezüglichen Verfügungen nach § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam, käme über § 2258 Abs. 2 BGB wieder das frühere Testament der Erblasserin vom 16.7.1998 zur Geltung, in dem sie die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt hat (dazu nachfolgend unter d). Dem Ehemann der Erblasserin stünde dann nur ein Pflichtteil zu, während er durch das Testament vom 30.1.2000 ein Vermächtnis erhalten hat, welches wirtschaftlich über diesen Pflichtteil von $\frac{1}{4}$ hinausgeht, da ihm als Vorausvermächtnis das gesamte bewegliche Vermögen zugewandt wurde und er ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstück erhalten hat. Einer gesonderten Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils durch ihn bedurfte es nach beiden insoweit vertretenen Auffassungen daher nicht.

d) Durch die (wirksame) Ausschlagung erlangt der überlebende Ehegatte seine Testierfreiheit wieder. Wegen der Beseitigung der Bindung durch Ausschlagung kann er deshalb seine eigenen Verfügungen aufheben. Bei dieser Aufhebung gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB handelt es sich zugleich um den Widerruf i. S. v. § 2270 Abs. 1 BGB (vgl. *Lustig*, ZEV 2009, 140; *Rudy*, ErbR 2009, 158; anders OLG Celle, ZEV 2009, 138). Der Ehemann der Erblasserin hat durch die Ausschlagung mithin die Möglichkeit erlangt, neu zu testieren, wovon er in dem Testament vom 19.9.2005 Gebrauch gemacht hat, indem er den Ehemann der Beklagten als Alleinerben eingesetzt hat. Damit hat er seine Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament bezüglich einer Erbeinsetzung des Sohnes zu $\frac{2}{3}$ und der Tochter zu $\frac{1}{3}$ widerrufen. Die Eheleute hatten in Ziffer 1a und b des Testaments ausdrücklich vereinbart, dass nach dem ersten und nach dem zweiten Erbfall der Sohn zu $\frac{2}{3}$ sowie die Tochter zu $\frac{1}{3}$ erben sollen. Insoweit ist wegen des (teilweisen) Widerrufs gemäß § 2270 Abs. 1 BGB im Zweifel davon auszugehen, dass auch die entsprechende Erbeinsetzung seitens der Erblasserin unwirksam ist.

aa) Etwas anders gilt nur dann, wenn sich durch Auslegung des Testaments ergibt, dass der Erblasser seine Verfügung auch dann getroffen hätte, wenn ihm die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Ehegatten bekannt gewesen wäre. Die Verfügung bleibt dann als einseitige aufrechterhalten (Senatsurteil vom 4.10.1972, IV ZR 133/70, Umdruck S. 7; wiedergegeben bei *Johannsen*, WM 1973, 530; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2270 Rdnr. 18). Für einen Willen der Erblasserin zur Fortgeltung der von ihr vorgenommenen Erbeinsetzung als Einzelverfügung bestehen indessen keine Anhaltspunkte. Maßgebend hierfür ist, dass es dem Willen der Erblasserin entsprach, der Klägerin durch das Vermächtnis in Ziffer 3 b des Testaments sowie die Auflage in Ziffer 6 a nach dem Tod des längstlebenden Ehegatten die Wohnung Nr. 2 zu Alleineigentum zu verschaffen. Der Wille der Erblasserin konnte bei Fortbestehen nur ihrer letztwilligen Verfügung mit einer Einsetzung der Klägerin zu $\frac{1}{3}$ auf ihren hälftigen Grundstücksanteil verbunden mit einer Vermächtnisanordnung aber nicht mehr verwirklicht werden, da die Klägerin hierdurch alleine nicht das Alleineigentum an der Wohnung Nr. 2 erhalten könnte. Der Ehemann der Beklagten hat den Miteigentumsan-

teil des Vaters bereits durch rechtsgeschäftliche Verfügung unter Lebenden ohne jede Beschränkung durch das Vermächtnis bezüglich der Wohnung zugunsten der Klägerin erhalten. Kann aber der Wille der Erblasserin, der Klägerin das Alleineigentum an der Wohnung Nr. 2 zu verschaffen, durch Aufrechterhaltung nur ihrer Erbeinsetzung als Einzelverfügung nicht verwirklicht werden, so bleibt es bei der Unwirksamkeit auch ihrer Erbeinsetzung und der Vermächtnisanordnung nach § 2270 Abs. 1 BGB. Folge dieser Unwirksamkeit ist gemäß § 2258 Abs. 2 BGB das Wiederaufleben des Testaments vom 16.7.1998 mit der Erbeinsetzung der Klägerin auf den Miteigentumsanteil der Erblasserin.

bb) Soweit das Berufungsgericht dennoch davon ausgehen will, dass jedenfalls derzeit die erbrechtliche Lage noch unverändert sei und insbesondere die Verfügung der Erblasserin nach § 2270 Abs. 1 BGB noch Bestand habe, da der Ehemann der Erblasserin noch lebe und sein abweichendes Testament vom 19.9.2005 auch wieder aufheben könnte, ist das nicht haltbar. Hat der überlebende Ehegatte wirksam ausgeschlagen und von seiner Testierfreiheit durch eine Verfügung Gebrauch gemacht, die von der bisherigen wechselbezüglichen Verfügung abweicht, so hat dies grundsätzlich nach § 2270 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit auch der wechselbezüglichen Verfügung des verstorbenen Ehegatten zur Folge. Aus §§ 2270, 2271 BGB ergibt sich nicht, dass diese Wirkung erst mit dem Tod des überlebenden Ehegatten eintreten soll. Die Verfügung des verstorbenen Ehegatten bleibt vielmehr auch dann nach § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn der überlebende Ehegatte die Aufhebung seiner Verfügung wiederum rückgängig macht (*Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2271 Rdnr. 41; *AnwK-BGB/Müsig*, 2. Aufl., § 2271 Rdnr. 64; *Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl., § 2271 Anm. IV 1 b; a. A. *Lustig*, ZEV 2009, 140, 141; *Strohal*, Das deutsche Erbrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 342, Fn. 34). Auch der Senat ist bisher ohne weiteres davon ausgegangen, dass Ausschlagung und der Widerruf durch den überlebenden Ehegatten diese Folgen haben, unabhängig davon, ob der überlebende Ehegatte ebenfalls bereits verstorben ist oder nicht (Senatsbeschluss vom 24.9.2008, IV ZR 26/08, ErbR 2009, 157; Senatsurteil vom 4.10.1972, IV ZR 133/70, auszugsweise wiedergegeben bei *Johannsen*, WM 1973, 534). Das folgt bereits aus der Gestaltungswirkung des Widerrufs, der das widerrufenen Testament mit dem Zeitpunkt der Unterschrift unter das Widerrufstestament aufhebt, auch wenn das Widerrufstestament erst mit dem Zeitpunkt des Erbfalls seine letztwilligen Wirkungen entfaltet (*MünchKommBGB/Hagen*, 5. Aufl., § 2253 Rdnr. 5).

Zwar lassen Verfügungen von Todes wegen die Rechtslage zu Lebzeiten des Erblassers unberührt (*MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl., § 1937 Rdnr. 5). So kann auch der Ehemann der Erblasserin abweichende Verfügungen von seinem Testament vom 19.9.2005 treffen. Das ändert aber nichts daran, dass er die Ausschlagung des Vermächtnisses erklärt und eine vom gemeinschaftlichen Testament abweichende letztwillige Verfügung getroffen hat, die sich entsprechend auf die Wirksamkeit auch der letztwilligen Verfügung der Erblasserin nach § 2270 Abs. 1 BGB auswirkt. Schon aus Gründen der Rechtsklarheit kann das Schicksal der Verfügung des verstorbenen Ehegatten nicht davon abhängig sein, ob und ggf. wann der überlebende Ehegatte seinen zunächst erklärten Widerruf wieder rückgängig macht. Das ursprüngliche Testament hat vielmehr durch den Widerruf nach § 2270 Abs. 1 BGB seine Wirkung verloren. Die Auffassung des Berufungsgerichts läuft demgegenüber darauf hinaus, die Gestaltungswirkung der Ausschlagung verbunden mit der abweichenden Verfügung zunächst nicht zu berücksichtigen, sondern auf den Todeszeitpunkt des überlebenden Ehegatten zu verschieben.

Einen derartigen Schwebezustand sieht das Gesetz nicht vor. Er wäre auch nicht sachgerecht, weil hierdurch über längere Zeit, unter Umständen Jahrzehnte, die Erbfolge nach dem erstversterbenden Ehegatten offenbleiben könnte. Das widerspricht nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch den Interessen der in den letztwilligen Verfügungen Bedachten.

III.

Das angefochtene Urteil ist mithin aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat gehindert, weil das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – die Frage offengelassen hat, ob das Ausschlagungsrecht des Ehemannes der Erblasserin nicht schon durch vorherige Annahme des Vermächtnisses nach § 2180 Abs. 1 BGB ausgeschlossen war. Hierzu wird das Berufungsgericht noch entsprechende Feststellungen zu treffen haben. Soweit die Klägerin mit ihrer Berufung unter anderem geltend macht, die Feststellungen des LG seien unzutreffend und es sei durch die Nutzung der Kellergeschosswohnung durch Alfons K. eine Annahme des Vermächtnisses erfolgt, ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass die Annahme des Vermächtnisses auch durch stillschweigendes Handeln, etwa die Ingebrauchnahme des zugewendeten Gegenstandes, erfolgen kann (*Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2180 Rdnr. 1; *Staudinger/Otte*, 2003, § 2180 Rdnr. 5; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1943 Rdnr. 5). Allerdings lässt das bloße Wohnenbleiben in einer durch Vermächtnis zugewandten Wohnung allein nicht ohne weiteres auf eine konkludente Annahmeerklärung schließen (OLG Oldenburg, FamRZ 1999, 1618).

9. BGB § 2313 (*Berücksichtigung dinglicher Belastungen eines Grundstücks bei der Pflichtteilsberechnung*)

Bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs bleiben dingliche Belastungen von Nachlassgegenständen (hier: Grundschuld) als zweifelhafte Verbindlichkeiten gemäß § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB bei der Nachlassbewertung außer Ansatz, wenn und solange ihre tatsächliche Verwirklichung unsicher ist. Das gilt auch dann, wenn die dingliche Belastung zur Absicherung der gegenüber einem Dritten bestehenden Verbindlichkeit bestellt wurde.

BGH, Urteil vom 10.11.2010, IV ZR 51/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger machen gegen den Beklagten Pflichtteils- und Pflichtteils-ergänzungsansprüche nach der am 18.2.1996 verstorbenen F. F., der Mutter des Beklagten und Großmutter der Kläger, geltend. Mit Testament vom 5.8.1988 hatte die Erblasserin den Beklagten zu ihrem Erben eingesetzt. Der Ehemann der Erblasserin sowie ihr anderer Sohn, der Vater der Kläger, waren vorverstorben. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Grundstücken, die im Allein- oder Miteigentum der Erblasserin standen. Nach dem Tod ihres Ehemannes 1985 wurde die von diesem betriebene Einzelirma „K. F.“ zunächst von der Erblasserin, dem Beklagten sowie dem Vater der Kläger in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgeführt. Ende 1987/Anfang 1988 gründeten der Beklagte und sein Bruder die F. GmbH & Co. KG (im Folgenden: F. KG), an der die beiden Brüder als Kommanditisten beteiligt waren. Die Erblasserin wurde nicht Mitgesellschafterin. Die Grundstücke, die teilweise für betriebliche Zwecke genutzt werden, wurden nicht in die F. KG eingebracht, sondern verblieben im Allein- bzw. Miteigentum der Erblasserin. Diese gestattete aber die kostenfreie Nutzung des Grundbesitzes durch die F. KG und sicherte deren Kreditverbindlichkeiten durch die Eintragung von Grundschulden, die zum Zeitpunkt des Erbfalls mit 714.963,42 DM valuierten. Eine Inanspruchnahme der Grundschulden durch die finanzierenden Kreditinstitute ist bisher nicht erfolgt.

Das LG hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigenurteils teilweise stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des LG dahin geändert, dass der Beklagte zur Zahlung von 13.464,18 € an den Kläger zu 1 und von je 23.690,01 € an die Kläger zu 2 und 3 nebst jeweils 4 % Zinsen hieraus seit 31.1.1997 verurteilt worden ist. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die auf den Nachlassgrundstücken lastenden Grundschulden zur Sicherung von Fremdkrediten zugunsten der F. KG bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs der Kläger nicht als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, sondern als zweifelhafte Verbindlichkeiten zunächst außer Ansatz bleiben. § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt für den Bestand und den Wert des Nachlasses auf die Zeit des Erbfalles ab. Dieses Stichtagsprinzip des § 2311 BGB wird für bestimmte Arten von Rechten und Verbindlichkeiten in § 2313 BGB durchbrochen, wenn der Bestand des Nachlasses von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig ist (vgl. MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2313 Rdnr. 1 f.; Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2313 Rdnr. 1, 16). Gemäß § 2313 Abs. 1 Satz 1 BGB bleiben bei der Feststellung des Wertes des Nachlasses Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, außer Ansatz. Nach § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt für ungewisse oder unsichere Rechte sowie für zweifelhafte Verbindlichkeiten das Gleiche wie für Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind.

a) Auf dieser Grundlage entspricht es ganz überwiegender Auffassung, dass dingliche Belastungen von Nachlassgegenständen jedenfalls dann als zweifelhafte Verbindlichkeiten bei der Nachlassbewertung außer Ansatz zu bleiben haben, wenn und solange ihre tatsächliche Verwirklichung unsicher ist. So hat bereits das RG entschieden, dass ein Pfandrecht auf in den Nachlass fallende Wertpapiere unter § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB fällt, wenn es der Sicherung einer fremden Schuld dient und noch gänzlich ungewiss ist, ob und in welcher Höhe das Pfandrecht in Anspruch genommen wird (SeuffArch 68, 237). Weiter hat der Senat Grundschulden an von Kriegsschäden betroffenen Grundstücken als zweifelhafte Verbindlichkeiten angesehen, weil unklar war, ob und in welcher Höhe diese tatsächlich verwirklicht werden könnten (Urteil vom 22.11.1951, IV ZR 37/51, BGHZ 3, 394, 397 ff.). Auch im Schrifttum wird weitgehend die Ansicht geteilt, dass Grundpfandrechte als zweifelhafte Verbindlichkeiten zu behandeln sind, solange offen ist, ob der Sicherungsfall eintritt und in welcher Höhe eine Inanspruchnahme erfolgt (MünchKommBGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 7; Staudinger/Haas, a. a. O., Rdnr. 11; Bamberger/Roth/Mayer, BGB, 2. Aufl., § 2313 Rdnr. 4; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl., § 2313 Rdnr. 8; PWW/Deppenkemper, BGB, 5. Aufl., § 2313 Rdnr. 5; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 37 VII Fn. 273).

Hiervon abweichend wird vereinzelt die Auffassung vertreten, Grundpfandrechte seien in Höhe ihrer Valutierung als den Nachlass mindernd zu berücksichtigen (Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., Rdnr. 450 f.). Allerdings sei zugleich der Freistellungsanspruch des Erblassers gegenüber dem Schuldner als Aktivum des Nachlasses zu berücksichtigen, so dass diese Ansicht bei tatsächlicher Realisierbarkeit dieses

Freistellungsanspruchs in der Regel zu demselben Ergebnis wie die überwiegende Auffassung kommt (so Klingelhöffer, a. a. O.; zur Problematik ferner Joachim, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 123). Demgegenüber ist das OLG Düsseldorf der Ansicht, dingliche Belastungen seien unmittelbar vom Nachlasswert abzusetzen, weil sie einer auflösend bedingten Verbindlichkeit gleichstünden (FamRZ 1995, 1525, 1526). Ein Befreiungs- oder Aufwendungsersatzanspruch sei als Ausgleich bei den Aktiva des Nachlasses dagegen nicht zu berücksichtigen, weil ein solcher Anspruch erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Grundschuld entstehe.

b) Die überwiegende Auffassung trifft zu. Grundpfandrechte zur Sicherung der Darlehensschuld eines Dritten haben als zweifelhafte Verbindlichkeiten nach § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB außer Ansatz zu bleiben, solange ungewiss ist, ob und inwieweit es zu einer Inanspruchnahme des Grundpfandrechts kommt.

aa) Als zweifelhaft sind nicht nur Verbindlichkeiten anzusehen, bei denen Zweifel am rechtlichen Bestand oder an der Person des Berechtigten bestehen, sondern auch solche, bei denen die tatsächliche oder wirtschaftliche Verwertbarkeit in Frage steht (BGHZ 3, 394, 397; Senatsurteil vom 2.11.1977, IV ZR 144/76, WM 1977, 1410 unter III 2; RG SeuffArch 68, 237, 238; MünchKommBGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 10; Staudinger/Haas, a. a. O., Rdnr. 10, 36). Es ist daher unerheblich, dass der rechtliche Bestand der Grundpfandrechte ebenso unzweifelhaft ist wie die Person des Gläubigers und des Schuldners. Vielmehr kann eine Verbindlichkeit auch dann zweifelhaft sein, wenn unklar ist, ob, wann und in welcher Höhe sie vom Gläubiger wirtschaftlich realisiert werden wird. Diese Unsicherheit wird erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme beseitigt. Da es erst mit Eintritt des Sicherungsfalles zu einer Inanspruchnahme aus dem Grundpfandrecht kommt, ist dieser Fall einer aufschiebenden Bedingung gleichzustellen und die Belastung bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs zunächst außer Acht zu lassen. Gegen die Annahme einer auflösend bedingten Verbindlichkeit spricht demgegenüber, dass vor Eintritt des Sicherungsfalles der Grundstückseigentümer nicht mit einer Inanspruchnahme rechnen muss.

bb) Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich ferner, dass der Pflichtteilsberechtigte durch den Pflichtteil materiell in Geld so viel erhalten soll, wie er erhalten haben würde, wenn er zu dem dem Pflichtteil entsprechenden Bruchteil Erbe geworden wäre (BGB Motive V, S. 407). Als Erbe würde er die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit aber zunächst nicht zu erfüllen haben (Motive a. a. O.; vgl. auch MünchKommBGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 6; Staudinger/Haas, a. a. O., Rdnr. 4). Da der Erbe durch eine valutierende Grundschuld, die nicht verwertet wird, solange der Dritte die Verbindlichkeiten tilgt, keinen sofortigen Nachteil erleidet, besteht kein Grund, sie bereits im Zeitpunkt des Erbfalles gemäß § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB als den Nachlass wertmindernd zu berücksichtigen.

cc) Auch für Bürgschaftsverpflichtungen ist allgemein anerkannt, dass diese bei der Berechnung des Nachlasswertes so lange außer Betracht zu lassen sind, solange offen ist, ob und in welcher Höhe der Bürge in Anspruch genommen werden wird (RG JW 1906, 114; OLG Köln, ZEV 2004, 155, 156; Staudinger/Haas, a. a. O., Rdnr. 11; Soergel/Dieckmann, a. a. O., Rdnr. 8; Bamberger/Roth/Mayer, a. a. O., Rdnr. 4). Zwar besteht ein Unterschied zwischen Bürgschaft und Grundpfandrecht darin, dass das Grundpfandrecht unmittelbar auf der Sache lastet und damit deren wirtschaftliche Verwertung erschweren kann, während dies bei der rein persön-

lichen Bürgschaftsverpflichtung nicht der Fall ist. Dies rechtfertigt aber nicht, im Rahmen von § 2313 BGB zwischen Grundpfandrechten und Bürgschaftsverpflichtungen dahin zu differenzieren, dass Erstere als auflösend bedingte, Letztere dagegen als aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten anzusehen wären. Der Sache nach handelt es sich in beiden Fällen um zweifelhafte Verbindlichkeiten, solange nicht feststeht, ob der Sicherungsfall jemals eintritt und eine Verwertung der Sicherheit in Betracht kommt, so dass jeweils eine Ähnlichkeit zur aufschiebenden Bedingung besteht (so auch RG SeuffArch 68, 237, 238).

dd) Tritt nachträglich der Sicherungsfall ein und kommt es zu einer Verwertung der Grundschuld, so werden auch die Interessen des Erben hinreichend berücksichtigt. Nach § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB hat eine Ausgleichung entsprechend der veränderten Rechtslage zu erfolgen. Der Pflichtteilsberechtigter ist so zu stellen, wie wenn die zweifelhafte Verbindlichkeit schon im Zeitpunkt des Erbfalls verlässlich bestanden hätte, so dass er das zuviel Erhaltene zurückzahlen hat (vgl. OLG Köln, a. a. O.; *Staudinger/Haas*, a. a. O., Rdnr. 16). Das Risiko, dass ein derartiger Rückforderungsanspruch des Erben gegen den Pflichtteilsberechtigten nicht zu realisieren ist, hat nach der ausdrücklichen gesetzlichen Wertung der Erbe zu tragen (BGHZ 3, 394, 401 f.).

ee) Ob der Erbe wegen der Belastung der Grundstücke mit Grundpfandrechten und fehlender weiterer liquider Mittel im Nachlass wirtschaftlich nicht in der Lage ist, den Pflichtteilsanspruch ohne sofortigen Abzug der Grundschulden zu erfüllen, ist demgegenüber für die Wertberechnung und die Anwendung von §§ 2311, 2313 BGB unerheblich. Den Interessen des Erben kann im Übrigen hinreichend über eine Stundung nach § 2331 a BGB Rechnung getragen werden.

ff) Die Behandlung von Grundschulden zur Sicherung fremder Verbindlichkeiten vor Eintritt des Sicherungsfalles als zweifelhafte Verbindlichkeiten nach § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB ist auch praktikabel. Der Erbe als Grundstückseigentümer erfährt unmittelbar davon, wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht mehr tilgt und der Kreditgeber das Grundpfandrecht in Anspruch nimmt. Er kann dann gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten den Ausgleichsanspruch nach § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB geltend machen. Demgegenüber fehlen dem Pflichtteilsberechtigten in der Regel die internen Kenntnisse über das Verhältnis zwischen Kreditgeber, Drittem sowie dem Erben als Grundstückseigentümer. Er wird regelmäßig nur schwer in Erfahrung bringen können, wann der Sicherungszweck der Grundschuld durch vollständige Tilgung der Verbindlichkeit endgültig weggefallen ist. Erst wenn er sich diese Kenntnisse verschafft hat, könnte er seinen restlichen Pflichtteilsanspruch geltend machen.

gg) Nicht zu überzeugen vermag die Auffassung des OLG Düsseldorf, welches einerseits die Grundschuld zur Sicherung der Verbindlichkeit eines Dritten als auflösende Bedingung nach § 2313 Abs. 1 Satz 2 BGB betrachtet und daher unmittelbar wertmindernd berücksichtigt, dem aber keinen Freistellungs- bzw. Aufwendungsersatzanspruch gegen den Schuldner mangels Eintritt des Sicherungsfalles entgegenstellen will (FamRZ 1985, 1525, 1526). Da sowohl die Inanspruchnahme aus der Grundschuld als auch das Entstehen eines Freistellungs- bzw. Aufwendungsersatzanspruchs im Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht hinreichend sicher feststehen, ist eine unterschiedliche Beurteilung nicht gerechtfertigt. (...)

10. BGB §§ 2295, 323 (*Rücktritt vom Erbvertrag wegen unterbliebener Pflegeleistungen*)

1. **Ist mit einem Erbvertrag, durch den der Erblasser den Bedachten zum Erben bestimmt, ein gegenseitiger Vertrag unter Lebenden verbunden, in dem der Bedachte sich zum Erbringen von Pflegeleistungen verpflichtet und der Erblasser weitere Verpflichtungen übernimmt (hier: keine Veräußerung oder Belastung seines Hausgrundstücks zu Lebzeiten), so kann Letzterer wegen unterbliebener Pflegeleistungen gemäß § 323 BGB von diesem Vertrag und zugleich nach § 2295 BGB vom Erbvertrag zurücktreten.**
2. **Ein derartiger Rücktritt kommt erst dann in Betracht, wenn der Erblasser den Bedachten unter Fristsetzung zuvor vergeblich aufgefordert hat, die im Einzelnen zu bezeichnenden Pflegeleistungen zu erbringen.**

BGH, Beschluss vom 5.10.2010, IV ZR 30/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Erbvertrages in Anspruch. Mit Vertrag vom 15.4.1981 setzte die Klägerin den Beklagten zu ihrem Erben ein. Ferner verpflichtete sie sich, ihr Hausgrundstück ohne Zustimmung des Beklagten weder zu veräußern noch zu belasten. Im Falle eines Verstoßes sollte der Beklagte berechtigt sein, die sofortige unentgeltliche Übertragung des Grundstücks zu verlangen. Der Beklagte seinerseits verpflichtete sich, „die Erschienene zu 1 in kranken und alten Tagen zu hegen und zu pflegen, ohne dass dafür Geldwertmittel von mir oder meinen Rechtsnachfolgern aufzuwenden sind“.

Der Beklagte wohnte seit 1980 zunächst in einer eigenen Wohnung im Haus der Klägerin, bis er Anfang 1993 auszog. Am 19.4.1999 forderte die Klägerin den Beklagten schriftlich unter Hinweis auf den Erbvertrag auf, bis zum 1.5.1999 in ihrer Wohnung vorstellig zu werden. Pflegeleistungen durch den Beklagten wurden in der Folgezeit nicht erbracht. Am 20.6.2007 zog die Klägerin in ein Alten- und Pflegeheim, wo sie sich auch gegenwärtig noch aufhält. Am 18.1.2008 erklärte sie den Rücktritt vom Erbvertrag unter Berufung darauf, dass sie seit Frühjahr 1999 geringfügig und seit Anfang des Jahres 2005 in größerem Umfang auf Pflege angewiesen gewesen sei. Das LG hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben.

Aus den Gründen:

II.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ohne weitere Sachaufklärung verletzt den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise und rechtfertigt die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO.

Nicht verfahrensfehlerfrei hat das Berufungsgericht zunächst die Feststellung getroffen, die Klägerin sei gemäß §§ 2295, 323 Abs. 1 BGB wirksam vom Erbvertrag zurückgetreten, da der Beklagte seine Pflegeverpflichtung nicht erfüllt habe.

a) Nach § 2295 BGB kann der Erblasser von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tod des Erblassers aufgehoben wird. Grundsätzlich finden die Regelungen über gegenseitige Verträge nach § 320 ff. BGB, insbesondere über den Rücktritt nach § 323 BGB, auf Erbverträge keine Anwendung, da es am Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der erbrechtlichen Verfügung und der übernommenen Verpflichtung des Vertragserben fehlt (OLG Karlsruhe,

FamRZ 1997, 1180; LG Köln, DNotZ 1978, 685; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2295 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl., § 2295 Rdnr. 1; *Erman/Schmidt*, BGB, 12. Aufl., § 2295 Rdnr. 8; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2295 Rdnr. 4; *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2295 Rdnr. 6). Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings erkannt, dass hier ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Der Erbvertrag vom 15.4.1981 enthält nicht nur die Erbeinsetzung des Beklagten einerseits und die Pflegeverpflichtung des Beklagten andererseits; vielmehr hat die Klägerin weiter die Verpflichtung übernommen, ihr Hausgrundstück nicht zu veräußern und zu belasten. Zu deren Absicherung haben die Parteien bei Verstoß eine Pflicht zur sofortigen unentgeltlichen Übereignung in den Vertrag aufgenommen und diese zugunsten des Beklagten durch eine Vormerkung abgesichert. Diese Unterlassungspflicht der Klägerin sowie die Pflegepflicht des Beklagten stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis i. S. v. § 323 Abs. 1 BGB. Ist aber mit dem Erbvertrag ein gegenseitiger Vertrag unter Lebenden verbunden, durch den der Bedachte sich dem Erblasser zur Gewährung von Pflege und/oder Unterhalt verpflichtet, so kann der Erblasser beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 323 BGB von diesem Vertrag und zugleich nach § 2295 BGB vom Erbvertrag zurücktreten (vgl. bereits RG, DNotZ 1935, 678; *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., Rdnr. 9; *Soergel/Wolf*, a. a. O., Rdnr. 4).

b) Unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG hat das Berufungsgericht jedoch festgestellt, dass der Beklagte seine Vertragspflichten zu keinem Zeitpunkt erfüllt habe und eine Fristsetzung wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen sei.

aa) Zunächst kann die nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung nicht in dem Schreiben der Klägerin vom 19.4.1999 gesehen werden. Dieses enthält schon keine konkrete Aufforderung zur Erbringung von Pflegeleistungen, sondern nur die allgemeine Feststellung, der Beklagte habe sich seit dem 31.7.1992 nicht mehr um die Klägerin gekümmert und er solle bis zum 1.5.1999 in ihrer Wohnung vorstellig werden. Insoweit fehlt es schon an der erforderlichen bestimmten und eindeutigen Aufforderung zur Leistung (vgl. *Palandt/Grüneberg*, 69. Aufl., § 323 Rdnr. 13).

bb) Aber auch eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB hat das Berufungsgericht nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt. Es hat vielmehr ausschließlich den Vortrag der Klägerin zugrunde gelegt und den Vortrag des Beklagten außer Acht gelassen, wonach er auch nach dem Streit mit der Klägerin 1992/1993 zu ihrer Pflege bereit gewesen sei und auch heute noch ist. Der Beklagte hat im Einzelnen vorgetragen, nach seinem Auszug aus dem Haus der Klägerin habe diese den Kontakt zu ihm abgebrochen und nicht umgekehrt. Er habe erst im Januar 2008 erfahren, dass die Erblasserin sich im Pflegeheim befinde. Ferner habe die Klägerin ihn zu keinem Zeitpunkt zu konkreten und bestimmten Pflegeleistungen aufgefordert. Bereits das LG hatte zumindest teilweise zu den maßgeblichen Fragen der Pflegebedürftigkeit der Klägerin, der Kenntnis des Beklagten hiervon sowie der Ablehnung eines Kontakts der Klägerin mit dem Beklagten durch Vernehmung der Zeuginnen M., R. H. sowie M. H. Beweis erhoben. Vor diesem Hintergrund stellt es daher einen Verstoß gegen den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör dar, wenn das Berufungsgericht ohne weitere Begründung von einer endgültigen Leistungsverweigerung des Beklagten ausgeht, ohne seinen Vortrag sowie die erfolgte Beweisaufnahme zu berücksichtigen.

cc) Nicht entscheidend kann hierbei auch auf den vom Berufungsgericht weiter herangezogenen Umstand abgestellt werden, den Beklagten habe eine fortlaufende Erkundigungs- und Überwachungspflicht dahingetroffen, ab wann tatsächlich die im Vertrag vorausgesetzte Bedürftigkeit bei der Klägerin eingesetzt habe. Zwar muss der Schuldner nach § 294 BGB die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anbieten. Dies muss in einer Art und Weise geschehen, dass der Gläubiger nur noch zuzugreifen braucht (BGHZ 116, 244, 249). Soweit es um die Verpflichtung zu Pflegeleistungen geht, muss diese aber, wenn keine klaren vertraglichen Abreden bestehen, inhaltlich, zeitlich und räumlich durch den Gläubiger konkretisiert werden, damit der Schuldner überhaupt weiß, was er zu tun hat. Es war deshalb zunächst Aufgabe der Klägerin, sich gegenüber dem Beklagten im Einzelnen dahin zu äußern, welche konkreten Pflegeleistungen dieser durchzuführen hat. Das allgemeine Schreiben vom 19.4.1999 genügte dafür nicht. Demgegenüber ist es nicht Aufgabe des nicht mehr im Haus der Klägerin wohnenden Beklagten, sich fortlaufend bei der Klägerin zu erkundigen, ab wann und welche Leistungen sie benötigt.

c) Nicht tragfähig sind ferner die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nicht wegen Unmöglichkeit von der Erfüllung der Pflegeverpflichtung frei, sondern habe sich an den Kosten der Heimunterbringung in Höhe seiner ersparten Aufwendungen zu beteiligen. Dasselbe soll nach Ansicht des Berufungsgerichts dann gelten, wenn nicht die Heimunterbringung selbst, sondern die persönlichen Differenzen der Vertragspartner der Durchführung der Pflege entgegenstünden. In dem Vertrag vom 15.4.1981 haben die Parteien vereinbart, dass der Beklagte die Klägerin in kranken und alten Tagen zu hegen und zu pflegen hat, „ohne dass dafür geldwerte Mittel von mir oder meinen Rechtsnachfolgern aufzuwenden sind“. Geschuldet werden vom Beklagten mithin nicht von ihm gesondert zu zahlende Sachleistungen, sondern nur die eigentlichen Pflege- und Dienstleistungen. Eine gesonderte Geldzahlungsverpflichtung des Beklagten kommt demgegenüber nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht. So hat der V. Zivilsenat in seinem Urteil vom 29.1.2010, V ZR 132/09 (= MittBayNot 2010, 467) entschieden, ein Familienangehöriger, der als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks die Pflege des Übergebers übernommen habe und seine Leistung wegen Umzugs des Übergebers in ein Pflegeheim nicht mehr erbringen könne, sei aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung im Zweifel nicht verpflichtet, an Stelle des ersparten Zeitaufwands eine Zahlungsverpflichtung zu übernehmen. Der Übernehmer verpflichte 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 entspreche deshalb in aller Regel nicht dem hypothetischen Parteiwillen, dass Geldzahlungen an die Stelle der versprochenen Dienste träten, wenn diese aus Gründen, die der Übernehmer nicht zu vertreten habe, nicht mehr erbracht werden könnten.

Kann der Beklagte mithin die Pflegeleistungen wegen des Umzugs der Klägerin in das Alten- und Pflegeheim nicht mehr erbringen, so ist er grundsätzlich auch nicht zur Übernahme von Geldzahlungen verpflichtet. Anderes würde nur dann gelten, wenn die Pflegeleistungen aus vom Beklagten zu vertretenden Gründen nicht mehr erbracht werden und allein hierdurch ein Umzug in das Alten- und Pflegeheim erforderlich gewesen sein sollte. Das wiederum hängt von der ohnehin noch zu klärenden Frage ab, ob der Beklagte ernsthaft und endgültig die Leistung verweigert hat. Nur dann käme wegen Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB

überhaupt ein Rücktritt vom Vertrag in Betracht. Auf die vom Beklagten weiter aufgeworfene Frage, ob auch bereits bei sonstigen persönlichen Differenzen unabhängig von einem individuellen Verschulden die Verpflichtung zur anteiligen Geldzahlung entfällt, kommt es dagegen nicht an. Maßgebend sind vielmehr allein die Vorgaben des § 323 BGB, nämlich ob einerseits eine Fristsetzung nach Abs. 2 Nr. 1 wegen endgültiger und ernsthafter Leistungsverweigerung durch den Beklagten entbehrlich war, oder ob umgekehrt nach Abs. 6 ein Rücktritt der Klägerin ausgeschlossen ist, weil sie für den Umstand, der sie zum Rücktritt berechtigen würde (hier die unterlassene Erbringung der Pflegeleistung), allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder ob der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

d) Für die weitere Verfahrensweise weist der Senat ferner auf einen bisher nicht hinreichend beachteten Gesichtspunkt hin. Als Aufhebung der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, ist gemäß § 2295 BGB auch der Fall der nachträglichen Unmöglichkeit der zu erbringenden Leistung anzusehen (MünchKommBGB/*Musielak*, § 2295 Rdnr. 4; *Soergel/Wolf*, § 2295 Rdnr. 3; *Erman/Schmidt*, § 2295 Rdnr. 4). Eine derartige Unmöglichkeit der Leistungserbringung für den Beklagten gemäß § 275 Abs. 1 BGB in Form der subjektiven Unmöglichkeit könnte sich hier daraus ergeben, dass die Erblasserin am 20.6.2007 in ein Alten- und Pflegeheim gezogen ist. Der Beklagte selbst war lediglich zu einer Betreuung der Klägerin im häuslichen Umfeld mit den ihm gegebenen persönlichen Möglichkeiten verpflichtet. Sollte die Klägerin aber im Jahr 2007 in ein Alten- und Pflegeheim umgezogen sein, weil nur noch dort, nicht dagegen zu Hause, eine adäquate medizinische und pflegerische Betreuung möglich war, so entfiel gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen nachträglicher Unmöglichkeit eine Pflegeverpflichtung des Beklagten, was der Klägerin dann die Möglichkeit eröffnete, ihrerseits von der erbvertraglichen Einsetzung des Beklagten zurückzutreten. Warum die Klägerin 2007 in ein Alten- und Pflegeheim gezogen ist, wurde von ihr bisher nicht hinreichend vorgetragen. Dies wird auf entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts nachzuholen sein.

2. Durchgreifenden Bedenken begegnet ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe mit der Rücktrittserklärung vom 18.1.2008 den Erbvertrag zugleich wirksam nach § 2281 Abs. 1 i. V. m. § 2078 Abs. 2 BGB angefochten. Hierbei kann die Frage, ob überhaupt ein Anfechtungsgrund wegen Fehlvorstellungen der Klägerin über die vom Bedachten erbrachten Betreuungsleistungen vorliegt, offenbleiben. Jedenfalls hat die Klägerin die Anfechtung durch das Schreiben vom 18.1.2008 nicht rechtzeitig erklärt. Gemäß § 2283 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung durch den Erblasser nur binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt nach Abs. 2 im Falle eines Irrtums mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Kenntnis bedeutet sichere und überzeugte Kenntnis aller wesentlichen Tatumstände (vgl. BGH, FamRZ 1973, 539 unter 2; BayObLG, ZEV 1995, 105; NJW-RR 1990, 200; FamRZ 1983, 1275; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2283 Rdnr. 3; *Soergel/Wolf*, § 2283 Rdnr. 2). An diese Kenntnis dürfen zwar nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden, zumal es in derartigen Fällen häufig noch auf eine hinreichende innere Überzeugungsbildung des Erblassers ankommt.

Auch auf dieser Grundlage trifft aber die Annahme des Berufungsgerichts, die nötige Kenntnis vom Anfechtungsgrund liege erst vor, wenn sich der Erblasser der notwendigen Erkenntnis schlechterdings nicht mehr verschließen könne,

nicht zu, weil hierdurch zu hohe Anforderungen an die Kenntniserlangung gestellt werden. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang den Fristbeginn erst mit dem Umzug der Klägerin in das Alten- und Pflegeheim angenommen hat, wird verkannt, dass die Verpflichtung des Beklagten zur Erbringung von Pflegeleistungen nicht erst auf einem Niveau einsetzt, das Leistungen eines Alten- und Pflegeheims erforderlich macht. Nach der vertraglichen Regelung hat der Beklagte generell die Klägerin in kranken und alten Tagen zu hegen und zu pflegen. Es kommt daher auf den Zeitpunkt an, zu dem die Klägerin sichere Kenntnis von ihrer eigenen Pflegebedürftigkeit und der tatsächlich nicht erbrachten Pflegeleistung durch den Beklagten hatte. Das ist spätestens im Jahr 2006 der Fall gewesen. Die Klägerin hat selbst vorgetragen, sie sei ab Frühjahr 1999 geringfügig und seit Anfang 2005 in größerem Umfang pflegebedürftig gewesen. Sie selbst hatte über eine Anzeige bereits im Jahre 2005 eine Betreuerin gesucht. Die Zeugin M. war dann seit 2005 bei ihr tätig, wobei sich die Pflegeleistungen im Jahr 2006 dahin steigerten, dass nicht nur die allgemeine Haushaltsführung übernommen, sondern die Klägerin auch gebadet und angezogen werden musste. Spätestens zu diesem Zeitpunkt kann der Klägerin nicht mehr verborgen geblieben sein, dass sie objektiv pflegebedürftig war und der Beklagte keine Pflegeleistungen erbrachte. Eine erst im Jahr 2008 erklärte Anfechtung war daher verfristet.

3. Auch eine Kündigung nach § 314 BGB kommt schließlich nicht in Betracht. Nach § 314 Abs. 3 BGB kann der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Das Berufungsgericht orientiert sich hierfür an der Anfechtungsfrist des § 2283 BGB. Ob eine derartige allgemeine Übertragung der Frist zulässig ist, erscheint zweifelhaft. Das Gesetz hat nämlich wegen der Vielgestaltigkeit der Dauerschuldverhältnisse bewusst von einer festen Ausschlussfrist abgesehen (vgl. MünchKommBGB/*Geier*, 5. Aufl., § 314 Rdnr. 20). Fristbeginn ist jedenfalls der Zeitpunkt, zu dem der Kündigende Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt. Notwendig ist eine sichere und umfassende Kenntnis von den Tatsachen, aus denen sich der wichtige Grund ergibt (MünchKommBGB/*Geier*, a. a. O., Rdnr. 21). Das Berufungsgericht will hier erneut auf den Einzug der Klägerin in das Pflegeheim abstellen. Aus den oben genannten Gründen ist die erforderliche Kenntnis aber bereits im Jahr 2006 mit den häuslichen Pflegeleistungen durch die Zeugin M. anzunehmen, so dass eine Kündigung erst mit dem Schreiben vom 18.1.2008 verfristet war.

Anmerkung:

Die Lektüre der vorstehend abgedruckten Entscheidung hat mir gleich mehrere Erkenntnisse verschafft:

1. Auf der Jagd nach verständlichen Fachbegriffen

„In Bayern gehen die Uhren anders.“ Meist wird dieses Zitat von *Willy Brandt* vom Rest der Republik dazu verwendet, um Eigenheiten im Freistaat verhalten negativ zu bewerten. Allerdings scheint man auch in der Region um die kreisfreie Stadt Oldenburg (in Oldenburg, früher ebenfalls Freistaat) eine gewisse Eigenwilligkeit zu pflegen. Als Beleg für diese Hypothese mag der in den Entscheidungsgründen auszugsweise zitierte Wortlaut des Erbvertrages dienen, hat sich dort doch der als Vertragserbe eingesetzte Beklagte tatsächlich dazu verpflichtet, die potenzielle Erblasserin „in kranken und alten Tagen zu hegen und zu pflegen ...“. Nun ist das Begriffspaar „Hege und Pflege“ nicht nur im allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auch in der juristischen Fachsprache exklusiv dem

Jagdrecht zugeordnet. § 1 BJagdG verbindet mit dem Jagdrecht die Pflicht zur Hege und führt in Abs. 2 dazu aus: „Die Hege hat zum Ziel die Erhaltung eines den jagdschaftlichen und landeskulturellen Verhältnissen angepassten artenreichen und gesunden Wildbestandes sowie die Pflege und Sicherung seiner Lebensgrundlagen.“ Ältere Damen sprachlich dem Wild gleichzustellen, ist – unabhängig von ihrem Vorleben – doch eher ungewöhnlich. Die kleingeistige Frage, wann ein Tag sich das Prädikat „alt und krank“ verdient hat, soll hier gar nicht erst gestellt werden.

Immerhin rechtfertigt das Wortlautzitat die Annahme, dass im IV. Senat nicht nur Fachkompetenz, sondern auch ein feiner Sinn für subtilen Humor zu Hause ist. Ganz wie bei uns in Bayern – wo Immobilienerwerber sich noch immer zu „Wart und Pflege“ verpflichten, obwohl auch diese Bezeichnung ungeeignet ist, Art und Umfang der übernommenen Leistungspflichten konsensfähig abzubilden. Wenigstens werden damit die Assoziationen aus Wald und Flur in Richtung Werkstatt („Wartung“) oder Anstandsbesuch („die Aufwartung machen“) gelenkt. Mein Appell: „Pflege- und andere Dienstleistungen“ bringen es verständlich auf den Punkt.¹ Vorausgesetzt, im Vertrag wird festgelegt, welchen konkreten Inhalt sie haben.

2. Der „Verpfändungsvertrag“ als kaum beherrschbares Risiko

Wird ein Erbvertrag mit der Pflicht des Vertragspartners verbunden, an den Erblasser (befristet auf dessen Lebenszeit) wiederkehrende Leistungen zu erbringen, liegt ein sog. Verpfändungsvertrag vor.²

a) Besteht hier wirklich ein Synallagma?

Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist die schuldrechtliche Leistungspflicht ein Entgelt für die den Erblasser bindende Verfügung im Erbvertrag und umgekehrt. Der BGH bestätigt, wenig überraschend, die herrschende Meinung, wonach zwischen diesen beiden Elementen des Verpfändungsvertrages kein Synallagma i. S. d. § 320 ff. BGB bestehen kann: Der Erbvertrag als abstraktes Rechtsgeschäft begründet keine Leistungspflicht, der Versuch, ihm ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft zu unterlegen, scheidet am Verbot des § 2302 BGB.³ Diese Kombination zweier andersartiger Bestandteile macht den Verpfändungsvertrag zu einer Chimäre, deren „Hege und Pflege“ Schwierigkeiten bereitet:

Der V. Senat⁴ hat es dabei noch relativ einfach gehabt, als er einen Verpfändungsvertrag als „kaufähnlich“ und damit als Auslöser für ein dingliches Vorkaufsrecht behandelt hat. Wie in der besprochenen aktuellen Entscheidung war die Pflicht des Erblassers, Verfügungen zu unterlassen, mit einer (vormerkungsgesicherten und bedingten) Übertragungspflicht sanktioniert. Darüber hinaus erhielten die Vermächtnisnehmer jedoch (schon zu Lebzeiten des Erblassers) den Nießbrauch an der Immobilie und übernahmen – neben einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen – auch (kalendarrisch befristete) Zahlungspflichten gegenüber dem Erblasser.

¹ So das vom BGH in seinem grundlegenden Urteil („kein Zahlungsanspruch bei Umzug ins Pflegeheim“) vom 29.1.2010, V 132/09, MittBayNot 2010, 467, verwendete Schlagwort.

² BGHZ 36, 65, 70; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., Vorbem. zu § 2274, Rdnr. 19; NK-BGB/Kornel, 3. Aufl., vor §§ 2274–2302, Rdnr. 14.

³ Vgl. statt aller NK-BGB/Kornel, vor §§ 2274–2302 Rdnr. 11 m. w. N.

⁴ BGH, MittBayNot 1998, 334.

Der V. Senat sah in dem Gesamtkonstrukt einen Kaufvertrag, in den die Vorkaufsberechtigten eintreten konnten. Darauf, den (dogmatisch doch recht holprigen) Weg zu diesem Ergebnis näher darzustellen, wurde – was gut nachzuvollziehen ist – verzichtet.

In dem hier rezensierten Beschluss hat der IV. Senat ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Pflicht der Erblasserin, Verfügungen über die Immobilie zu unterlassen, und der Pflegeverpflichtung des Vertragserben gesehen. Die erste Hürde, welche diese Auffassung zu nehmen hat, ist die Frage nach dem Zurückbehaltungsrecht der Erblasserin aus § 320 BGB: Wenn der Vertragserbe seine Gegenleistung (Pflege) nicht erbringt, wie sieht dann eine Leistungsverweigerung der alten Dame aus? Eine (an sich zu unterlassende) Verfügung vornehmen? Tatsächlich besteht für die eigene Unterlassungspflicht zumindest dann kein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sie Fixcharakter besitzt. Den hat sie, wenn die Ausübung der Einrede einen endgültigen Zustand schaffen würde.⁵ Das wäre der Fall gewesen, wenn die Erblasserin über ihre Immobilie verfügt, also wegen der unterbliebenen Pflege ihre Unterlassungspflicht ignoriert hätte.

Kritischer wird man nach dem „do ut des“ fragen dürfen: Die Unterlassungspflicht hat lediglich die Aufgabe, den späteren Erwerb des im Erbvertrag bindend Bedachten zu sichern. Selbst wenn man den Vertragsinhalt wirtschaftlich betrachtet und deshalb die sofortige Sicherung mit dem späteren Erwerb gleichsetzt – dieser ist beim Vertragserben auf den gesamten Nachlass gerichtet und nicht nur auf die Immobilie. Denn vertragsmäßig bindend war im konkreten Fall kein Immobilienvermächtnis, sondern die Alleinerbeneinsetzung verfügt. Die Pflegeverpflichtung war somit als Gegenleistung für den späteren Erwerb des gesamten Erblasservermögens gedacht und nicht nur für den des Hausgrundstücks. Für ein echtes Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Pflegeverpflichtung und der Unterlassungspflicht fehlt es mithin an Kongruenz.

b) „Rein ins Heim und raus aus dem Erbvertrag“?

Wirklich gefährlich für den Kautelarjuristen ist allerdings folgende Erkenntnis: Das Recht des Erblassers, von der vertragsmäßigen Verfügung zurückzutreten, entsteht nach § 2295 BGB, wenn die damit (wie auch immer dogmatisch korrekt) verknüpfte Leistungspflicht des Vertragspartners „vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird“.

Hier folgt der BGH der ganz herrschenden Meinung, die lediglich darauf abstellt, dass die Pflicht, wiederkehrende Leistungen zu erbringen, nachträglich weggefallen ist. Welche rechtliche Ursache der Wegfall gehabt ist, ist demgegenüber irrelevant.⁶ Deshalb entsteht das Rücktrittsrecht des Erblassers selbst dann, wenn es dessen Vertragspartner nachträglich unmöglich werden sollte, die versprochenen Pflegeleistungen zu erbringen. Für den entschiedenen Fall baut der BGH damit dem Berufungsgericht eine goldene Brücke, über die es womöglich doch noch zu einem Rücktrittsrecht der Erblasserin gelangen kann.

Die Chimäre „Verpfändungsvertrag“ wird damit aber zugleich zur Bestie, die der Vertragsgestalter nur schwer zähmen kann: Auch der vertragstreue Pflegeverpflichtete muss stets damit rechnen, dass der Erblasser gesundheitlich verfällt und deshalb die versprochene weitere Pflege unmöglich wird.

⁵ Z. B. MünchKommBGB/Emmerich, § 320 Rdnr. 48.

⁶ Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 3. Aufl., § 2295 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Musielak, § 2295 Rdnr. 4; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2295 Rdnr. 9; a. A. Bengel, DNotZ 1978, 687, 688.

Solange er nicht geschäftsunfähig geworden ist, kann der Erblasser nun jederzeit von der vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, mit der er den Pflegeverpflichteten begünstigt hatte. Dieser erhält seine bisher erbrachten Leistungen lediglich nach Bereicherungsrecht zurück, was bei Pflegeleistungen zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB führt. Über praktisch alle relevanten Tatsachen lässt sich dann streiten: Wer stellt fest, ob dem Erblasser die häusliche Pflege noch zugemutet werden kann? Wie sind die bisherigen Leistungen zu bewerten, insbesondere, wenn sie nach Art und Umfang nicht mit den Katalogleistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung identisch waren? Führen Gespräche und andere, der Unterhaltung und Zerstreung des Erblassers dienende, Handlungen überhaupt zu einer Bereicherung?

3. Fazit

Neben dem Zuwendungsverzicht (auch nach neuer Gesetzeslage⁷) gehört der Verpfändungsvertrag zu den Gestaltungen, von denen ich – wenn es irgendwie möglich ist – auch künftig die Finger lassen werde!

Notar Dr. Thomas Kornexl, Nürnberg

⁷ Vgl. zu den ungelösten Problemen z. B. Everts, ZEV 2010, 392; Kanzleiter, DNotZ 2009, 805; Karsten, RNotZ 2010, 357, 369 f.; Keim, MittBayNot 2010, 85, 91 ff.; Klinck, ZEV 2009, 533; Weidlich, FamRZ 2010, 166.

11. BGB § 2368 (Zulässigkeit eines „Fortbestandszeugnisses“ für den Testamentsvollstrecker)

Ein Testamentsvollstrecker hat keinen Anspruch auf Erteilung eines nachlassgerichtlichen Zeugnisses über die Fortdauer der Testamentsvollstreckung.

OLG Köln, Beschluss vom 16.11.2010, 2 Wx 153/10; mitgeteilt von Werner Sternal, Richter am OLG Köln

Die Erblasserin hatte in ihrem handschriftlichen Testament vom 9.3.1973/6.8.1978 ihren Sohn zum Vorerben und weitere Personen zu Nacherben eingesetzt. Weiterhin heißt es in dem Testament:

„Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Testamentsvollstrecker und Vermögensverwalter soll Herr X. N. [= der Beteiligte] ... sein. Er soll meinen Nachlass während der Zeit der Vorerbschaft verwalten. ... Letztlich soll er den Nachlass den Nacherben aushändigen ...“

Der Vorerbe ist am ... 2009 verstorben. Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigtem vom 10.6.2010 hat der Beteiligte beantragt, ihm „ein bestätigendes Zeugnis darüber auszustellen, dass sein Amt als Testamentsvollstrecker für den Nachlass ... fort dauert.“

Zur Begründung hat der Antragsteller im Wesentlichen geltend gemacht, da ein „Notar sowie die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt Zweifel an der Fortdauer der Befugnis des Testamentsvollstreckers geäußert hätten, sei es angezeigt, dass vom Nachlassgericht ein bestätigendes Zeugnis darüber erteilt werde, dass das Amt noch fort dauere, damit“ er „am Ende die nach Versilberung aller definitiv in Betracht kommenden Werte die Geldbeträge an die 14 Erben aushändigen“ könne.

Mit Beschluss vom 3.9.2010 hat das Nachlassgericht den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, aus dem Wortlaut der testamentarischen Verfügung der Erblasserin ergebe sich nicht, dass die Erblasserin auch eine Testamentsvollstreckung nach dem Tode des Vorerben beabsichtigt habe. Dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass den Nacherben aushändigen soll, sei eine Selbstverständlichkeit und heiße nicht, dass die Testamentsvollstreckung fort dauern solle. Gegen diese am 14.9.2010 zugestellte Entscheidung richtet sich die am 27.9.2010 beim Nachlassgericht eingegangene Beschwerde vom 21.9.2010, mit der der Beschwerdeführer beantragt, unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung ihm ein bestätigendes Zeugnis darüber auszustellen, dass sein Amt als Testamentsvollstrecker nun-

mehr in der Form einer Abwicklungsvollstreckung für den Nachlass der am ... 1978 in C. verstorbenen Frau O. P. B. D., geb. L., und dies in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Testamentsvollstreckerzeugnisses fort dauert.

Zur Begründung hat er sich auf seine erstinstanzlichen Ausführungen bezogen und die Auffassung vertreten, er sei nach dem Eintritt des Nacherbfalls als Testamentsvollstrecker zur Abwicklung des Nachlasses befugt und verpflichtet. Das Nachlassgericht hat durch Verfügung „der Beschwerde auch im Hinblick auf den Vortrag im Schriftsatz vom 21.9.2010 nicht abgeholfen“ und die Akten dem OLG übersandt.

Aus den Gründen:

(...)

b) In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet. Dem Beteiligten kann das beantragte Zeugnis über die Fortdauer der Testamentsvollstreckung nicht erteilt werden. Entgegen der teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung (AnwK/Kroiß, BGB, 3. Aufl. 2010, § 2368 Rdnr. 25; Damrau/Uricher, Erbrecht, § 2368 Rdnr. 7; jurisPK-BGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2368 Rdnr. 9; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 9. Aufl. 2008, Rdnr. 4.472; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 19. Aufl. 2008, Rdnr. 708; offen gelassen von Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 104; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, Rdnr. 277; Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2368 Rdnr. 4) hält der Senat die Erteilung eines entsprechenden Zeugnisses nicht für zulässig (so auch MünchKommBGB/J. Mayer, 5. Aufl. 2010, § 2369 Rdnr. 58; Staudinger/Herzog, BGB, Bearb. 2010, § 2368 Rdnr. 34; Keidel/Zimmermann, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 345 Rdnr. 62; Bestelmeyer, ZEV 1997, 316, 318 ff.; einschränkend hingegen Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2368 Rdnr. 5; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rdnr. 305, der sich für die Zulässigkeit einer Bescheinigung ausspricht, dass dem Nachlassgericht nichts bekannt ist, was auf eine Beendigung des Amtes hindeuten würde). Es fehlt hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die Voraussetzungen für eine richterliche Rechtsfortbildung sind bereits deshalb nicht gegeben, weil keine planwidrige Lücke vorliegt. Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung der Vorschriften über das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich auch mit den die Testamentsvollstreckung betreffenden Verfahrensvorschriften befasst, indes in Kenntnis der umstrittenen Frage der Zulässigkeit eines Fortbestandszeugnisses keine Notwendigkeit gesehen, eine entsprechende Regelung in das FamFG oder in das BGB aufzunehmen.

Zudem käme der von dem Antragsteller erstrebten Bescheinigung nur geringe praktische Bedeutung zu. Sie würde nur über das Fortbestehen der Testamentsvollstreckung für den Zeitpunkt der Ausstellung des Zeugnisses Auskunft geben. Damit wird indes keine Aussage über die Fortdauer des Amtes über diesen Zeitpunkt hinaus getroffen. Ebenso wie für das Testamentsvollstreckerzeugnis keine Richtigkeitsvermutung hinsichtlich der Fortdauer des Amtes besteht (vgl. RGZ 83, 352; BGHZ 41, 23; Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2368 Rdnr. 8), würde dies auch für die Bescheinigung über die Fortdauer der Testamentsvollstreckung gelten. Denn nach § 2368 Abs. 3 Hs. 2 BGB wird das Testamentsvollstreckerzeugnis mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers kraft Gesetzes kraftlos. An diesem Grundsatz würde auch eine Bescheinigung über die Fortdauer nichts ändern.

Die von dem Beschwerdeführer für die Zulässigkeit einer entsprechenden Bescheinigung herangezogene Rechtsprechung des KG (NJW 1964, 1905) sowie des OLG Stuttgart (DNotZ 1981, 294 = OLGZ 1979, 387) sind nicht einschlägig. Beide

Gerichte haben nur zu der Frage Stellung genommen, ob noch nach der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckerzeugnis mit dem Vermerk der Beendigung des Amtes erteilt werden kann, und diese Möglichkeit bejaht. Keine der beiden Entscheidungen hat sich indes mit dem hier von dem Beschwerdeführer beantragten Zeugnis über die Fortdauer des Testamentsvollstreckeramtes befasst. (...)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 40, FamFG § 59 (*Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste; Beschwerderecht des Notars*)

1. **Weigert sich das Registergericht wegen formaler Beanstandungen, eine von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, hat der Notar ein eigenes Beschwerderecht.**
2. **Die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.**

BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Antragsteller beurkundete in seiner Eigenschaft als Notar die Übertragung sämtlicher insgesamt zwölf Geschäftsanteile an einer GmbH auf einen neuen Gesellschafter. Nachdem der Gesellschafterwechsel wirksam geworden war, reichte er zum Handelsregister eine aus sieben Spalten bestehende Gesellschafterliste ein:

Lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Bisherige lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Gesellschafter (Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort bzw. Firma und Sitz)	Anzahl der Geschäftsanteile (Stück)	Nennbetrag der einzelnen Geschäftsanteile (in DM)	Summe der Nennbeträge	Veränderungen

Unter den laufenden Nummern 1 bis 12 der ersten Spalte waren die Namen, Geburtsdaten und Wohnorte der bisherigen Gesellschafter sowie deren Geschäftsanteile nach Anzahl, Nennbetrag pro Stück und Summe der Nennbeträge eingetragen. Diese Eintragungen waren durchgestrichen. Unter den laufenden Nummern 13 bis 24 folgte jeweils der Name des neuen Gesellschafters mit den fortgeschriebenen Angaben zu den zwölf erworbenen Geschäftsanteilen einschließlich der Angabe der bisherigen Nummern. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Registergericht die Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste in den für das Registerblatt bestimmten Registerordner abgelehnt, weil die einmal festgelegte Nummerierung der Geschäftsanteile auch nach einem Gesellschafterwechsel beizubehalten sei.

Die hiergegen vom Antragsteller eingelegte Beschwerde hat das OLG (OLG Bamberg, ZIP 2010, 1394 = MittBayNot 2010, 331) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Dem Registergericht stehe zwar kein materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der nach § 40 Abs. 2 GmbHG einzureichenden Gesellschafterliste zu. Es habe jedoch zu prüfen, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspreche, da die Norm gläubigerschützend i. S. v. § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG sei. Im Rahmen dieser Prüfungscompetenz habe das Registergericht die Umnummerierung der Geschäftsanteile zu Recht beanstandet. Auf die Erforderlichkeit der Beibehaltung der einmal festgelegten Nummerierung deute bereits der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hin. Außerdem sei die Norm im Zusammenhang mit der ebenfalls neu gefassten Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zum Inhalt der Gesellschafterliste bei Neugründung einer GmbH zu sehen, wonach bereits bei der Gründung der Gesellschaft

jedem vorhandenen Geschäftsanteil eine laufende Nummer zugeordnet werde. Mit der neuen Gesellschafterliste seien daher nur die vorgenommenen Änderungen zu dokumentieren, während die nicht von Änderungen betroffenen Eintragungen der früheren Gesellschafterliste beibehalten werden müssten. Schließlich entspreche die Beibehaltung der Nummerierung der Geschäftsanteile auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG. Die durch das MoMiG erheblich aufgewertete Gesellschafterliste habe die Funktion eines Rechtsscheinträgers erhalten und verlange deshalb nach einer übersichtlichen und eindeutigen Darstellung, aus der für einen Dritten zweifelsfrei erkennbar sei, welche Geschäftsanteile zum aktuellen Zeitpunkt vorhanden seien und von wem der einzelne Geschäftsanteil derzeit gehalten werde. Diesen Erfordernissen werde eine Gesellschafterliste aber nur dann gerecht, wenn die einmal vorgenommene Nummerierung in den nachfolgenden Listen beibehalten werde.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Sie führt – unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen – zur Weisung an das Registergericht, die vom Antragsteller eingereichte Gesellschafterliste in den für das Registerblatt bestimmten Registerordner aufzunehmen.

1. Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag – hier in Form der Einreichung der Gesellschafterliste – am 5.11.2009, also nach Inkrafttreten der Neuregelung, bei Gericht eingegangen ist.

Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis des beteiligten Notars ergibt sich daraus, dass seine Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ohne Erfolg geblieben ist.

2. Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das OLG hat die Beschwerde des Notars gegen den angefochtenen Beschluss des Registergerichts zu Unrecht zurückgewiesen, da diese zulässig und begründet ist.

a) Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Nach dieser Vorschrift findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amts- und Landgerichte in „Angelegenheiten nach diesem Gesetz“ statt, also in Angelegenheiten nach dem FamFG. Zu diesen Angelegenheiten gehört auch die in § 9 Abs. 1 Handelsregisterverordnung (HRV) geregelte Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner, denn die in der HRV ergänzend geregelten Verfahrensvorschriften beruhen auf der Verordnungsermächtigung des § 387 Abs. 2 FamFG.

Der einreichende Notar ist auch dazu befugt, die Beschwerde im eigenen Namen einzulegen. Das folgt zwar noch nicht aus § 59 Abs. 2 FamFG. Danach steht die Beschwerde, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, allein dem Antragsteller zu. In Fällen des § 59 Abs. 2 FamFG müssen immer auch die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG erfüllt sein (BGH, Beschluss vom 27.8.2003, XII ZB 33/00, FamRZ 2003, 1738, 1740 zu § 20 FGG; *Unger* in Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl., § 59 Rdnr. 25). Das ist hier aber der Fall. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen

zu, der durch den Beschluss in eigenen Rechten beeinträchtigt ist. Durch die Ablehnung des Registergerichts, die vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, wird (auch) der Notar in eigenen Rechten beeinträchtigt. Soweit die Beschwerdebefugnis des Notars von Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung mit der Erwägung in Abrede gestellt wird, der Notar habe seiner persönlichen Amtspflicht bereits mit der Einreichung der Liste genügt, so dass ihn die Zurückweisung der Liste durch das Registergericht nicht mehr in eigenen Rechten beeinträchtigt (OLG Köln, FGPrax 2010, 202), vermag der Senat dem nicht zu folgen.

§ 40 Abs. 2 GmbHG verpflichtet einen Notar, der an Veränderungen des Gesellschafterbestandes mitgewirkt hat, unverzüglich nach deren Wirksamwerden die geänderte Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Der Notar kommt mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister einer ihm obliegenden Amtspflicht nach, die ihm als Folgeverpflichtung aus seiner Mitwirkung an der Anteilsübertragung erwächst (OLG Köln, FGPrax 2010, 202; *Altmeyen/Roth*, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 14; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 38). Weist das Registergericht eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste zurück, macht es ihm die Erfüllung seiner Amtspflicht streitig. Wäre die Zurückweisung berechtigt, stünde der Notar weiterhin gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG in der Amtspflicht, eine (korrigierte) Gesellschafterliste einzureichen (im Ergebnis ebenso OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832).

b) Die Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ist auch begründet. Das Registergericht hat die eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht zurückgewiesen.

Dabei kann offen bleiben, ob und ggf. in welchem Umfang das Registergericht das Recht oder die Pflicht hat, die eingereichte Gesellschafterliste zu prüfen (vgl. hierzu OLG München, NJW-RR 2009, 972, 973; OLG Jena, ZIP 2010, 831; *Nedden-Boeger* in Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl., Anh. § 387 Rdnr. 5 a; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1105; *Melchior/Schulte*, Handelsregisterverordnung, § 9 Rdnr. 6; Gutachten DNotI-Report 2009, 190, 193; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039; *Scholz/Schneider*, GmbHG Nachtrag MoMiG, 10. Aufl., § 40 Rdnr. 36; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 75; *Wachter*, GmbHR 2010, 596, 597, *ders.*, NZG 2009, 1001, 1002). Denn jedenfalls hat es die von dem Antragsteller eingereichte Liste zu Unrecht beanstandet.

Die Umnummerierung der abgetretenen Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft ist zulässig (§ 40 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Gliederungskontinuität, wie er beispielsweise für den Jahresabschluss angeordnet ist (§ 265 Abs. 1 HGB), in Bezug auf die Gesellschafterliste nicht aufgestellt. Ohnehin kann eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen Fällen durchgehalten werden, etwa nach einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, erst recht wenn vormals geteilte Geschäftsanteile anschließend mit anderen Geschäftsanteilen zusammengelegt werden. In solchen Fällen wird teils die Vergabe von Abschnittsnummern (1.1, 1.2, ...), teils die Verwendung ergänzender Buchstaben (1a, 1b, ...) und teils die Vergabe der nächst freien Nummern vorgeschlagen (vgl. OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284; Gutachten DNotI-Report 2010, 147, 148 f.). Das Gesetz macht hierzu – soweit der Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibt – keine zwingende Vorgabe, obwohl

das Problem bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt war (vgl. die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins Nr. 43/07 vom 5.9.2007 zum Regierungsentwurf des MoMiG, Rdnr. 28). Sind in manchen Fällen Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich, besteht keine Notwendigkeit, in allen übrigen Abtretungsfällen die Stetigkeit der Nummerierung zu fordern, solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leidet und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt. Reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte, die allerdings regelmäßig für eine Beibehaltung der Nummerierung sprechen, berühren die Rechtsgültigkeit der eingereichten Liste nicht. Inhaltliche Zweifel daran, welche Geschäftsanteile bestanden und durch welche Abtreungsketten diese in die Hand des neuen Gesellschafters gelangt waren, konnten hier nicht aufkommen. Durch das Durchstreichen der laufenden Nummern 1 bis 12 sowie durch die Veränderungsnachweise unter den laufenden Nummern 13 bis 24 ist die Zuordnung der Geschäftsanteile gewährleistet.

Daher hätte das OLG der Beschwerde stattgeben und das Registergericht zur Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner anweisen müssen. Dieses kann der Senat selbst nachholen, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG).

13. AktG § 297 (*Frist- und Formerfordernis bei der Kündigung eines Unternehmensvertrages*)

1. **Die Übergabe der Niederschrift über einen Gesellschafterbeschluss der herrschenden Gesellschaft betreffend die Kündigung eines Unternehmensvertrages an den Geschäftsführer der beherrschten Gesellschaft wahrt die Schriftform nicht.**
2. **Die außerordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages kann nur innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes erfolgen; das ist bei einer erst nach zehn Monaten abgegebenen Erklärung nicht der Fall.**

OLG München, Beschluss vom 21.3.2011, 31 Wx 80/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterinnen am OLG München

Zur Eintragung in das Handelsregister der beteiligten W. GmbH wurde die Beendigung des am 1.1.2005 in Kraft getretenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit der F. GmbH & Co. KG als herrschender Gesellschaft angemeldet. Die herrschende Gesellschaft wurde durch Aufspaltung aufgelöst; diese wurde im Handelsregister am 16.11.2009 eingetragen. Rechtsnachfolger sind die X. Consult GmbH und die Y. Grundstücks GmbH.

Die Anmeldung lautet:

„Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der F. GmbH & Co. KG ist durch Kündigungserklärung nebst Zustimmungsbeschluss der beherrschten Gesellschaft – Gesellschafterbeschlüsse vom 27.9.2010, mit Wirkung zum 31.12.2010 gekündigt worden. Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ist somit mit Wirkung zum 31.12.2010 beendet. Beigefügt wird die Niederschrift über die Gesellschafterbeschlüsse vom 27.9.2010.“

In der „Niederschrift über die Gesellschafterbeschlüsse der X. Consult GmbH und der Y. Grundstücks GmbH als Rechtsnachfolger der durch Spaltung (Realteilung) erloschenen F. GmbH & Co. KG“ ist festgehalten:

„Dies vorausgeschickt beschließen wir was folgt:

Der zwischen der F. GmbH & Co. KG als Organträgerin und der W. GmbH abgeschlossene Beherrschungs- und Gewinnabführ-

rungsvertrag wird zum Ablauf des 31.12.2010 gekündigt. Damit ist letztmalig das Ergebnis des Geschäftsjahres 2010 (Geschäftsjahr vom 1.1. bis 31.12.2010) an die Rechtsnachfolger der F. GmbH & Co. KG abzuführen bzw. von ihr zu übernehmen“.

Nach den Unterschriften ist angefügt:

„Wir, die aus dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag berechnete und verpflichtete W. GmbH, vertreten durch den allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer nehmen den Beschluss der Rechtsnachfolger der Organträgerin zur Kenntnis und stimmen der Beendigung des Gewinnabführungsvertrages zum Ablauf des 31.12.2010 zu.“

Mit Beschluss vom 25.1.2011 wies das Registergericht die Anmeldung zurück. Eine Gesamtrechtsnachfolge bei der herrschenden Gesellschaft berechne diese bzw. ihre Rechtsnachfolger nicht zur fristlosen Kündigung. Bei einer ordentlichen Kündigung durch die herrschenden Gesellschaften sei die vertraglich festgelegte 6-Monats-Frist zu beachten. Im Übrigen sei nur ein Beschluss hinsichtlich einer noch auszusprechenden Kündigung gefasst. Eine fristlose Kündigung durch die beherrschte Gesellschaft, die jedenfalls in Bezug auf den Beherrschungsteil zulässig sei, liege nicht vor. Eine Umdeutung in eine einvernehmliche Vertragsaufhebung sei nicht möglich, denn das für die W. GmbH erklärte Einverständnis mit der Kündigung – im Übrigen auch nur hinsichtlich der Gewinnabführung – sei nicht gleichzusetzen mit dem Willen zur Aufhebung des Vertrages, der außerdem wegen § 9 hierzu einen Sonderbeschluss der außen stehenden Gesellschafter erfordere.

Die Beschwerde wendet ein, der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag sei bereits aufgrund der Realteilung des herrschenden Unternehmens beendet worden. Unabhängig davon liege eine übereinstimmende Willenserklärung vor, wonach sämtliche Beteiligte mit der Auflösung des Beherrschungsvertrages zum Ablauf des 31.12.2010 einverstanden seien.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Registergericht hat es zu Recht abgelehnt, die angemeldete Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zum 31.12.2010 in das Handelsregister einzutragen.

1. Die Beendigung eines Unternehmensvertrages ist unter Angabe des Grundes und des Zeitpunkts in das Handelsregister einzutragen. Die Eintragung der Beendigung hat – im Gegensatz zum Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft – nur deklaratorische Bedeutung (h. M., vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, Anh. § 13 Rdnr. 952; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl., SchlAnhKonzernR Rdnr. 75; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 102; MünchKommAktG/Altmeyen, 3. Aufl., § 298 Rdnr. 3; *Vetter*, ZIP 1995, 345, 353). Das ändert nichts am Umfang der Prüfung des Registergerichts, dessen Pflicht es ist, unrichtige Eintragungen in das Handelsregister zu vermeiden. Das Registergericht hat deshalb bei Anhaltspunkten für die Unwirksamkeit der angemeldeten Kündigung in die materielle Prüfung einzutreten (OLG München, AG 2009, 675 m. w. N.).

2. Das Registergericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die von der Gesellschaft vorgelegten Unterlagen nicht geeignet sind, eine wirksame Beendigung des Unternehmensvertrages zum 31.12.2010 zu belegen. Dabei kann dahinstehen, ob auch die Rechtsnachfolger der durch Aufspaltung aufgelösten herrschenden Gesellschaft zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechnigt sind (ablehnend MünchKommAktG/Altmeyen, § 297 Rdnr. 128; *Fichtelmann*, GmbHR 2010, 576, 582; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 126 Rdnr. 232, die in einem solchen Fall nur der Organgesellschaft ein außerordentliches Kündigungsrecht zubilligen), denn hier ist die Kündigung weder form- noch fristgerecht erklärt.

a) Die Kündigung eines Unternehmensvertrages bedarf entsprechend § 297 Abs. 3 AktG aus Gründen der Rechtssicherheit der Schriftform, was hier außerdem in § 13 des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages vom 19.6.2003 ausdrücklich vereinbart ist. Das bedeutet, dass die Kündigungserklärung selbst schriftlich abgefasst und vom Erklärenden eigenhändig unterzeichnet sein muss (vgl. § 126 Abs. 1 BGB). Kündigung ist die an den anderen Vertragspartner gerichtete Erklärung einer Vertragspartei, dass das Vertragsverhältnis für die Zukunft beendet werden soll. Eine schriftliche Erklärung dieses Inhalts von den beiden herrschenden Gesellschaften gegenüber der beherrschten Gesellschaft liegt hier nicht vor, denn der schriftlich niedergelegte Beschluss der jeweiligen Gesellschafter der beiden Rechtsnachfolgerinnen der Organträgerin vom 27.9.2010 stellt keine Kündigungserklärung gegenüber der beherrschten Gesellschaft dar.

Ein Gesellschafterbeschluss ist als Ergebnis der Willensbildung der Gesellschafter ein gesellschaftsinterner Akt und stellt keine Willenserklärung im Rechtsverkehr dar. Wenn also der Beschluss rechtsgeschäftliches Handeln gegenüber Dritten betrifft, sind in Ausführung des Gesellschafterbeschlusses durch den Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG) die entsprechenden Willenserklärungen abzugeben (vgl. *Roth/Altmeyen*, § 47 Rdnr. 2, 2 a; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rdnr. 9 f.). Zwar kann bei einem auf rechtsgeschäftliches Handeln gerichteten Beschluss – wenn (wie hier) Geschäftsführer und Vertragspartner anwesend sind – grundsätzlich angenommen werden, dass der Beschluss mit seinem Zustandekommen gleichzeitig mit Außenwirkung umgesetzt wird (BGH, ZIP 2003, 1293, 1294 für ein konkludent mögliches deklaratorisches Schuldanerkenntnis). Besondere Formerfordernisse für im Rahmen des Vollzugs des Gesellschafterbeschlusses abzugebende Erklärungen – wie hier die Schriftform der Kündigungserklärung – werden bei dieser Vorgehensweise jedoch nicht gewahrt.

b) Eine ordentliche Kündigung des Vertrages zum 31.12.2010 konnte am 27.9.2010 nicht mehr fristwährend erklärt werden. Nach § 7 Abs. 3 des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages vom 19.6.2003 beträgt die Dauer des Vertrages mindestens fünf Jahre ab Inkrafttreten und verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn keine Kündigung ausgesprochen wird; die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

c) Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 297 Abs. 1 AktG kann nach § 314 Abs. 3 BGB nur innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden (MünchKommAktG/Altmeyen, § 297 Rdnr. 50 a. E.; *Fichtelmann*, GmbHR 2010, 576, 579; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 297 Rdnr. 18, 26). Hier ist weder in der Anmeldung noch in dem beigefügten Gesellschafterbeschluss ausdrücklich ein Kündigungsgrund genannt. Soweit die Aufspaltung der F. GmbH & Co. KG den außerordentlichen Grund für die Kündigung darstellen soll, war die angemessene Frist Ende September 2010 – über zehn Monate nach der im November 2009 erfolgten Eintragung der Aufspaltung im Handelsregister – jedenfalls verstrichen.

3. Aus der vorgelegten „Niederschrift über die Gesellschafterbeschlüsse“ mit dem vom Geschäftsführer der beherrschten Gesellschaft unterzeichneten Zusatz lässt sich auch keine einvernehmliche Aufhebung des gesamten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages entnehmen. Wie das Registergericht zutreffend hervorgehoben hat, ist das Hinnehmen einer Kündigung des anderen Vertragsteils nicht gleich bedeutend mit einer einvernehmlichen Aufhebung des Vertrages.

Darüber hinaus bezieht sich die Zustimmung der beteiligten Gesellschaft nur auf die Beendigung des Gewinnabführungsvertrages, nicht aber auf die Beendigung des Beherrschungsvertrages.

Soweit die Beschwerde meint – wie teilweise in der Literatur vertreten (vgl. *Lutter/Teichmann*, UmwG, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 57; a. A. *Emmerich/Habersack*, § 297 Rdnr. 46; Münch-KommAktG/*Altmeyden*, § 297 Rdnr. 127 ff.; *Fichtelmann*, GmbHR 2010, 576, 579) –, der Unternehmensvertrag sei bereits durch die Aufspaltung der herrschenden Gesellschaft beendet worden, steht das im Widerspruch zum Inhalt der vorliegenden Anmeldung, nach der die Beendigung des Unternehmensvertrages zum 31.1.2010 aufgrund Kündigung im Handelsregister eingetragen werden soll.

14. BGB § 161 Abs. 1, Abs. 3; GmbHG §§ 16 Abs. 1, Abs. 3, 40 (*Kein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils bei aufschiebend bedingter Veräußerung*)

1. **Bei Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ist nur der gute Glaube an die Anteilshaberschaft des Veräußerers, nicht aber an dessen uneingeschränkte Verfügungsbefugnis geschützt. Im Falle einer aufschiebend bedingten Veräußerung findet deshalb ein gutgläubiger Zwischenerwerb durch einen Dritten nicht statt.**
2. **In diesen Fällen ist die Zuordnung eines Widerspruchs zur beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste weder erforderlich noch zulässig.**

OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Mit der übersandten – infolge einer Kapitalerhöhung geänderten – Gesellschafterliste vom 10.3.2010 wurde zugleich ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste bezüglich Ziffer 2.2 und Ziffer 3 zur Eintragung eingereicht, weil nach Veräußerung der vorgenannten Geschäftsanteile die Verfügungsbefugnis des in der Gesellschafterliste als Gesellschafter ausgewiesenen Veräußerers durch aufschiebend bedingte Verfügung beschränkt sei.

Mit Beschluss vom 6.7.2010 lehnte das Registergericht die Zuordnung des Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste vom 10.3.2010 ab. Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Das Registergericht half ihr nicht ab und legte die Akten dem OLG zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht die Aufnahme eines Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste vom 10.3.2010 zurückgewiesen.

1. Gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 und 4 GmbHG kann aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet, der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet werden. Sinn und Zweck der Eintragung eines Widerspruchs ist die Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils aufgrund Unrichtigkeit der Gesellschafterliste. Eine solche Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ist aber vorliegend gerade nicht gegeben. Denn trotz Veräußerung des Geschäftsanteils bleibt der Veräußerer bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung Rechtsinhaber des Geschäftsanteils. Eine Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, die eine Unrichtigkeit der Gesellschafterliste bedingt, liegt insofern gerade nicht vor (vgl. dazu auch OLG

München, MittBayNot 2010, 68 zur Zurückweisung einer Gesellschafterliste durch das Registergericht, die einen Hinweis auf eine aufschiebend bedingte Abtretung enthält).

2. Entgegen dem Beschwerdevorbringen besteht auch keine Erforderlichkeit für die Eintragung eines Widerspruchs, um einen etwaigen gemäß § 161 Abs. 3 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG möglichen zwischenzeitigen Gutgläubenserwerb durch einen Dritten zu verhindern. Eine solche Notwendigkeit erkennt der Senat nicht. Denn nach seiner Auffassung kann ein Gutgläubenserwerb durch einen Dritten bei (erneuter) Veräußerung durch den (bisherigen) Anteilshaber nicht erfolgen, da sich der nach § 16 Abs. 3 GmbHG mögliche Gutgläuberschutz nicht darauf erstreckt, dass der Veräußerer, der wirklich Inhaber eines Geschäftsanteils ist, in dem von ihm behaupteten Umfang tatsächlich Verfügungsbefugter ist.

Ob ein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils bei aufschiebend oder auflösend bedingter Übertragung über § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG überhaupt möglich ist, ist umstritten.

a) Der überwiegende Teil des Schrifttums hält einen solchen Gutgläubenserwerb mit unterschiedlicher Begründung grundsätzlich für möglich (*Staudinger/Bork*, 2010, § 161 Rdnr. 15; *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, 2009, § 16 Rdnr. 69; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 2009, § 16 Rdnr. 63; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 2010, § 16 Nachtrag MoMiG Rdnr. 79; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 576; *Heckschen/Heidinger/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2009, § 13 Rdnr. 141; *Oppermann*, DB 2009, 2306; *ders.*, ZIP 2009, 651, 652; *Schneider*, NZG 2009, 1167, 1168; *Schreiner/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267; *Kamlah*, GmbHR 2009, 841, 843; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; *ders.*, GmbHR 2009, 1216, 1217; *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 20; *ders.*, NotBZ 2009, 1, 15; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; *ders.*, GmbHR 2009, 343 f.; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 842; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Hellfeld*, NJW 2010, 411, 412; *Frenzel*, NotBZ 2010, 129) und leitet daraus die Notwendigkeit der Zuordnung eines Widerspruchs an dem betreffenden Geschäftsanteil ab (vgl. *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 436; *Oppermann*, ZIP 2009, 651 f.; *ders.*, DB 2009, 2306 f.; *Schneider*, NZG 2009, 1167 f.), bzw. die Eintragung eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Anteilsveräußerung in der Veränderungsspalte der Gesellschafterliste (sog. Zweilisten-Modell; vgl. dazu *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 347; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 16; *Herrler*, BB 2009, 2272, 2275 ff.).

b) Teile der Literatur hingegen verneinen die Anwendbarkeit des § 161 Abs. 3 BGB unter Hinweis darauf, dass die aufschiebend bedingte Abtretung eine Verfügungsbeschränkung darstelle und eine solche keine in die Gesellschafterliste eintragbare Tatsache sei und daher der Ersterwerber nicht die Möglichkeit habe, gegen die in der Gesellschafterliste ausgewiesene unbeschränkte Verfügungsberechtigung zu intervenieren (vgl. dazu *Preuß*, ZGR 2008, 676, 691 f.; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.; *ders.*, NZG 2009, 1173, 1175; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1049 ff.; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305; *Bunnemann/Zirngibl/Berger*, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2008, § 7 Rdnr. 84; *Jocher*, BWNZ 2009, 190 f.; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065, 1068).

c) In der Rechtsprechung ist die Frage noch nicht abschließend geklärt.

aa) Das LG Köln (GmbHR 2009, 1215) erkennt eine „mangelnde Berechtigung“ des Veräußerers i. S. d. § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG darin, dass der Veräußerer mit der bedingten Verfügung zwar weiterhin die Rechtsmacht hat, über den

Geschäftsanteil wirksam zu verfügen, diese Rechtsmacht aber vom Ausfall der Bedingung abhängig und damit eingeschränkt ist. Insofern bestehe die Gefahr eines Gutgläubenserwerbs i. S. d. § 161 Abs. 3 BGB. Der Schutz des Erwerbers erfordere die Zuordnung eines Widerspruchs, um den guten Glauben eines nachfolgenden Erwerbers in die Verfügungsmacht des (eingeschränkt berechtigten) Veräußerers zu zerstören.

bb) Dem gegenüber verneint das OLG Hamburg (GmbHR 2011, 32) die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Zweitkäufers, da die bloße Belastung eines Geschäftsanteils den mitwirkenden Notar zur Einreichung einer Gesellschafterliste nicht verpflichtet und mangels gesetzlicher Verpflichtung zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste der Rechtsverkehr auch nicht darauf vertrauen könne, dass der von ihm erworbene Anteil lastenfrei sei. Da im Gegensatz zum Grundbuch ein solcher Eintragungszwang nicht bestehe, sei daher der Gesellschafterliste im Vergleich zum Grundbuch ein deutlich geringerer Rechtsschein der Gesellschafterliste beizumessen.

d) Der Senat teilt im Ergebnis die Auffassung des OLG Hamburg.

aa) Gemäß § 161 Abs. 3 BGB sind zum Schutz des Zwischenerwerbers die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb entsprechend anwendbar. Denn ein Erwerb von einem (noch) Berechtigten ist erst recht schutzwürdig, wenn der Erwerber das Recht kraft guten Glaubens auch von einem Nichtberechtigten hätte erwerben können, sofern er nur hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht gutgläubig war (*Palandt/Ellenberger*, 70. Aufl., § 161 Rdnr. 3). Ob ein Gutgläubenserwerb eines Zweiterwerbers bei aufschiebend oder auflösend bedingter Übertragung grundsätzlich möglich ist, bestimmt sich jedoch nicht allein nach § 161 Abs. 3 BGB, sondern vorrangig nach denjenigen Vorschriften, die einen Gutgläubenschutz für den jeweiligen Verfügungsgegenstand überhaupt vorsehen. So gelten bei Verfügungen über Grundstücke die §§ 892, 893 entsprechend, bei Verfügungen über bewegliche Sachen z. B. die §§ 932, 936, 1032, 1207 BGB, während es bei Forderungen und Rechten des § 413 BGB grundsätzlich keinen Schutz des guten Glaubens gibt. Dies deshalb, da Forderungen und Rechte des § 413 BGB grundsätzlich keinen Rechtsscheinsträger aufweisen. Nur dann, wenn gesetzliche Regelungen einen solchen vorsehen (z. B. §§ 892, 893 BGB im Hinblick auf das Grundbuch bzw. § 15 HGB auf das Handelsregister), wird ein guter Glaube in dem von den gesetzlichen Vorschriften gezogenen Rahmen geschützt. Maßgebend für die Frage, ob § 161 Abs. 3 BGB sich auch auf den Gutgläubenserwerb bei aufschiebend bzw. auflösend bedingter Übertragung erstreckt, sind daher Inhalt und Umfang der im Rahmen des MoMiG neu eingeführten Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG.

bb) Regelungszweck der Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG war nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38) die grundsätzliche Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen. In der Vergangenheit bestand nämlich das Risiko, dass ein Erwerber keine sichere Kenntnis davon haben konnte, dass der Veräußerer tatsächlich Gesellschafter ist. Um dieses Risiko zu minimieren, hatte der Erwerber in der Vergangenheit u. a. die Möglichkeit, vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde zu verlangen. Dabei ist aber fraglich, ob eine solche lückenlose Vorlage überhaupt gelingt, zudem ist sie nur mit hohem Aufwand möglich (vgl. dazu BT-Drucks. 16/6140, S. 38 ff.). Durch die Regelung des § 16 Abs. 3 GmbHG sollte

deshalb mit der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister nicht nur der in der Liste eingetragene Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft legitimiert werden (vgl. § 16 Abs. 1 i. V. m. § 40 GmbHG), sondern auch gegenüber Dritten Vertrauensschutz entstehen. In Anlehnung an § 892 BGB sollte durch die Neuregelung derjenige, der einen Geschäftsanteil erwirbt, darauf vertrauen können, dass die in der Gesellschafterliste bezeichnete Person tatsächlich Gesellschafter ist. Hingegen war kein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste angedacht, da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister lediglich die Funktion einer nur verwahren und eine die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichenden, nicht aber prüfenden Stelle zukommt. Ein solcher Gleichlauf war nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht erforderlich, da sich das gesetzgeberische Ziel (lediglich) darauf beschränkt, die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit der Gründung der Gesellschaft zu ersparen (vgl. dazu BT-Drucks. 16/6140, S. 38). Kern der Neuregelung in § 16 Abs. 3 GmbHG war also lediglich – durch Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister – die Schaffung eines Gutgläubensstatbestandes dahingehend, dass der Erwerber darauf vertrauen kann, dass der Veräußerer tatsächlich Gesellschafter ist. Hierauf bezieht sich auch nur der zur Verhinderung von Missbräuchen in Anlehnung zu § 899 Abs. 2 BGB vorgesehene Widerspruch. Nach Auffassung des Senats ist daher auch nur entsprechend diesem Regelungsumfang eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes, dass ein gläubiger Erwerb von Forderungen und Rechten i. S. d. § 413 BGB nicht möglich ist, durch die Neuregelung in § 16 Abs. 3 GmbHG erfolgt. Der Gesellschafterliste kommt daher eine weitergehende Bedeutung als Rechtsscheinsträger für sonstige Gutgläubenserwerbe nicht zu.

cc) Für die Annahme, dass mit der Neuregelung des § 16 Abs. 3 GmbHG nach dem Willen des Gesetzgebers ein umfassender Gutgläubenserwerb von Geschäftsanteilen eingeführt werden sollte und daher die Vorschrift auch weitere Rechtsscheinstatbestände, insbesondere der eines gutgläubigen Zweiterwerbs, erfassen soll, ergeben sich keine Hinweise aus den Gesetzesmaterialien. Im Gegenteil: Nicht geschützt ist weiterhin nämlich der gute Glaube an die Existenz des Geschäftsanteils (so ausdrücklich BT-Drucks. 16/6140, S. 39), an die Lastenfreiheit des Geschäftsanteils (herrschende Auffassung im Schrifttum: *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 791; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565 f.; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418; *Götze/Bressler*, ZIP 2207, 894, 897; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rdnr. 26 und 28; a. A. soweit erkennbar nur *Reymann*, WM 2008, 2095, 2101) wie auch nicht „mangels Eintragungsfähigkeit“ der gute Glaube an das Bestehen oder Nichtbestehen von beschränkt dinglichen Rechten (*Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, a. a. O., § 16 Rdnr. 26 und 39).

Im Hinblick darauf, dass ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen und Rechten i. S. d. § 413 BGB grundsätzlich nicht möglich ist und daher ein gutgläubiger Zweiterwerb eines Geschäftsanteils eine Durchbrechung dieses allgemeinen Grundsatzes darstellt, wäre es nach Auffassung des Senats naheliegend gewesen, dass der Gesetzgeber eine solche umfassend angedachte Erweiterung des Gutgläubenserwerbs bei Forderungen und Rechten des § 413 BGB bezüglich eines gutgläubigen Zweiterwerbs von Geschäftsanteilen auf der Grundlage der Gesellschafterliste als Rechtsscheinsträger in besonderem Maße herausgestellt hätte. Dies ist jedoch nicht erfolgt. Im Gegenteil: Die Ausführungen im Rahmen der Gesetzesbe-

gründung zeigen gerade auf, dass eine vollständige Übernahme der Vorschriften zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitskontrolle der Liste gerade nicht gewollt ist; § 16 Abs. 3 GmbHG lehnt sich demgemäß auch nur teilweise an § 892 BGB an (so ausdrücklich BT-Drucks. 16/6140, S. 38). Zudem findet sich im Rahmen des § 16 Abs. 3 GmbHG eine den gutgläubigen Zweiterwerb verhindernde Regelung, vergleichbar der Vormerkung i. S. d. § 885 BGB für das Grundbuch, gerade nicht. Die Aufnahme einer dieser Vorschrift entsprechenden Regelung wäre aber, sofern die Eintragung in die Gesellschafterliste auch einen gutgläubigen Zweiterwerb erfassen sollte, naheliegender gewesen, zumal auch zum Zwecke der Zerstörung der Gutgläubenswirkung hinsichtlich der Richtigkeit der Gesellschafterliste in Bezug auf die Inhaberschaft des Geschäftsanteils die für das Grundbuch entsprechende Regelung (Widerspruch i. S. d. § 894 i. V. m. § 899 Abs. 1 und 2 BGB) in modifizierter Form in § 16 Abs. 3 GmbHG ihren Niederschlag gefunden hat.

dd) Da demnach der Regelungsumfang des § 16 Abs. 3 GmbHG gerade nicht den Schutz guten Glaubens Dritter an eine uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit des Gesellschafters über seinen Geschäftsanteil mit umfasst, sondern sich dieser lediglich auf den Schutz des guten Glaubens an die Inhaberschaft des Veräußerers hinsichtlich des Geschäftsanteils beschränkt, ist folglich ein gutgläubiger Zweiterwerb bei aufschiebend bedingter Veräußerung gemäß § 161 Abs. 3 BGB nicht möglich. Es verbleibt daher bei den Rechtswirkungen des § 161 Abs. 1 und 2 BGB: Die weitere Verfügung des Veräußerers zugunsten eines Zweiterwerbers ist im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde; der Ersterwerber wird bei Bedingungseintritt Inhaber der Beteiligung, und zwar selbst dann, wenn der Zweiterwerber mittlerweile als Inhaber des betreffenden Anteils in die beim Handelsregister aufgenommene Liste eingetragen wurde (Weigl, MittBayNot 2009, 116, 117). (...)

Anmerkung:

Seit der Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG ist der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen erstmals möglich. Bis dahin waren Geschäftsanteile als Rechte i. S. v. § 413 BGB einem gutgläubigen Erwerb nicht zugänglich, da es bereits an der dafür erforderlichen Grundvoraussetzung, einem zuverlässigen Rechtsscheinsträger, gefehlt hat.¹ Nunmehr wertet die Verantwortlichkeit des Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG die Gesellschafterliste zu einem aussagekräftigen Rechtsscheinsträger auf,² an den der gutgläubige Erwerb anknüpfen kann.³ Demgemäß bestimmt § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, dass der Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben kann, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Der gutgläubige Erwerb ist jedoch gemäß § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen

ist. § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG eröffnet schließlich die Möglichkeit, einen falschen Rechtsschein zu zerstören, da die Publizitätswirkung bei Zuordnung eines Widerspruchs zur Liste entfällt.

1. Hintergrund der Entscheidung

In Rechtsprechung und Literatur ist bislang nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang § 16 Abs. 3 GmbHG einen gutgläubigen Erwerb ermöglicht. Derzeit ist unstreitig, dass sich der gute Glaube auf die Anteilsinhaberschaft des eingetragenen Gesellschafters bezieht, jedoch weder auf die Existenz des Geschäftsanteils noch auf dessen Lastenfreiheit oder die Freiheit von möglichen Vinkulierungen.⁴ Umstritten ist dagegen, ob der gute Glaube an die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis des Anteilsinhabers geschützt ist.⁵ Relevant wird diese Frage insbesondere bei Geschäftsanteilsabtretungen, die in der notariellen Praxis regelmäßig zum Schutz des Verkäufers unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung erfolgen.⁶ Für den Schutz des Ersterwerbers sorgt in dieser Konstellation die Vorschrift des § 161 Abs. 1 BGB, die die Verfügungsbefugnis des Veräußerers einschränkt.⁷ Tritt der Veräußerer vor Bedingungseintritt den Geschäftsanteil an einen Zweiterwerber ab, so wurde bis zum Inkrafttreten des MoMiG die weitere Verfügung des Veräußerers gemäß § 161 Abs. 1 BGB mit Kaufpreiszahlung unwirksam.⁸ Da § 161 Abs. 3 BGB die Gutgläubensvorschriften für anwendbar erklärt, stellt sich seit Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen die Frage, ob ein gutgläubiger Zweiterwerb gemäß §§ 161 Abs. 3 BGB, 16 Abs. 3 GmbHG möglich ist.⁹ Dies setzt voraus, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis von §§ 161 Abs. 3 BGB, 16 Abs. 3 GmbHG umfasst ist.

2. Notwendige Verknüpfung von Publizität und Reichweite des gutgläubigen Erwerbs

Hierzu sind folgende allgemeine Überlegungen anzustellen: Die Reichweite des gutgläubigen Erwerbs ist grundsätzlich von der Reichweite des gesetzten Rechtsscheins abhängig. Rechtsscheinsträger ist die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste.¹⁰ Zunächst ist daher zu klären, ob sich dieser hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Anteilsinhabers ein Rechtsschein entnehmen lässt.¹¹ Mit anderen

¹ OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326, 327 (in diesem Heft).

² Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 1; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 40 Rdnr. 2 ff.; Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 437.

³ Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rdnr. 2 ff.; Mayer, ZIP 2009, 1037 f.

⁴ OLG München, MittBayNot 2011, 326, 327 (in diesem Heft), und MittBayNot 2010, 68; Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Kapitel Rdnr. 1005 f.; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 16 Rdnr. 26; Herrler, ZIP 2011, 615.

⁵ Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 16 Rdnr. 29.

⁶ Reymann, GmbHR 2009, 343.

⁷ Vgl. auch Reymann, GmbHR 2009, 343, 345 m. w. N.

⁸ Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 63; Reymann, GmbHR 2009, 343; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1049; LG Köln, MittBayNot 2010, 70, 71.

⁹ Vgl. Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Kapitel Rdnr. 1007 f.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 63; Reymann, GmbHR 2009, 343; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1049; Wälzholz, MittBayNot 2010, 72 m. w. N.

¹⁰ Herrler, ZIP 2011, 615. Ob die Gesellschafterliste selbst oder der fehlende Widerspruch als Rechtsscheinsträger fungieren kann, diskutiert Reymann, GmbHR 2009, 343, 345 ff., kommt jedoch zum Ergebnis, dass weder das eine noch das andere tauglicher Rechtsscheinsträger sein kann. Überwiegend wird – ohne nähere Diskussion – allgemein davon ausgegangen, dass die Gesellschafterliste selbst Rechtsscheinsträger ist (z. B. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 63).

¹¹ Vgl. Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Kapitel Rdnr. 1017.

Worten: Der Zweiterwerber kann einen Gesellschaftsanteil nur dann gutgläubig erwerben, wenn die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis des Veräußerers vom Rechtsschein der Gesellschafterliste umfasst ist. Denn nur dann ist das Vertrauen des Zweiterwerbers auf den Inhalt des Rechtsscheinträgers schutzwürdig. Ist die Verfügungsbefugnis vom Rechtsschein umfasst, muss es konsequenterweise möglich sein, Einschränkungen der Verfügungsbefugnis des Anteilshabers beim Rechtsscheinträger zu vermerken und den Rechtsschein somit zu zerstören,¹² um den Interessen des Ersterwerbers hinreichend Rechnung zu tragen.¹³ Der Ersterwerber soll seine Rechtsposition nur verlieren, wenn er vorhandene Möglichkeiten unterlässt, die eingeschränkte Verfügungsbefugnis des Veräußerers zu verlautbaren.¹⁴ Wenn die Verfügungsbefugnis dagegen nicht vom Rechtsschein umfasst ist bzw. die Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen zum Schutz des Ersterwerbers abgelehnt wird, ist konsequenterweise auch der gutgläubige Erwerb durch den Zweiterwerber zu verneinen. Insoweit besteht zwischen den Vertretern der widerstreitenden Meinungen Einigkeit.¹⁵

Folglich räumen die Befürworter des gutgläubigen Erwerbs dem Ersterwerber die Möglichkeit ein, sich durch Vermerk in der Gesellschafterliste selbst (Zwei-Listen-Modell) oder durch Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste zu schützen,¹⁶ während die Verfechter des gutgläubigen Erwerbs einen derartigen Schutz des Ersterwerbers für nicht notwendig erachten und demzufolge überwiegend auch als unzulässig ansehen¹⁷ bzw. umgekehrt den gutgläubigen Erwerb mangels vorhandener Schutzmöglichkeiten für den Ersterwerber ablehnen.¹⁸

3. Streitstand

Das OLG München hat mit seiner aktuellen Entscheidung nunmehr klargestellt, dass die Gesellschafterliste im Vergleich zum Grundbuch über einen sehr begrenzten Rechtsschein verfügt, der insbesondere nicht die Verfügungsbefugnis des Gesellschafters umfassen soll. Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers gemäß § 161 Abs. 1 BGB könnten daher nicht in Form eines Widerspruchs verlaubar werden.¹⁹ Ein Widerspruch komme nur bei Unrichtigkeit der Liste in Betracht; die Liste werde aber erst bei Bedingungseintritt unrichtig. § 16 Abs. 3 GmbHG sehe keine mit einer Vormerkung i. S. v. § 885 BGB vergleichbare Möglichkeit vor, um die Gutgläubenswirkung zum Schutz des Ersterwerbers zu zerstören.²⁰

¹² Mayer, ZIP 2009, 1037, 1050; Herrler, ZIP 2011, 615, 616.

¹³ Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Kapitel Rdnr. 1017; Herrler, BB 2009, 2274 ff.

¹⁴ Herrler, ZIP 2011, 615 f.

¹⁵ Herrler, ZIP 2011, 615 f.

¹⁶ Herrler, BB 2009, 2272, 2274 m. w. N.; Wälzholz, MittBayNot 2010, 69, 71, 72; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rdnr. 63, 70 ff.; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 247, 257 ff.; LG Köln, MittBayNot 2010, 70 f.

¹⁷ OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326 (in diesem Heft) m. w. N.; Mayer, ZIP 2009, 1037, 1050 f.

¹⁸ Herrler, BB 2009, 2272 ff. m. w. N.; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rdnr. 29.

¹⁹ OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326, 327 f. (in diesem Heft). Das OLG München hat bereits mit Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09, MittBayNot 2010, 68 das Zwei-Listenmodell verworfen. Es stützt sich hierbei hauptsächlich auf § 40 GmbHG, wonach eine geänderte Liste erst nach Wirksamwerden einer Veränderung einzureichen sei.

²⁰ OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326, 328 (in diesem Heft).

Auch die Literatur hat sich teilweise dieser Auffassung angeschlossen.²¹

Die Vertreter der Gegenansicht berufen sich auf den Gesetzeszweck von § 16 Abs. 3 GmbHG, wonach den Beteiligten einer due diligence die Prüfung von Abtretungsketten seit Gründung erspart werden soll.²² Verfügungsbeschränkungen i. S. v. § 161 Abs. 1 BGB seien im Handelsregister vermerkbar, so dass ein gutgläubiger Erwerb hinsichtlich der fehlenden Verfügungsbefugnis möglich sei.²³

4. Folgen für die Praxis

Im Ergebnis erteilt das OLG München dem gutgläubigen Erwerb in der Konstellation der eingeschränkten Verfügungsbefugnis des Veräußerers gemäß § 161 Abs. 1 BGB eine klare Absage. Nachdem es bereits mit einer vorgehenden Entscheidung das Zwei-Listen-Modell verworfen hat,²⁴ erklärt es nunmehr konsequenterweise²⁵ auch den Widerspruch bei aufschiebend bedingten Abtretungen für nicht notwendig und daher unzulässig. In der notariellen Praxis wird sich daher – jedenfalls bis zu einer entsprechenden Entscheidung des BGH – im Bereich des OLG München weder die Widerspruchslösung noch die Zwei-Listen-Modell-Lösung praktizieren lassen.

Dem sehr vorsichtigen Vertragsgestalter stehen jedoch alternative Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung, die keinen Vollzug durch das Registergericht bedürfen. Mayer schlägt als praktikable und kostenneutrale Lösung vor, eine Vereinbarung in den aufschiebend bedingten Abtretungsvertrag aufzunehmen, wonach der Bedingungseintritt auf vertragswidrige Zweitverfügungen des Veräußerers vorverlagert wird.²⁶ Im Übrigen sei noch auf den Gestaltungsvorschlag von Wälzholz hingewiesen, Geschäftsanteile mit sofortiger dinglicher Wirkung abzutreten und anschließend an den Veräußerer zur Sicherung der Kaufpreiszahlung rückzuverpfänden²⁷ sowie auf die mit Mehrkosten verbundene Empfehlung von Reymann, ein Abtretungsverbot in die Satzung aufzunehmen und mit einer Alternativbedingung im Abtretungsvertrag zu flankieren.²⁸ Da das OLG München den gutgläubigen Zweit-

²¹ Mayer, ZIP 2009, 1037, 1050; weitere Nachweise bei Herrler, ZIP 2011, 615, 616.

²² Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., § 16 Rdnr. 49.

²³ Wälzholz, MittBayNot 2010, 69, 72; so auch LG Köln, MittBayNot 2010, 70 ff.; Insbesondere ergebe sich dies aus einem Erstrecht-Schluss: Wenn schon ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten möglich ist, muss erst recht ein gutgläubiger Erwerb vom Noch-Berechtigten möglich sein, vgl. Nachweise bei Herrler, ZIP 2011, 615, 616.

²⁴ OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09, MittBayNot 2010, 68.

²⁵ Herrler, ZIP 2011, 615.

²⁶ Mayer, ZIP 2009, 1037, 1051 mit Formulierungsvorschlag.

²⁷ Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 436; vgl. auch Weigl, MittBayNot 2009, 116, 120; Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Kapitel Rdnr. 1012 f. m. w. N.

²⁸ Reymann schlägt vor, ein beschränkt gegenständliches Abtretungsverbot gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG in die Satzung aufzunehmen, wonach bedingt gebundene Gesellschafter bis Bedingungseintritt keine wirksame Abtretung vornehmen können. Dies soll durch eine Vereinbarung im dazugehörigen Transaktionsvertrag flankiert werden, wonach die Bedingung bei ganzer oder teilweiser Aufhebung der Vinkulierungsklausel vorzeitig eintritt, vgl. GmbHR 2009, 343, 348, mit Formulierungsvorschlag. Ähnlich auch die von Wälzholz vorgeschlagene Möglichkeit, dem jeweiligen Erwerber zunächst einen 1-Euro-Geschäftsanteil unbedingt abzutreten und anschließend in die Satzung ein Abtretungsverbot gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG (Abtretung bedarf der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter) aufzunehmen. Diese Lösung ist jedoch auch mit Nachteilen verbunden, wie Wälzholz selbst ausführt, vgl. Wälzholz, MittBayNot 2010, 70.

erwerb bei aufschiebend bedingten Anteilsabtretungen jedoch ausdrücklich abgelehnt hat, besteht derzeit wohl keine Pflicht für den Notar, Sicherungsmöglichkeiten für den Ersterwerber zu treffen.²⁹ Letztendlich bleibt nur, die Entscheidung des BGH hierzu abzuwarten.

Notarassessorin *Eliane Schuller*, LL.M.
(University of Sydney), München

²⁹ *Herrler*, ZIP 2011, 615, 617.

15. GmbHG § 19 Abs. 5 (*Offenlegung des Hin- und Herzahlens in Altfällen*)

Hat eine Komplementär-GmbH ihr Stammkapital vor dem Inkrafttreten des MoMiG als Darlehen an die KG ausgereicht, so ist auch in Altfällen die Offenlegung des Hin- und Herzahlens eine der Voraussetzungen für die Erfüllung der Einlagepflicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Koblenz, Urteil vom 17.3.2011, 6 U 879/10

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Zahlung auf die Stammeinlage einer insolventen GmbH.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der ... [A1] Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden: GmbH), die Komplementärin der Bauunternehmung ... [A2] GmbH & Co KG ist (im Folgenden: KG). Beide Gesellschaften wurden durch Gesellschaftsverträge vom 19.7.2001 durch den Vater des Beklagten gegründet. Dieser war Alleingesellschafter der GmbH und alleiniger Kommanditist der KG, in die er ein bisher als Einzelunternehmen geführtes Bauunternehmen einbrachte. Nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH war ihr Unternehmensgegenstand die Beteiligung an der KG als alleinige persönlich haftende Gesellschafterin sowie deren Geschäftsführung. Nach dem Gesellschaftsvertrag der KG stand der GmbH eine garantierte, vom Ergebnis der Gesellschaft unabhängige Gewinnbeteiligung i. H. v. 5.000 € pro Jahr zu.

Das Stammkapital der GmbH i. H. v. 25.000 € war bei der Gründung bezahlt. Am 6.11.2001 überwies die GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, 50.000 DM (25.564,59 €) an die KG. Dieser Zahlungsvorgang wurde bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister nicht angegeben. Der der Stammeinlage der GmbH entsprechende Betrag von 25.000 € wurde in der Folgezeit von der KG nicht zurückgezahlt und war in den nachfolgenden Bilanzen der GmbH Bestandteil der dort ausgewiesenen Forderungen gegen Unternehmen, mit denen ein Teilungsverhältnis besteht.

Mit Wirkung zum 1.1.2002 übertrug der Vater des Beklagten seine Anteile an der GmbH und an der KG auf den Beklagten.

Der Kläger verlangt mit der am 23.4.2010 zugestellten Klage von dem Beklagten die Zahlung auf das Stammkapital der GmbH, begrenzt auf den Betrag von 16.450,97 € nebst Zinsen. Dies ist nach der Berechnung des Klägers der Betrag, der der GmbH für den Zeitraum von 2005 bis 2008 aus der garantierten Gewinnbeteiligung gegenüber der KG zusteht. Der Kläger hat vorgetragen, die GmbH habe der KG den am 6.11.2001 überwiesenen Betrag als Darlehen gewährt. Der Beklagte hält die Klage für unschlüssig und hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das LG ist davon ausgegangen, dass der Kläger nicht einen Anspruch auf Einzahlung der Stammeinlage, sondern auf Zahlung der garantierten Gewinnbeteiligung geltend macht. Diesen Anspruch hat das LG unter dem Gesichtspunkt der §§ 30, 31 GmbHG geprüft und deren Voraussetzungen mit der Begründung verneint, dass es bereits an einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung der GmbH fehle. Wegen des Inhalts der Entscheidung im Einzelnen und der getroffenen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen. Gegen das Urteil wendet sich der Kläger mit der Berufung.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Dem Kläger steht nach §§ 19 Abs. 1, 16 Abs. 3 GmbHG (in der im Jahr 2001 geltenden Fassung, im Folgenden: a. F.) ein Anspruch auf Einzahlung der Stammeinlage in der beantragten H. v. 16.450,97 € zu. Auf die Berufung des Klägers ist deshalb das Urteil des LG abzuändern und der Klage stattzugeben. (...)

2. Der Vater des Beklagten ist durch die Leistung der Stammeinlage anlässlich der Gründung der GmbH nicht nach § 362 Abs. 1 BGB von seiner Einzahlungsverpflichtung nach § 19 Abs. 1 GmbHG a. F. freigestellt. Der Beklagte als Rechtsnachfolger ist deshalb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG a. F. (jetzt: § 16 Abs. 2 GmbHG) zur – nochmaligen – Zahlung der Stammeinlage verpflichtet.

a) Zu Recht hat das LG angenommen, dass nach der bis zum 31.10.2008 geltenden Rechtslage die Einlageverpflichtung des Vaters des Beklagten nicht wirksam getilgt worden ist, weil die eingezahlte Stammeinlage von 25.000 € dem Geschäftsführer der GmbH nicht zu freier Verfügung verblieb, sondern alsbald als Darlehen an die vom Vater des Beklagten beherrschte KG weiterfließen sollte.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine für die Erfüllung der Einlageschuld erforderliche Leistung zu freier Verfügung der Geschäftsführung nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend als Darlehen an den Inferenten oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen zurückfließt (BGHZ 174, 370, Tz. 6 = MittBayNot 2008, 139 m. w. N.). Der Tatbestand einer Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln durch Hin- und Herzahlen setzt eine personelle Identität zwischen dem Inferenten und dem Zahlungsempfänger nicht voraus. Es genügt vielmehr, dass der Inferent durch die Weiterleitung des Einlagebetrages bei wirtschaftlicher Betrachtung mittelbar in gleicher Weise begünstigt wird, wie durch eine unmittelbare Leistung an sich selbst, was insbesondere bei der Leistung an ein von dem Inferenten beherrschtes Unternehmen der Fall ist (BGH, a. a. O., Tz. 7 m. w. N.).

So liegt es auch hier. Der Vater des Beklagten beherrschte die KG dadurch, dass er sowohl Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH als auch Alleinkommanditist der KG war. Er hatte daher Zugriff auf den von der GmbH in Höhe ihres Stammkapitals zur Verfügung gestellten Betrag, wobei die Verbuchung in der Bilanz der GmbH als Forderung gegen die KG zeigt, dass es sich um ein der KG gewährtes Darlehen handelte. Entscheidend ist dies aber für die Begründetheit des Klageanspruchs nicht.

Der Senat geht davon aus, dass der Vater des Beklagten bereits bei der Gründung der Gesellschaft und Leistung der Einlage der Komplementär-GmbH beabsichtigte, diese umgehend der KG zur Verfügung zu stellen. Der sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen der Ein- und Auszahlung begründet die Vermutung, dass dies von den Beteiligten vorher so abgesprochen worden ist (BGHZ 153, 107 Tz. 8). An die Stelle der – sonst erforderlichen – Verwendungsabrede tritt in der Ein-Personen-GmbH ein entsprechendes Vorhaben des Alleingesellschafters (BGHZ 185, 44 Tz. 11 = MittBayNot 2011, 65 m. w. N. betreffend die verdeckte Sacheinlage).

Der sachliche Zusammenhang folgt hier daraus, dass der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand der Komplementär-GmbH die bloße Beteiligung an der KG und deren Geschäftsführung war. Der Vater des Beklagten brachte in die KG ein Bauunternehmen ein, das in der Folgezeit durch die KG wei-

terbetrieben wurde. Ein Finanzierungsbedarf, dessen Befriedigung die Stammeinlage diente, bestand deshalb nicht bei der GmbH, sondern allein bei der KG. Dies war dem Vater des Beklagten bereits bei der Gründung bewusst. Er trug dem Finanzierungsbedarf der KG kurze Zeit später dadurch Rechnung, dass er den dem Stammkapital der GmbH entsprechenden Betrag der KG wie beabsichtigt zur Verfügung stellte und dieser Betrag in der Folgezeit auch nicht zurückgezahlt wurde.

Der erforderliche zeitliche Zusammenhang, der auch noch bei einem Zeitraum von sechs Monaten gegeben sein kann (OLG Köln, Urteil vom 5.7.2007, 18 U 74/06, Tz. 15 m. w. N.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2005, I-16 U 176/05, Tz. 73; Urteil vom 27.2.2009, I-16 U 73/08, Tz. 19 ff. m. w. N.; jew. zit. nach juris), besteht auch bei dem hier gegebenen Zeitabstand von dreieinhalb Monaten zwischen der anlässlich der Gründung am 19.7.2001 erfolgten Einzahlung des Stammkapitals und seiner Auszahlung am 6.11.2001; dies gilt jedenfalls unter Berücksichtigung des hier bestehenden sachlichen Zusammenhangs zwischen der Einzahlung bei der GmbH und der Auszahlung an die allein wirtschaftlich tätige, vom Vater des Beklagten beherrschte KG.

Der Beklagte hat diese Vermutung nicht widerlegt.

b) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist er bzw. sein Vater nicht nach § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG n. F. von der Verpflichtung des Gesellschafters zur Leistung der Einlage befreit worden. Nach dieser durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 eingefügten Bestimmung wird der Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung, wenn vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden ist, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 4 zu beurteilen ist, nur unter der Voraussetzung befreit, dass die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 EGGmbHG gilt § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. auch für Einlagenleistungen, die vor dem 1.11.2008 bewirkt worden sind, soweit sie nach der vor dem 1.11.2008 geltenden Rechtslage wegen der Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr keine Erfüllung der Einlageverpflichtung bewirkt haben.

Es kann dahinstehen, ob der GmbH, wie der Beklagte vorträgt, gegenüber der KG hinsichtlich des am 6.11.2001 überwiesenen Betrags in Höhe der erbrachten Stammeinlage zu diesem Zeitpunkt ein vollwertiger und jederzeit fälliger Rückgewähranspruch bestand. Denn weitere Voraussetzung der Befreiung von der Einlagenverpflichtung ist nach § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n. F., dass eine Leistung oder die Vereinbarung einer Leistung nach Satz 1 in der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nach § 8 GmbHG angegeben wird.

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich nicht nur um eine Ordnungsvorschrift, sondern um eine Voraussetzung für die Erfüllung der Einlagenschuld (BGHZ 180, 38 = DNotZ 2009, 766; BGHZ 182, 103 = MittBayNot 2010, 58; ebenso OLG Nürnberg, Urteil vom 13.10.2010, 12 U 1528/09, Tz. 101).

Demgegenüber wird im Schrifttum verbreitet angenommen, die in § 3 Abs. 4 Satz 1 EGGmbHG angeordnete Anwendbarkeit des neuen Rechts müsse dahin eingeschränkt werden, dass auf eine konstitutive Wirkung des § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG bei „Altfällen“, d. h. Fällen des Hin- und Herzählens

vor dem 1.11.2008, verzichtet werde, weil die Norm anderenfalls bei Altfällen leer liefe (MünchKommGmbHG/Märrens, § 19 Rdnr. 325; Ulmer/Casper, GmbHG Erg.-Band, § 19 Rdnr. 108, jew. m. w. N.).

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Der Wortlaut des § 3 Abs. 4 Satz 1 EGGmbHG, der § 19 Abs. 5 GmbHG – einschließlich seines Satzes 2 – unter bestimmten Voraussetzungen auf Altfälle für anwendbar erklärt, bietet für diese Annahme keine Grundlage.

Auch eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion kommt nicht in Betracht. Sie setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (BGHZ 179, 27 Tz. 22 m. w. N.). Diese Voraussetzung liegt nicht vor. Es lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, dass der Gesetzgeber entgegen dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 4 Satz 1 EGGmbHG, der in Satz 2 auch Ausnahmefälle regelt, die Anwendung des Satzes 2 des § 19 Abs. 5 GmbHG als Wirksamkeitsvoraussetzung auf Altfälle nicht gewollt hat. Hierfür bieten die Gesetzesmaterialien keinen hinreichenden Anhalt. Zwar mag es zutreffen, dass die vom Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen gewollte befreiende Wirkung in Fällen des Hin- und Herzählens in der Praxis weitgehend leer läuft, weil eine Anmeldung solcher Vereinbarungen zum Handelsregister früher nicht üblich war. Daraus folgt jedoch nicht zwingend, dass der Gesetzgeber in Altfällen auf das Erfordernis einer Anmeldung zum Handelsregister – im Gegensatz zu der in „Neufällen“ nach Inkrafttreten des MoMiG geltenden Rechtslage – hat verzichten wollen. Nach der Begründung des Rechtsausschusses (Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drucks. 16/9737, S. 56) ist das Hin- und Herzahlen in der Anmeldung der Gesellschaft offenzulegen, damit der Registerrichter prüfen kann, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung trotzdem gegeben sind. Dieses Erfordernis dient dem Verkehrsschutz. Die Anwendung des Satzes 2 auf Altfälle verschafft damit dem Verkehrsschutz den Vorrang, den er nach dem Willen des Gesetzgebers auch bei „Neufällen“ nach der seit dem 1.11.2008 geltenden Rechtslage haben soll. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Gesellschafter in Altfällen gegenüber der gewollten neuen Rechtslage hat privilegieren wollen. Diese Interessenlage hat auch der BGH bei seinen vorgenannten Entscheidungen im Blick gehabt (vgl. Goette, GWR 2009, 333 unter II 3 b, c).

Unstreitig ist eine Anmeldung des hier streitgegenständlichen Zahlungsvorgangs zum Handelsregister nicht erfolgt. Die Einlagenleistung des Vaters des Beklagten hatte deshalb auch nach § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. keine befreiende Wirkung. (...)

16. GmbHG § 8 Abs. 2, § 19 Abs. 5 (*Bonitätsnachweis bei Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch*)

1. **Im Fall der Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG kann das Registergericht regelmäßig Nachweise für die Angaben zu Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs verlangen.**
2. **Als Bonitätsnachweis kommt die positive Bewertung des Rückgewährschuldners durch eine anerkannte Ratingagentur in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 17.2.2011, 31 Wx 246/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Zur Eintragung in das Handelsregister ist die K. GmbH (Beteiligte zu 1) angemeldet, deren alleinige Gesellschafterin die S. AG (Beteiligte zu 2) ist. Das Stammkapital beträgt 25.000 €. Die Geschäftsführer haben jeweils versichert,

„dass auf die Stammeinlage zu € 25.000 einbarer Geldbetrag zu € 25.000 auf ein Konto der in Gründung befindlichen Gesellschaft einbezahlt wurde und sich der einbezahlte Betrag endgültig zu seiner freien Verfügung befindet und aufgrund eines Vertrages zwischen der Gesellschaft und der S. AG an diese als verzinstes Darlehen zurückgewährt wird. Der Vertrag sieht vor, dass der Rückgewähranspruch der Gesellschaft jederzeit durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden kann. Aufgrund der Vermögensverhältnisse der S. AG ist der Rückgewähranspruch vollwertig. Das Vermögen der Gesellschaft ist – abgesehen von den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Gründungskosten – durch keinerlei Verbindlichkeiten vorbelastet oder gar aufgezehrt.“

Mit Zwischenverfügung vom 24.9.2010 hat das Registergericht beanstandet, dass der Darlehensvertrag im Rahmen des Cashpooling der Anmeldung nicht beigelegt worden sei, ebenso wenig ein Bonitätsnachweis der Muttergesellschaft. Die Beschwerde, die namens der beteiligten Gesellschaft und der Alleingesellschafterin eingelegt ist, wendet dagegen ein, die Vorlage von Unterlagen zur Prüfung der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs könne nur bei begründeten Zweifeln verlangt werden, für die hier kein Anlass bestehe.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Gesellschaft ist zulässig, jedoch nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht die Vorlage des Darlehensvertrages zwischen der Gesellschaft und der Alleingesellschafterin sowie eines Nachweises über die Bonität der Gesellschafterin verlangt.

1. Nach § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG ist es in der Anmeldung nach § 8 anzugeben, wenn vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden ist, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage i. S. v. § 19 Abs. 4 GmbHG zu beurteilen ist. Denn eine derartige Vorgehensweise befreit den Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann (§ 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG). Mit der Offenlegung dieses Sachverhalts in der Anmeldung der Gesellschaft soll die Prüfung durch den Registerrichter ermöglicht werden, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung trotzdem gegeben sind (vgl. BT-Drucks. 16/9737 zu Nr. 17 c a. E.; *Ulmer/Casper*, GmbHG Ergbd. MoMiG, § 19 Rdnr. 108). Die Vorlage von Nachweisen oder Unterlagen hierzu wird im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet.

Die nach dem Willen des Gesetzgebers vorzunehmende Prüfung ist jedoch nur möglich, wenn das Registergericht in die Lage versetzt wird, die vom Geschäftsführer vorgenommene Bewertung nachzuvollziehen, ob der Rückgewähranspruch der Gesellschaft vollwertig und liquide ist (a. A. *Schall*, ZGR 2009, 126, 143). Dazu ist es erforderlich, dass die für die Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs maßgeblichen Angaben nicht nur mitgeteilt, sondern auch belegt werden (vgl. *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 967, 978 a; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl. § 19 Rdnr. 93; *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 431). Entsprechend dem Sinn und Zweck des § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG sind deshalb regelmäßig die schuldrechtlichen Vereinbarungen (z. B. Darlehensvertrag) vorzulegen, auf denen der Rückgewähranspruch beruht, ferner ein Beleg für die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs (vgl. Münch-

KommGmbHG/*Märtens*, § 19 Rdnr. 313; *Heckschen*, DStR 2009, 166, 173).

2. Dem steht nicht entgegen, dass die Vorlage von Nachweisen nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung der Geschäftsführer verlangt werden kann (a. A. *Wicke*, GmbHG § 8 Rdnr. 13). § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG bezieht sich auf die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, wonach die Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und der Gegenstand der Leistung sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Damit wird für den Regelfall die haftungs- und strafbewehrte Versicherung des Geschäftsführers als ausreichend erachtet und im Interesse der Beschleunigung des Eintragsverfahrens auf den Nachweis der Einlageleistung verzichtet (vgl. Münch-KommGmbHG/*Schaub*, § 8 Rdnr. 38). Desgleichen wurde bei der Sachgründung die Prüfung insoweit beschränkt, als eine nicht nur unwesentliche Überbewertung der Sacheinlage in Betracht kommt (§ 9 c Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

Bei der Einführung des § 19 Abs. 5 GmbHG stand jedoch nicht der Gesichtspunkt der Vereinfachung und Beschleunigung des Eintragsverfahrens im Vordergrund. Vielmehr sollte Klarheit geschaffen werden, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Gesellschafter von seiner Einlageverpflichtung befreit sein soll, wenn die geleistete Einlage an ihn zurückfließt, um die aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Cash-Pool-Systeme hervorgerufene Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber auch im Fall der Rückzahlung der Einlage gegen Rückgewähranspruch, bei dem nur unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG Erfüllungswirkung eintritt, im Interesse der Beschleunigung des Eintragsverfahrens die Anforderungen an die mit der Anmeldung vorzulegenden Unterlagen herabsetzen wollte. Die Regelung zum „Hin- und Herzahlen“ war zwar zunächst in § 8 Abs. 2 Satz 2 Reg-E GmbHG vorgesehen und wurde erst auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses aus systematischen Gründen in § 19 Abs. 5 GmbHG verschoben (vgl. BT-Drucks. 16/9737 zu Nr. 9). Die in § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG vorgeschriebene Offenlegung wurde jedoch – ebenso wie das Erfordernis der Liquidität des Rückgewähranspruchs in § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG – überhaupt erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses hinzugefügt, „damit der Registerrichter prüfen kann, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung trotzdem gegeben sind“ (vgl. BT-Drucks. 16/9737 zu Nr. 17 c a. E.).

3. Es kann hier offenbleiben, welche Nachweise im Allgemeinen geeignet sind, zu belegen, dass die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist. Soweit die Gesellschafterin – hier eine international tätige börsennotierte Aktiengesellschaft – über positive Bewertungen durch international anerkannte Ratingagenturen verfügt, kann das als Bonitätsnachweis nicht zurückgewiesen werden. Allerdings genügt es nicht – worauf sich die Beschwerdeführerin bisher beschränkt hat – auf die „aktuellen, öffentlich zugänglichen Ratings“ zu verweisen, denn das Registergericht ist nicht gehalten, sich die benötigten Informationen selbst zu verschaffen. Vielmehr obliegt es der Gesellschaft aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht im Anmeldeverfahren, das Rating, nach dem „kein Zweifel an der Bonität“ der Muttergesellschaft bestehen soll, konkret vorzutragen und zu belegen, was unschwer möglich sein dürfte. (...)

17. GmbHG § 38 (*Eigene Abberufung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers rechtsmissbräuchlich*)

Der Beschluss des alleinigen Gesellschafters einer GmbH über seine eigene Abberufung als alleiniger Geschäftsführer ist regelmäßig rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam, wenn er nicht zugleich einen neuen Geschäftsführer bestellt.

OLG München, Beschluss vom 16.3.2011, 31 Wx 64/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in NZG 2011, 432.

18. BGB §§ 180 Satz 2, 177; GmbHG §§ 35, 47, 53 (*Genehmigung einer vollmachtlosen Beschlussfassung bei Ein-Mann-GmbH*)

Beschließt bei einer Ein-Mann-GmbH ein vollmachtloser Vertreter eine Satzungsänderung, so kann diese durch eine nachfolgende Genehmigung der Erklärungen durch den Alleingesellschafter Wirksamkeit erlangen.

OLG München, Beschluss vom 5.10.2010, 31 Wx 140/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar *Rudolf Spoerer*, München

Die L. GmbH (Beteiligte zu 2) ist alleinige Gesellschafterin der B. GmbH (Beteiligte zu 1). Mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 12.5.2010 wurden Satzungsänderungen bezüglich der Beteiligten zu 1 zur Eintragung angemeldet. Diese Satzungsänderungen wurden im Rahmen einer Gesellschafterversammlung vom 13.4.2010 beschlossen, bei der Frau R. für die Beteiligte zu 2 vorbehaltenlich deren Genehmigung, die mit ihrem Eingang beim Notar allen Beteiligten gegenüber als mitgeteilt gelten und rechtswirksam sein sollte, handelte. Dem Eintragungersuchen war eine notariell beglaubigte Genehmigungserklärung der Beteiligten zu 2 vom 20.4.2010 beigelegt. Darin genehmigte die Beteiligte zu 2, vertreten durch einen ihrer Geschäftsführer gemeinsam mit einer Prokuristin, die von Frau R. beschlossenen Satzungsänderungen.

Mit Schreiben vom 9.5.2010 wies das Registergericht darauf hin, dass die Beschlussfassung durch Frau R. als Vertreterin ohne Vertretungsmacht in entsprechender Anwendung des § 180 BGB nicht der Genehmigung zugänglich sei, da bei Vornahme des Rechtsgeschäfts niemand von Seiten der Gesellschaft zugegen gewesen sei. Die Auffassung anderer Gerichte, die eine Genehmigung als zulässig erachten, werde nicht geteilt. Mit Beschluss vom 30.6.2010 wies das Registergericht die Anmeldung zurück, gegen den die Beteiligte zu 2 Beschwerde einlegte. Die Beschwerdeführerin ist im Kern der Auffassung, dass die Auffassung des AG unzutreffend sei.

Vielmehr sei die vollmachtlose Beschlussfassung der Genehmigung i. S. d. § 180 Satz 2 BGB zugänglich. Auch bestehe eine Praxisnotwendigkeit für die gewählte Verfahrensweise. Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab und legte die Akten dem Senat zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde (§ 382 Abs. 3 i. V. m. § 58 FamFG) ist auch begründet. Das von dem Registergericht erkannte Eintragungshindernis besteht nicht, da die angemeldeten Satzungsänderungen von der Beteiligten zu 2 genehmigt werden konnten und daher Rechtswirksamkeit erlangt haben. § 180 BGB steht der Genehmigung einer vollmachtlosen Beschlussfassung für eine Ein-Mann-GmbH nicht entgegen.

1. Die von dem Registergericht erhobenen Bedenken greifen nicht, da die von den Beteiligten gewählte Verfahrensweise für die Beschlussfassung im Einklang mit § 180 Satz 2 BGB steht.

a) Die zur Eintragung angemeldeten Satzungsänderungen müssen gemäß § 53 Abs. 1 und 2 GmbHG durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der notariell beurkundet werden muss. Eine Vertretung bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung ist dabei grundsätzlich zulässig (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die Beschlussfassung selbst erfolgt durch Stimmabgabe. Diese ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der eine Willensbildung durch Beschluss in den Angelegenheiten der Gesellschaft herbeigeführt werden soll (OLG Frankfurt, GmbHR 2003, 415). Erklärungsempfänger ist dabei nach allgemeiner Auffassung die Gesellschaft, deren Angelegenheiten durch den im Wege der Stimmabgabe herbeigeführten Gesellschafterbeschluss geregelt werden (vgl. BGHZ 52, 316; BayObLG, DB 1989, 374, OLG Frankfurt, DNotZ 2003, 459, 460; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47 Rdnr. 7), und die dabei durch den Versammlungsleiter, die Mitgesellschafter oder die Geschäftsführer vertreten wird (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 47 Rdnr. 2).

b) Dies ist nach herrschender Meinung selbst dann der Fall, wenn der Beschluss durch Abstimmung des Ein-Mann- oder des einzig erschienenen Gesellschafters zustande kommt (*Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rdnr. 7, 55; *Michalski/Römermann*, GmbHG, 2002, § 47 Rdnr. 377; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl., § 47 Rdnr. 87; OLG Frankfurt, GmbHR 2003, 415; *Roth/Altmeyen/Roth*, 6. Aufl. 2009, § 47 Rdnr. 5; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 47 Rdnr. 2; a. A. *Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl., § 47 Rdnr. 23). Demgemäß bestimmt sich die Wirksamkeit der vollmachtlosen Stimmabgabe (auch) bei einer sog. Ein-Mann-GmbH nicht nach § 180 Satz 1, sondern nach § 180 Satz 2 BGB (vgl. auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rdnr. 7). Infolge dessen können auch die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung finden, so dass eine vollmachtlose Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung grundsätzlich nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigungsfähig ist (vgl. OLG Frankfurt a. a. O. für den Fall, dass sich im Nachhinein die Wirksamkeit der Bevollmächtigung als unzutreffend herausgestellt hat; OLG Celle, NZG 2007, 391 für den Fall, dass der beschließende Gesellschafter als Nichtberechtigter gehandelt hat, der Berechtigte selbst aber bei der Beschlussfassung anwesend war und im Nachgang die Erklärungen genehmigte).

c) Der Anwendung des § 180 Satz 2 BGB steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Stimmabgabe von Frau R. für den Erklärungsempfänger (also für die Gesellschaft [= die Beteiligte zu 1]) niemand anwesend war, der mit deren vollmachtlosen Auftreten einverstanden sein konnte. Denn § 180 Satz 2 BGB findet grundsätzlich auch bei Abgabe von Willenserklärungen an Abwesende Anwendung, wobei es als ausreichend erachtet wird, wenn der andere Teil sein Einverständnis unverzüglich i. S. d. § 121 Abs. 1 BGB nach dem Zugang erklärt, wobei dies auch konkludent erfolgen kann (vgl. *Staudinger/Schilken*, 2009, § 180 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Schramm*, 5. Aufl., § 180 Rdnr. 10; *Soergel/Leptien*, 13. Aufl., § 180 Rdnr. 9).

d) Hier ist ein solches Einverständnis durch die Beteiligte zu 2 zusammen mit ihrer Genehmigungserklärung hinsichtlich des vollmachtlosen Handelns der R. (§ 177 Abs. 1 BGB) schlüssig erteilt worden. Bezüglich der Erteilung des Einverständnisses i. S. d. § 180 Satz 2 BGB ist vorliegend nämlich auf die Willensbildung der Beteiligten zu 2, und nicht auf die der Beteiligten zu 1, abzustellen, da Gegenstand des vollmachtlosen Rechtsgeschäfts eine Satzungsänderung für die Gesellschaft (= Beteiligte zu 1) war und die Berechtigung hierfür nicht die Beteiligte zu 1, sondern die Beteiligte zu 2 als deren Alleingesellschafterin inne hat.

19. GmbHG § 40 Abs. 2 (*Inhalt der Notarbescheinigung*)

Bei Einreichung der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG muss die Notarbescheinigung nicht wortgenau, aber ihrem Sinngehalt nach dem Gesetzestext des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.4.2011, 8 W 120/11; eingeklagt von Notar *Arnold Voran*, Memmingen

Der Beteiligte Ziffer 2 reichte am 20.10.2010 zum Handelsregister des AG – Registergericht – eine notarbescheinigte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister ein.

Die Notarbescheinigung hat folgenden Wortlaut:

„Die vorstehende Gesellschafterliste enthält mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B. I. meiner Urkunde vom 29.7.2010, URNr. ... , die Veränderungen, die sich aufgrund meiner vorgenannten Urkunde nach Vollzug der dort in Abschnitt B. II. beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister ergeben und stimmt ansonsten mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 20.12.2004 überein.“

Am 25.10.2010 beanstandete die Rechtspflegerin:

„Die eingereichte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG kann aus folgenden Gründen nicht anerkannt werden:

- Die übrigen Eintragungen stimmen nicht mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste überein. Die zuletzt im Handelsregister aufgenommene Liste datiert vom 22.12.2004.
- Die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hat lediglich den Gesetzestext zu enthalten.

Hinweis: Die Anmeldung vom 29.7.2010 – URNr. ... – wurde in Ziffer I. zurückgenommen.

Die Gesellschafterliste ist nach Berichtigung erneut elektronisch einzureichen ...“

Der Notar reichte die aufgrund der Feststellung vom 26.11.2010 zu seiner Urkunde vom 20.10.2010, URNr. ..., korrigierte notarbescheinigte Gesellschafterliste ein, wonach nunmehr die Übereinstimmung mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 22.12.2004 bescheinigt wurde.

Zur zweiten Beanstandung wies er mit Schreiben vom 3.12.2010 darauf hin, dass § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG einen bestimmten Wortlaut der Bescheinigung nicht vorschreibe. Im Einzelnen wird auf den Inhalt der Stellungnahme und das dortige Zitat (*Link*, RNotZ 2009, 193, 206) verwiesen.

Hierauf hat das Registergericht mit Beschluss vom 16.3.2011 die Liste der Gesellschafter vom 20.10.2010 unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 25.10.2010 zurückgewiesen. Gegen die am 18.3.2011 zugestellte Entscheidung hat der Notar namens und in Vollmacht der Beteiligten Ziffer 1 Beschwerde eingelegt, auf deren Begründung verwiesen wird. Die Rechtspflegerin hat – ohne Auseinandersetzung mit dem Beschwerdevorbringen – nicht abgeholfen und die Akten dem OLG zur Entscheidung vorgelegt unter erneuter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 25.10.2010 mit dem Zusatz, dass insbesondere die übrigen Eintragungen nicht mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.

Aus den Gründen:

Auf die befristete Beschwerde der Beschwerdeführerin wird der Beschluss des AG – Registergericht – aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Behandlung der zur Aufnahme in das Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste vom 20.10.2010 (URNr. ...) nebst Feststellung zu dieser Urkunde vom 26.11.2010 – unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Senats – an das AG zurückverwiesen.

Die befristete Beschwerde ist statthaft (§§ 374 Nr. 1, 382 Abs. 3, 58 Abs. 1 FamFG) und wurde form- und fristgerecht gemäß §§ 58 ff. FamFG erhoben. Die Beschwerdeberechtigung der beteiligten Gesellschaft, in deren Namen und mit

deren Vollmacht der Notar das Rechtsmittel eingelegt hat, ergibt sich aus § 59 Abs. 1 FamFG.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Durch die Richtigstellung des Datums der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste auf den 22.12.2004 und die elektronische Einreichung der berichtigten notarbescheinigten Gesellschafterliste hat der Notar die Beanstandung der Nichtübereinstimmung der übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste ausgeräumt. Dem Verlangen der Rechtspflegerin, dass die Bescheinigung des Notars genau dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechen muss, kann nicht gefolgt werden.

Der Notar ist nicht gezwungen, die sich aus der Vorschrift ergebende Formulierung für die mit der Einreichung der Gesellschafterliste verbundene Bescheinigung zu verwenden. Der von ihm gewählte Wortlaut muss nur denselben Inhalt haben, d. h. es muss sich aus der Bescheinigung ebenso eindeutig wie aus dem Gesetzestext ergeben, dass die Eintragungen in der Gesellschafterliste – außer den vom Notar bescheinigten Veränderungen – mit dem Inhalt der sich aus dem Handelsregister ergebenden letzten Eintragung übereinstimmen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.7.2010, 8 W 176/10).

Zwar sind nach *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1103 – unter Bezugnahme auf OLG München, GmbHR 2009, 825 – über den Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hinausgehende oder diesen einschränkende Zusätze zu unterlassen.

Diese Aussage kann aber der vorgenannten Entscheidung so nicht entnommen werden. Vielmehr hatte das OLG München die folgende Bescheinigung beanstandet:

„Als Urkundsperson habe ich an einer Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt; bei Beurkundung dieser Veränderung wurde die hier im Anschluss an die gegenwärtige Bescheinigung in Kopie beigefügte Gesellschafterliste zugrunde gelegt, bei der es sich nach Angabe der Beteiligten um die zuletzt im Handelsregister aufgenommene Liste handelt. Hiermit bescheinige ich, dass die in vorstehender Liste vorgenommenen Abweichungen den Veränderungen entsprechen, an denen ich als Urkundsperson mitgewirkt habe und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der anliegenden Liste übereinstimmen. Diese Bescheinigung ist nach Aktenlage erstellt; weder für die vorstehende noch für die nachstehende Liste ist deren sachliche Richtigkeit Gegenstand meiner Bescheinigung.“

Das OLG München hat festgestellt, dass diese Bescheinigung nicht den Vorgaben des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entspricht. Entgegen der Auffassung des Notars sei diese auch zu erteilen, wenn die „alte“ Gesellschafterliste vor Inkrafttreten des MoMiG erstellt und eingereicht worden sei. Denn ohne Belang sei, dass zuvor an die Gesellschafterliste geringere Anforderungen gestellt worden seien. Die Prüfungspflicht des Notars sei begrenzt. Im Übrigen könne er Einsicht in die Registerakten nehmen, wenn er die elektronisch abrufbare Gesellschafterliste als nicht hinreichend verlässlich betrachte.

Die vom Registergericht vorliegend beanstandete Einschränkung: „... mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B. I. meiner Urkunde vom 29.7.2010, URNr. ..., ...“, weil die Anmeldung vom 29.7.2010 – URNr. ... – in Ziffer I. zurückgenommen worden sei, ist mit den vom OLG München zu beurteilenden Einschränkungen nicht zu vergleichen.

Zu Recht weist der Notar darauf hin, dass ohne diesen Zusatz sich für den Leser der Bescheinigung der unrichtige Eindruck ergebe, auch dieser Teil der Urkunde sei wirksam geworden.

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, 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 wirksam sind. Legitimations- und Rechtsscheinsgrundlage ist dementsprechend nur die in das Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste und nicht die Notarbescheinigung (OLG Jena, DNotZ 2011, 65, m. w. N.).

Nachdem aber die Bescheinigung selbst kein Rechtsscheinsträger ist (vgl. hierzu auch OLG Stuttgart, MDR 2009, 1313; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl. 2010, § 40 GmbHG Rdnr. 65; je m. w. N.), muss dem Notar zugestanden werden, Auslegungszweifel in Bezug auf den Inhalt seiner Bescheinigung zu vermeiden und – wie vorliegend – eine entsprechende Einschränkung aufzunehmen, ohne die von § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vom Notar verlangte Bescheinigung, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen, in ihrem Sinngehalt irgendwie zu verändern.

Dies ist aber durch die Bescheinigung des Notars vom 20.10.2010 berücksichtigt worden. Sie entspricht deshalb in vollem Umfang den Anforderungen der genannten Vorschrift.

(...)

20. AktG § 84; BGB § 134 (*Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses außerhalb der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG*)

§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG enthält ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB. Ein Beschluss eines Aufsichtsrates über die Verlängerung der Bestellung eines Vorstandsmitglieds, der außerhalb der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG gefasst wird, beinhaltet eine unzulässige Umgehung dieses Verbots. Aus dem deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) ergibt sich nichts Entgegenstehendes.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 3.2.2011, 4 U 76/10 (n. kr.)

Die beklagte Aktiengesellschaft ist ein mittelständisches Bauunternehmen mit mehreren Niederlassungen und Schwestergesellschaften in Deutschland und im Ausland. Ihre Anteile sind so verteilt, dass 90 % der Aktien bei einer offenen Handelsgesellschaft liegen, deren alleinige Gesellschafter mit jeweils gleicher Beteiligung die Brüder E. und B. H. sind. Weitere 5 % der Aktien liegen in den Händen der I. H., der Ehefrau von E. H., die restlichen 5 % der Anteile bei den Kindern des B. H. (C. B. und S. H.). Zwischen den Familienstämmen des B. und des E. H. bestehen seit längerem erhebliche Spannungen, wie dem Senat u. a. aus dem Verfahren 4 U 196/09 bekannt ist.

Der Aufsichtsrat der Beklagten besteht aus sechs Mitgliedern. In den Jahren 2005 und 2006 bestellte der Aufsichtsrat A. K. und G. B. (Ehemann der Aktionärin C. B.) für fünf Jahre zu Mitgliedern des Vorstandes. Durch Beschlüsse vom 6.7.2007 wurden die Bestellungen der beiden Vorstandsmitglieder einvernehmlich aufgehoben; der Aufsichtsrat bestellte zugleich beide für die Dauer von fünf Jahren erneut zu Mitgliedern des Vorstandes. In derselben Aufsichtsratssitzung legte das weitere Mitglied des Vorstandes J. sein Amt nieder und übernahm mit Arbeitsvertrag vom selben Tag eine Tätigkeit für die Beklagte in A. D. Die Vorstandsmitglieder B. und K. übernahmen im Folgenden die Tätigkeitsbereiche des ausgeschiedenen Vorstandsmitglieds J. Am 7.7.2007 wählte die Hauptversammlung der Beklagten einen neuen Aufsichtsrat. Dieser stimmte am 26.10.2009 über die Abberufung der Vorstandsmitglieder K. und B. ab. Bei dieser Abstimmung kam es in dem sechsköpfigen Aufsichtsrat zu einer Patt-situation. Gleichwohl stellte der damalige Vorsitzende des Aufsichts-

rates als Ergebnis der Abstimmung fest, dass die Abberufung der Vorstände beschlossen sei. Die Vorstände K. und B. haben deshalb zunächst in dem Verfahren ... (LG Frankenthal) beantragt, der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, den Widerruf ihrer Bestellung festzustellen oder zu vollziehen. Durch Urteil vom 1.12.2009 hat das LG auf den Widerspruch der Beklagten eine von ihm am 6.11.2009 entsprechend den Anträgen der Vorstände erlassene einstweilige Verfügung bestätigt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist durch Beschluss des Senats vom 23.6.2010, 4 U 196/09, MDR 2010, 1406 als unzulässig verworfen worden. In dem Hauptsacheverfahren (1 HKO 50/09, LG Frankenthal/Pfalz) hat das LG durch Urteil vom 11.5.2010 festgestellt, dass der in der Aufsichtsratssitzung vom 26.10.2009 ergangene Beschluss nicht wirksam ist. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat der Senat durch Beschluss vom 4.1.2011 (4 U 94/10) als unzulässig verworfen.

Der Kläger ist seit 21.8.2008 Mitglied des Aufsichtsrats. Er wurde von dem Familienstamm E. H. vorgeschlagen.

Er begehrt mit seiner im Juli 2009 beim LG eingegangenen Klage die Feststellung, dass die am 6.7.2007 gefassten Beschlüsse des Aufsichtsrats über die einvernehmliche Aufhebung der Organstellung und Neubestellung der Vorstandsmitglieder K. und B. nichtig sind.

Durch das angefochtene Urteil (veröffentlicht in BB 2010, 1626), auf welches zur Ergänzung der Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat die 2. Kammer für Handelssachen des LG Frankenthal (Pfalz) die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen.

Mit seiner Berufung bekämpft der Kläger das Urteil in vollem Umfang. Er rügt die Rechtsauffassung und die Beweiswürdigung des LG. Zur Begründung wiederholt und vertieft er im Wesentlichen seinen erstinstanzlichen Vortrag.

Er beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und festzustellen,

a) dass der Beschluss des Aufsichtsrats der Beklagten vom 6.7.2007 über die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung des Herrn A. K. zum Vorstand der Beklagten mit sofortiger Wirkung unter gleichzeitiger Wiederbestellung zum Vorstand der Beklagten mit einer Amtszeit vom 7.7.2007 bis zum 6.7.2010 (AR-Nr. 14/2007) nichtig ist.

b) dass der Beschluss des Aufsichtsrats der Beklagten vom 6.7.2007 über die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung des Herrn G. B. zum Vorstand der Beklagten mit sofortiger Wirkung unter gleichzeitiger Wiederbestellung zum Vorstand der Beklagten mit einer Amtszeit vom 7.7.2007 bis zum 6.7.2012 (AR-Nr. 12/2007) nichtig ist.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers führt zum Erfolg. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 6.7.2007 über die einvernehmliche Aufhebung der Bestellung der Vorstandsmitglieder K. und B. bei gleichzeitiger Neubestellung als Vorstände für fünf Jahre sind wegen Umgehung des Verbots in § 84 Abs. 1 AktG gemäß § 134 BGB nichtig.

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

1. Die Feststellungsklage des Klägers als Mitglied des Aufsichtsrates der Beklagten ist zulässig.

Eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses des Aufsichtsrates ist möglich. § 241 AktG findet insoweit keine Anwendung. Die Klage ist gegen die Gesellschaft und nicht gegen den Aufsichtsrat zu richten (BGH, Urteil vom 17.5.1993, II ZR 89/92 m. w. N. und vom 25.2.1982, II ZR 102, 81 m. w. N.). Das Feststellungsinteresse des Aufsichtsratsmitglieds folgt aus seiner Organstellung und der sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der von den Aufsichtsräten gefassten Beschlüsse. Den einzelnen Aufsichtsrat trifft nicht nur das Recht – und die Pflicht – die ihm im Rahmen seiner Organtätigkeit zugewiesenen Aufgaben in Übereinstimmung mit den Anforderungen, die Gesetz und Satzung an die Erfüllung stellen, wahrzuneh-

men; aus seiner organschaftlichen Stellung ergibt sich zumindest auch das Recht, darauf hinzuwirken, dass das Organ, dem er angehört, seine Entscheidung nicht in Widerspruch zu Gesetzes- und Satzungsrecht trifft. Kann das Aufsichtsratsmitglied dieses Ziel im Rahmen der Diskussion und Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat nicht erreichen, ist es berechtigt, eine Klärung auf dem Klagewege anzustreben. Deshalb folgt das rechtliche Interesse eines Aufsichtsrates an der Feststellung der Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses aus seiner Stellung als Mitglied des Aufsichtsrats (BGH, Urteil vom 21.4.1997, II ZR 175/95 und vom 25.2.1982, a. a. O.).

Vorliegend handelt es sich allerdings nicht um einen Beschluss, an welchem der Kläger mitgewirkt hat und in welchem er überstimmt wurde, sondern um eine Entscheidung, die der Aufsichtsrat vor der Bestellung des Klägers getroffen hat und für welche er keine Verantwortung trägt. Da der Kläger keine Möglichkeit hatte, auf die Beschlussfassung einzuwirken, hat er insbesondere keine Regressansprüche (§ 117 AktG) wegen seiner Mitwirkung an rechtswidrigem Organhandeln zu befürchten. Auch ist zu beachten, dass ein berechtigtes Interesse daran bestehen kann, dass die Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht von einem zu großen Personenkreis (zeitlich unbeschränkt) geltend gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 17.5.1993, a. a. O.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1371).

Dennoch liegt ein rechtliches Interesse des Klägers vor, dass die Nichtigkeit der streitgegenständlichen Beschlüsse festgestellt wird, die vor seiner Zugehörigkeit zu dem Organ gefasst wurden. Zu den Aufgaben des Aufsichtsrats gehört es, die Gesellschaftsinteressen umfassend wahrzunehmen. Dazu gehört auch, die Nichtigkeit solcher Beschlüsse feststellen zu lassen, die für die Zukunft die Verhältnisse der Gesellschaft prägen. Ebenso wie der neu in den Aufsichtsrat eingetretene Kläger bei Nichtigkeit zuvor gefasster Beschlüsse im Aufsichtsrat darauf hätte hinwirken können, dass diese neu in gesetzes- und satzungskonformer Weise gefasst werden (vgl. hierzu *Hopt/Roth*, GK-AktG, 4. Aufl., § 108 Rdnr. 71 m. w. N.), muss ihm auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung zugebilligt werden, dass die Nichtigkeit eines die Verhältnisse der Gesellschaft maßgeblich beeinflussenden Beschlusses – wie hier die Zusammensetzung ihres Vorstandes –, der vor seiner Amtszeit gefasst wurde, aber in die Zukunft hinein fortwirkt, festgestellt wird. Denn ihm ist nicht zuzumuten, sich nichtigen Aufsichtsratsbeschlüssen zu unterwerfen, welche negative Auswirkungen für die Gesellschaft haben können (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.).

2. Der geltend gemachte Anspruch auf Nichtigkeitsfeststellung ist auch nicht verwirkt.

Da – wie ausgeführt – §§ 241 ff. AktG nicht anwendbar sind, stellt sich die Frage, ob eine Nichtigkeitsklage unter Verwirkungsgesichtspunkten zu begrenzen ist. Das wird bei minderschweren Fällen, insbesondere solchen, die nicht zu einer Nichtigkeit, sondern nur einer Anfechtbarkeit des gefassten Beschlusses führen, angenommen. Eine dahinlautende Klage muss mit der unter den gegebenen Verhältnissen zumutbaren Beschleunigung geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 17.5.1993, a. a. O.). Das gilt aber nicht ebenso für einen Aufsichtsratsbeschluss, der in der Form seines Zustandekommens oder in seinem Inhalt gegen Gesetz oder Satzung verstößt und deshalb nichtig ist (OLG Düsseldorf, a. a. O.; MünchKommAktG/*Habersack*, 3. Aufl., § 108 Rdnr. 78, 81; *Oetker* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Aufl., vgl. auch BGH, Urteil vom 17.5.1993, a. a. O.). Hier geht es um einen Gesetzesverstoß, nämlich um einen Verstoß gegen § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG.

3. Die vom Aufsichtsrat der Beklagten am 6.7.2007 gefassten Beschlüsse, durch welche im Ergebnis die Bestellungszeit der Vorstandsmitglieder K. und B. vorzeitig verlängert wurde, sind wegen Umgehung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG nichtig. Die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG stellt ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB dar.

Nach dieser Vorschrift können Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft höchstens auf fünf Jahre bestellt werden; eine Verlängerung bedarf eines erneuten Aufsichtsratsbeschlusses, der frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann (§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG). Vorliegend erfolgte die (einvernehmliche) Aufhebung und Neubestellung der erst im Januar 2005 (B.) und April 2006 (K.) bestellten Vorstandsmitglieder am 6.7.2009 deutlich außerhalb der in § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG genannten Jahresfrist vor Ablauf ihrer Amtszeit.

Umstritten ist, ob eine solche Aufhebung der bisherigen Bestellung und die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds außerhalb dieser Jahresfrist rechtlich möglich ist, oder ob ein solcher Beschluss eine unzulässige Umgehung des Sinns und Zwecks der Verbotsnorm des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG darstellt. Teilweise wird eine Zulässigkeit unter Hinweis auf den von der vom Bundesjustizministerium im September 2001 eingesetzten Regierungskommission am 26.2.2002 verabschiedeten deutschen Corporate Governance Kodex (im Folgenden DCGK genannt) bejaht. Nach Ziffer 5.1.2 Abs. 2 des DCGK soll eine Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung bei Vorliegen besonderer Umstände möglich sein (vgl. zum Meinungsstand der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme *Kort*, GK-AktG, § 84 Rdnr. 113 ff.; MünchKommAktG/*Spindler*, 3. Aufl., § 84 Rdnr. 44; *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 84 Rdnr. 7; *Mertens/Cahn*, KK-AktG, 3. Aufl., § 84 Rdnr. 23; *Bastian*, BB 2010, 1628, jew. m. w. N.; *Rasmussen-Bonne*, GWR 2010, 181).

Der Senat ist hierzu der Auffassung, dass es sich bei der in Rede stehenden rechtlichen Gestaltung um eine unzulässige Umgehung des eindeutigen Gesetzeszwecks handelt (ebenso: AG Duisburg, NZI 2008, 621). Der Normzweck des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG über die zeitliche Begrenzung der Bestellung eines Vorstandes einer Aktiengesellschaft besteht darin, dass damit die Personalkompetenz des Aufsichtsrates gesichert werden soll; die Gesellschaft soll die Möglichkeit haben, alle fünf Jahre den Posten eines Vorstandes zu überprüfen und sich ohne Gefahr rechtlicher Auseinandersetzungen oder wirtschaftlicher Zwänge von einem Vorstandsmitglied zu trennen (*Rasmussen-Bonne*, a. a. O.). Bei vorzeitigem Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes sind regelmäßig hohe Abfindungen zur Abgeltung der Restlaufzeit zu bezahlen; dieses Risiko steigt mit zunehmender Bestelldauer (MünchKommAktG/*Spindler*, a. a. O., Rdnr. 35). Die Wiederbestellung eines Vorstandsmitgliedes ist deshalb für den Aufsichtsrat keine bloße Pflichtübung, sondern setzt wie bei der erstmaligen Bestellung eine konkrete Auseinandersetzung u. a. mit der Person des wieder zu Bestellenden, insbesondere, ob er bisher den gestellten Anforderungen gerecht wurde, voraus (*Spindler*, a. a. O., Rdnr. 45). Vom Aufsichtsrat wird eine verantwortliche Beratung über die Weiterbeschäftigung eines Vorstandsmitgliedes gefordert (*Mertens/Cahn*, a. a. O., § 84 Rdnr. 13). Eine verantwortungsbewusste Prüfung in diesem Sinne setzt deshalb einen gewissen Zeitraum voraus, in welchem sich das erneut zu bestellende Vorstandsmitglied bewährt hat. Damit wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn es im Belieben des Aufsichtsrats stünde, vor dem in § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG bestimmten Zeitpunkt über dessen Wiederbestellung zu ent-

scheiden. Auch wäre zu befürchten, dass die Entscheidung nicht mit dem geforderten Ernst getroffen wird (*Kort*, GK, § 84 Rdnr. 114; *Mertens/Cahn*, Rdnr. 23). Mit Recht hat deshalb auch das BAG eine gegen § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG verstoßende Verlängerungsklausel des Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitglieds als wegen Umgehung einer zwingenden Rechtsnorm nach § 134 BGB nichtig erachtet (BAG, Urteil vom 26.8.2009, 5 AZR 522/08). Dahinstehen kann, ob bei langjährig bewährten Vorstandskräften Umstände vorliegen können, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. Im vorliegenden Fall, in dem die Vorstände erst seit einem bzw. zwei Jahren, also relativ kurze Zeit im Amt waren, verbietet sich ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung. Die Verlängerungsbeschlüsse beruhen offenkundig nicht auf sachlichen Erwägungen, sondern wurden vor dem Hintergrund der Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst, um für den am nächsten Tag von der Hauptversammlung zu wählenden neuen Aufsichtsrat „vollendete Tatsachen“ zu schaffen.

Die Erwähnung einer vorzeitigen Wiederbestellung in Ziffer 5.1.2 des DCGK rechtfertigt keine vom eindeutigen Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung. Es handelt sich dabei lediglich um eine unverbindliche Empfehlung einer unabhängigen Expertengruppe, die weder unmittelbare noch mittelbare Gesetzeskraft hat und noch nicht einmal einen Handelsbrauch darstellt (OLG Schleswig, ZIP 2004, 1143; AG Duisburg, NZI 2008, 621, 622; MünchKommAktG/*Semler*, 2. Aufl., § 161 Rdnr. 29 m. w. N.; *Hüffer*, § 161 Rdnr. 3, 4 m. w. N.).

4. Wollte man gleichwohl anderer Auffassung sein und mit dem LG davon ausgehen, dass Ziffer 5.1.2 des DCGK zu einer einschränkenden Auslegung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG führt, würde sich dennoch daraus nichts zugunsten der Beklagten ergeben.

Denn es ist anerkannt, dass die in Ziffer 5.1.2 Abs. 2 des DCGK genannten „besonderen Umstände“, wollte man sie anerkennen, jedenfalls auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt werden müssen und davon nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden darf (vgl. *Semler*, Rdnr. 405). Besondere Gründe in diesem Sinne werden z. B. darin gesehen, dass im Vorstand eine Änderung der Sachbereichszuständigkeit eintritt, dass das betroffene Vorstandsmitglied zum Vorstandsvorsitzenden berufen wird oder ein Angebot von dritter Seite erhält (vgl. *Spindler*, § 84 Rdnr. 44). Nach Auffassung von *Hüffer* (§ 84 Rdnr. 7) soll eine vorzeitige Wiederbestellung in Betracht kommen, wenn ein regulärer Ablauf der Fünfjahresfrist nicht zu erwarten steht.

Ein besonderer Grund in diesem Sinne hätte am 6.7.2007 nicht nachgewiesen werden müssen.

a) Der Umstand, dass das (weitere) Vorstandsmitglied J. in der Aufsichtsratssitzung vom 6.7.2007 sein Vorstandsamt niedergelegt hat und sein Zuständigkeitsbereich (vorübergehend) von den Vorstandsmitgliedern B. und K. mit übernommen wurde, wäre kein ungewöhnlicher Umstand. Es stand der Beklagten frei, die Stelle des Vorstandsmitglieds J. neu zu besetzen. Ein Erfordernis, die Amtszeit der übrigen Vorstandsmitglieder zu verlängern, ergab sich daraus nicht.

b) Die Beklagte hat nicht bewiesen, dass eine Abwanderung der Vorstandsmitglieder B. und K. damals konkret zu befürchten war. (...)

c) Gleiches gilt auch für den Umstand, dass bei regulärem Ablauf der Bestellungszeit der Vorstandsmitglieder die Bestellungen der verbliebenen Vorstandsmitglieder (B, K. und B. H.) nahezu gleichzeitig endeten. Dieser Umstand war – worauf der Kläger zu Recht hinweist – bereits bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder B. und K. im Aufsichtsrat der

Beklagten bekannt. Er hätte deshalb keinen Grund geboten, alsbald nach ihrer Bestellung diese wieder (einvernehmlich) aufzuheben und eine Neubestellung zu beschließen. Insbesondere ist nicht erkennbar, weshalb es dem Aufsichtsrat der Beklagten nicht zuzumuten war, mit der Entscheidung über die Neubestellung der Vorstände bis zum Beginn der in § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG genannten Jahresfrist zu warten.

d) Auch eine Gesamtschau all dieser Umstände würde nicht die Annahme rechtfertigen, dass ein wichtiger Grund für eine Neubestellung der Vorstandsmitglieder vorlag. Die eher abstrakten Befürchtungen, dass es wegen der im Aufsichtsrat bekannten Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen E. und B. H., die sich auch auf den Aufsichtsrat der Beklagten auswirkten, insbesondere einer möglichen Pattsituation zu Schwierigkeiten bei der Besetzung der Vorstandsämter nach Ablauf der Bestellungszeit der berufenen Vorstände kommen könnte oder die Vorstandsmitglieder B. und K. aus Verärgerung darüber vorzeitig abwandern könnten, wären kein besonderer Umstand i. S. v. Nr. 5.1.2 Abs. 2 des DCGK, der ausnahmsweise eine vorzeitige Neubestellung der Vorstandsmitglieder gerechtfertigt hätte.

Internationales Privatrecht

21. EGBGB Art. 15 Abs. 1; BGB § 1379 Abs. 1 Nr. 1 (*Unwandelbarkeit der Anknüpfung nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB*)

Art. 15 Abs. 1 EGBGB verweist für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unwandelbar auf die zum Zeitpunkt der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebende Rechtsordnung, auch wenn das danach berufene Güterrechtsstatut wandelbar ist.

OLG Nürnberg: Beschluss vom 3.3.2011, 9 UF 1390/10 (n. rkr.)

Die Antragstellerin macht mit Stufenantrag vom 1.3.2010 Auskunft und Zugewinn in Anwendung deutschen Rechts geltend. Sie verlangt vom Antragsgegner Auskunft über den Bestand von dessen Vermögen zum Trennungszeitpunkt. Die Beteiligten sind seit 17.11.2009 rechtskräftig geschiedene Ehegatten. Sie hatten am ... 1966 in W. die Ehe geschlossen. Zu diesem Zeitpunkt besaßen beide die jugoslawische Staatsangehörigkeit. Mit Aufspaltung des ehemaligen Bundesstaates Jugoslawien in selbständige Teilrepubliken wurde der Antragsgegner kroatischer Staatsangehöriger und die Antragstellerin slowenische Staatsangehörige. Inzwischen sind beide Beteiligte deutsche Staatsangehörige.

Mit Teil-Endbeschluss vom 31.8.2010 hat das Familiengericht den Antragsgegner antragsgemäß zur Auskunftserteilung verpflichtet.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Antragsgegner sei gemäß § 1379 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Erteilung der begehrten Auskunft verpflichtet. Diese Vorschrift sei anzuwenden, da auf die güterrechtlichen Beziehungen der Parteien deutsches Recht anzuwenden sei. Zwar sei zunächst das jugoslawische Recht Güterrechtsstatut gewesen. Inzwischen werde jedoch nach dem Recht Kroatiens und auch Sloweniens auf deutsches Recht zurückverwiesen. Danach finde das gemeinsame Heimatrecht der Beteiligten Anwendung. Dies sei, da beide geschiedene Ehegatten inzwischen deutsche Staatsangehörige sind, das deutsche Recht.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Antragsgegners. Er erstrebt die Abweisung des Stufenantrags, da das Güterrechtsstatut unwandelbar sei und deshalb deutsches Recht nicht zur Anwendung komme. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist begründet und führt zur Abweisung des Stufenantrags vom 1.3.2010.

Der Antragstellerin steht kein Anspruch auf Zugewinnausgleich und damit kein Auskunftsanspruch gemäß § 1379 BGB zu, da das eheliche Güterrecht der Beteiligten nicht nach deutschem Recht zu beurteilen ist.

Beide Beteiligte besaßen bei Eheschließung die jugoslawische Staatsangehörigkeit. Es ist deshalb zu prüfen, welche Rechtsordnung auf das eheliche Güterrecht Anwendung findet. Da die Ehe nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen wurde, ist zunächst von der Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB auszugehen. Nach Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB war das Recht des Staates anzuwenden, dem beide Ehegatten bei der Eheschließung angehörten. Für die Zeit ab 8.4.1983 gilt der neu gefasste Art. 15 EGBGB. Da Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB das eheliche Güterrecht dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung unterstellt, ergeben sich durch Art. 220 EGBGB keine Besonderheiten. Güterrechtsstatut ist das gemeinsame Heimatrecht der Beteiligten zum Zeitpunkt der Eheschließung, also das jugoslawische Recht.

Welche Teilrechtsordnung des ehemaligen Jugoslawien zur Anwendung kam, war nach innerjugoslawischem Recht zu bestimmen (Art. 4 Abs. 3 EGBGB), und zwar nach dem jugoslawischen „Gesetz vom 15.7.1982 zur Lösung von Gesetzeskollisionen mit den Vorschriften anderer Staaten“. Dieses Gesetz gilt auch nach dem Zerfall des ehemaligen jugoslawischen Bundesstaates in den selbständigen Nachfolgestaaten fort. Lediglich Slowenien hat ein eigenes IPR-Gesetz erlassen (*Staudinger/Hausmann*, BGB, Neubearbeitung 2003, Anhang zu Art. 4 EGBGB, Rdnr. 366).

Art. 36 des genannten jugoslawischen Gesetzes vom 15.7.1982 nimmt die Verweisung auf das jugoslawische Recht an. Denn diese Vorschrift verweist für die persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen auf das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten. Auch nach slowenischem internationales Privatrecht findet das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten Anwendung. Dies ergibt sich aus dem slowenischen „Gesetz über das internationale Privat- und Verfahrensrecht vom 30.6.1999“. Art. 38 dieses Gesetzes verweist für die persönlichen und die gesetzlichen Vermögensbeziehungen auf das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten. Daraus folgt, dass deutsches Recht hier keine Anwendung findet. Für die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten gilt der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft, der in allen in Betracht kommenden jugoslawischen Teilrechtsordnungen der gesetzliche Güterstand ist. Dies folgt für Restjugoslawien aus Art. 270 des Gesetzes des serbischen Gesetzes über die Ehe und Familienbeziehungen von 1980 in der Fassung von 2001 (*Jessel-Holst*, FamRZ 2004, 849 ff.), für Kroatien aus §§ 248 ff. des kroatischen Familiengesetzes vom 14.7.2003 und für Slowenien aus Art. 51 des slowenischen Gesetzes über die Ehe- und Familienbeziehungen vom 26.5.1976.

Allerdings ist nach den genannten Vorschriften des internationalen Privatrechts Restjugoslawiens, Kroatiens und Sloweniens das Güterrechtsstatut der Ehegatten wandelbar (*Staudinger/Hausmann*, a. a. O., Rdnr. 369). In der Literatur wird deshalb die Meinung vertreten, dass sich hieraus eine Rückverweisung ergeben könne (*Staudinger/Hausmann*, a. a. O., Rdnr. 380; *Siehr* in MünchKommBGB, 5. Aufl., Rdnr. 61 zu Art. 15 EGBGB; *Mörsdorf-Schulte*, Beck Online-Kommentar, Rdnr. 82 zu Art. 15 EGBGB). Würde man bei der Anknüpfung von der Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts ausgehen und auf den jeweiligen Entscheidungszeitpunkt abstellen, wäre im vorliegenden Fall deutsches Recht anzuwenden, da beide Beteiligte nunmehr die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (KG, FamRZ 2007, 1564; OLG Frankfurt, Urteil vom 25.2.2000, 5 UF 11/99; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.1994, 1 UF 76/94) geht jedoch von dem in Art. 15 Abs. 1 EGBGB normierten Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts aus. Diese Auffassung wird in der Literatur geteilt von *Thorn* in Palandt/Thorn, 70. Aufl., Rdnr. 3 zu Art. 15 EGBGB und *Henrich* in *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., Rdnr. 16 zu Art. 15 EGBGB). Der Senat schließt sich dem an.

Nachdem das BVerfG (BVerfGE 63, 181) die alte Fassung des Art. 15 EGBGB, der an die Staatsangehörigkeit nur des Mannes anknüpfte, für verfassungswidrig erklärt hatte, hat sich der Gesetzgeber bei der Neuregelung bewusst gegen anderslautende Meinungen für den Grundsatz der Unwandelbarkeit entschieden (siehe hierzu *Staudinger/Mankowski*, BGB, Neubearbeitung 2004, Rdnr. 8–13 zu Art. 15 EGBGB). Spätere Änderungen der objektiven Anknüpfungspunkte sollten keine Auswirkungen haben. Soweit diese Folgen von den Ehegatten nicht gewünscht sind, haben sie die Möglichkeit, unter den in Art. 15 Abs. 2 EGBGB näher bezeichneten Voraussetzungen die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe durch Rechtswahl zu gestalten.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts (Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/504, S. 57/58) begründet das Festhalten am Grundsatz der Unwandelbarkeit der gesetzlichen Anknüpfung wie folgt: „... Dem Interesse an Beständigkeit einer einmal begründeten güterrechtlichen Lage steht das Interesse an der Anpassung an die jeweilige kollisionsrechtliche Schwerpunktverlagerung gegenüber. Haben Ehegatten den Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse gewechselt, so kann ihren Erwartungen hinsichtlich der Beurteilung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse die Anwendung des jetzt für die sonstigen Wirkungen ihrer Ehe maßgeblichen Rechts entsprechen. Umgekehrt werden bei einer noch nicht völlig gefestigten Verlagerung der Lebensverhältnisse etwa in einen anderen Kulturkreis hinein die Ehegatten regelmäßig zu einem Fortbestand der alten Anknüpfung neigen. Der Entwurf gleicht diese Interessen aus, indem er prinzipiell die Unwandelbarkeit der gesetzlichen Anknüpfung vorsieht und den Ehegatten die Möglichkeit einer Anpassung durch Rechtswahl einräumt. Für diese Lösung sprechen überwiegend praktische Gründe. Die Unwandelbarkeit vermeidet automatische Statutenwechsel mit gesetzlich kaum lösbaren Übergangsproblemen. Würde Wandelbarkeit zugrunde gelegt, so könnten sich häufig Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Güterstandes nach der Scheidung oder nach dem Tod eines Ehegatten ergeben, weil etwa die Aufenthaltsverhältnisse und Erwerbszeitpunkte während der gesamten Ehezeit aufgerollt werden müssten. Demgegenüber sind durch die Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts bedingte Qualifikationskonflikte im Verhältnis zu den allgemeinen Ehwirkungen von untergeordneter Bedeutung. Die Rechtswahl eignet sich als Instrument für die kollisionsrechtliche Anpassung des Güterrechts an gewandelte Lebensverhältnisse insgesamt besser als eine wandelbare gesetzliche Anknüpfung. Die Lösung des Entwurfs vermeidet insbesondere automatische Übergänge etwa vom gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung zu einem Güterstand der Gütergemeinschaft gegen den Willen eines Ehegatten.“

Die Verweisung auf die anzuwendende Rechtsordnung gemäß Art. 15 Abs. 1 EGBGB ist deshalb nicht auf die Wandelbarkeit des ausländischen Güterrechtsstatuts zu beziehen, wie sie im Recht Restjugoslawiens, Kroatiens und Sloweniens normiert ist. Es bleibt dabei, dass deutsches Güterrecht keine Anwendung findet. Der Erholung eines Gutachtens des Max-Planck-Instituts, Internationales Privatrecht, bedarf es nicht,

da die Anwendung und Auslegung des Art. 15 EGBGB Aufgabe des erkennenden Senates ist.

Die Anwendung deutschen Güterrechts ergibt sich auch nicht aus anderen Gründen. Die Beteiligten haben keine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB getroffen. Diese Rechtswahl bedarf der notariellen Beurkundung, Art. 15 Abs. 3, 14 Abs. 4 i. V. m. § 1410 BGB (*Thorn*, a. a. O., Rdnr. 23 zu Art. 15 EGBGB). Ein notariell beurkundeter Ehevertrag liegt jedoch nicht vor.

Die Voraussetzungen für eine formlose Unterstellung unter eine Rechtsordnung durch schlüssiges Verhalten nach Art. 220 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB liegen ebenfalls nicht vor. Dies wäre nur möglich gewesen, wenn die Beteiligten zum Zeitpunkt der Eheschließung verschiedene Staatsangehörigkeiten besessen hätten (*Siehr*, a. a. O., Rdnr. 159 zu Art. 15 EGBGB). Dies ist jedoch, wie ausgeführt, nicht der Fall. Dagegen spricht auch, dass beide Beteiligte im notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 22.12.1978 (Notar R., F., UR-Nr. ...) erklärt hatten, nach dem gesetzlichem Güterstand der Volksrepublik Jugoslawien verheiratet zu sein. Es bleibt deshalb das bei Eheschließung der Beteiligten gemeinsame Heimatrecht maßgeblich (*Siehr*, a. a. O., Rdnr. 177 zu Art. 15 EGBGB). (...)

Beurkundungs- und Notarrecht

22. BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 19 Abs. 1 (*Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten*)

- Der Notar hat bei der Ermittlung des Willens der Urkundsbeteiligten Anlass zu einer Nachfrage, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft einen Aspekt aufwirft, der üblicherweise zum Gegenstand der vertraglichen Abreden gemacht wird.**
- Erst recht besteht eine Pflicht zur Nachfrage, wenn der Notar konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass einer der Beteiligten ein rechtliches Ergebnis herbeiführen möchte, das in dem vorbereiteten Urkundsentwurf noch keine Berücksichtigung gefunden hat.**
- Solche Anhaltspunkte können insbesondere dann bestehen, wenn der Vertragsentwurf Regelungen nicht vorsieht, welche in einer Vielzahl gleichartiger Verträge enthalten waren, die einer der Urkundsbeteiligten zuvor von dem Notar hat beurkunden lassen, und welche ersichtlich wesentlicher Bestandteil des Geschäftsmodells dieses Beteiligten waren.**

BGH, Urteil vom 9.12.2010, III ZR 272/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin macht gegen den inzwischen in den Ruhestand getretenen beklagten Notar Schadensersatzansprüche wegen einer Amtspflichtverletzung geltend.

Die Klägerin errichtete in der Gemeinde T. in mehreren Bauabschnitten einen Ferienpark mit Apartmenthäusern. Das Bauprojekt war 1979 von einem anderen Unternehmen begonnen worden. Zugunsten der Gemeinde war in Abteilung II des Grundbuchs eine auf zehn Jahre befristete beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen, nach der die Häuser als Ferienwohnungen zu bewirtschaften waren und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung stehen sollten. Nach dem Konkurs des zunächst tätigen Bauunternehmens übernahm die Klägerin das Vorhaben 1984 aufgrund eines Vertrags mit der Gemeinde.

Nach Ablauf der Befristung der zugunsten der Gemeinde eingetragenen Dienstbarkeit bestellte die Klägerin 1995 – teilweise aufgrund einer Vollmacht der zwischenzeitlichen Erwerber – an den Eigentumswohnungen jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit

zu ihren Gunsten, nach der die Apartments wiederum nur als Ferienwohnungen zu bewirtschaften und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung zu stellen waren. Ferner war Gegenstand der Dienstbarkeit die Verwaltung und Vermietung der Apartments, die Versorgung mit Wärme und Gas sowie der Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Hoteltelefonanlage durch die Klägerin. Der Beklagte hatte den Text der Dienstbarkeit entworfen und ihre Bestellung beurkundet.

In der Folgezeit veräußerte die Klägerin 23 weitere Wohnungen. Sämtliche Kaufverträge beurkundete der Beklagte. In diesen waren jeweils die Übernahme des als Dienstbarkeit eingetragenen Ferienparkbetriebsrechts durch die Erwerber vereinbart und eine Klausel enthalten, nach der „der Grundbesitz auch ohne Gewähr für das angegebene Flächenmaß mit allen anhaftenden Dienstbarkeiten“ verkauft und übertragen wurde.

Im Laufe des Jahres 1995 befand sich die Klägerin auch mit den Eheleuten F. in Verhandlungen über den Erwerb einer der Wohnungen, in deren Verlauf sie den beiden Interessenten einen Grundbuchauszug übersandte. Dieser war jedoch veraltet. Aus ihm ging lediglich die inzwischen erloschene Dienstbarkeit der Gemeinde hervor, nicht aber die inzwischen zugunsten der Klägerin eingetragene.

Am 14.10.1995 beurkundete der Beklagte den Kaufvertrag zwischen der Klägerin und den Eheleuten F. In dem Text war entgegen den vorherigen 23 Beurkundungen weder die Übernahme der Dienstbarkeit durch die Erwerber noch der Gewährleistungsausschluss vorgesehen. Allerdings wies der Beklagte, wie im vorliegenden Rechtsstreit unstreitig ist, in dem Termin mündlich auf das Ferienparkbetriebsrecht hin. Zudem war in Nummer IV 29 des Vertrags die Verpflichtung der Erwerber enthalten, „das Apartment als Ferienwohnung zu bewirtschaften und zur Erholung einem wechselnden Personenkreis zur Verfügung zu stellen“. Weiterhin enthielt der Vertragspassus die Regelung, dass die Feriendorfbetriebsgesellschaft mit der Verwaltung und Betreuung zu beauftragen war und die Vermietung nur über die Betriebsgesellschaft erfolgen konnte. Beim Verkauf des Apartments war schließlich der neue Eigentümer auf diese Vereinbarungen zu verpflichten.

Im Jahr 2000 machten die Eheleute F. geltend, sie seien über das zugunsten der Klägerin im Grundbuch eingetragene Ferienparkbetriebsrecht nicht informiert worden. Sie verlangten von der Klägerin, die Löschung der Dienstbarkeit zu bewilligen, was diese verweigerte. Daraufhin verfolgten die Erwerber ihr Löschungsverlangen gerichtlich. Später änderten sie ihre Klage und verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung Zug um Zug gegen Rückübertragung des Eigentums an der Ferienwohnung. Im Laufe des Rechtsstreits zwischen den Eheleuten F. und der Klägerin wurde der Beklagte als Zeuge zur Frage vernommen, ob im Beurkundungstermin auf die Dienstbarkeit hingewiesen worden sei. Er gab an, konkrete Erinnerungen an den Vorgang vom 14.10.1995 nicht mehr zu haben. Er habe aber die jeweiligen Erwerber in allen Beurkundungsterminen auf das eingetragene Recht der Klägerin hingewiesen. Das Gericht gewann hieraus nicht die Überzeugung, dass auch die Eheleute F. tatsächlich über die zugunsten der Klägerin eingetragene Dienstbarkeit unterrichtet worden waren, und erließ ein Grund- und Teilurteil zulasten der Klägerin. Nachdem deren Berufung hiergegen erfolglos blieb, ist dieses Urteil rechtskräftig.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin, sie Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Ferienwohnung von den Forderungen der Eheleute F. freizustellen, und die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihr, der Klägerin, allen weiteren Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch die Rückabwicklung des Vertrags vom 14.10.1995 noch entstehen wird. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat auch in der Sache Erfolg. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, den Beklagten treffe zwar der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung.

Diese bestehe indessen nicht in der Unterlassung, einen Gewährleistungsausschluss zugunsten der Klägerin in den Kaufvertrag aufzunehmen. Der Beklagte sei vielmehr verpflichtet gewesen, im Rahmen der Beurkundung den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien wiederzugeben. Der Wille der Eheleute F., einem solchen Ausschluss zuzustimmen, sei nicht vorgetragen worden. Auch die Tatsache, dass in den früheren Verträgen Gewährleistungsausschlüsse vereinbart worden seien, führe zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Die Vertragsgestaltung habe sich am Einzelfall zu orientieren, wobei die Pflicht des Notars zu beachten sei, unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten zu sein.

Eine Amtspflichtverletzung des Beklagten sei jedoch darin zu sehen, dass er es unterlassen habe, die unstrittig erfolgte Belehrung der Erwerber über das auf dem Apartment lastende sog. Ferienparkbetriebsrecht in der notariellen Urkunde zu dokumentieren. Der Verstoß des Beklagten gegen seine notariellen Amtspflichten sei auch fahrlässig erfolgt und habe den geltend gemachten Schaden verursacht.

Gleichwohl sei dieser dem Beklagten haftungsrechtlich nicht zuzurechnen, da die Klägerin völlig sachwidrig und schlechthin unvertretbar in den Kausalverlauf eingegriffen habe. Sie habe dadurch, dass sie die von den Erwerbern zunächst verlangte Bewilligung der Löschung des Ferienparkbetriebsrechts ohne weiteres zurückgewiesen habe, die nachfolgende prozessuale Entwicklung erst herausgefordert. Zum Zeitpunkt der Forderung der Eheleute F., die Löschung zu bewilligen, sei der Klägerin bewusst gewesen, dass weder die Übernahme der zu ihren Gunsten bestehenden persönlichen Dienstbarkeit oder ein Gewährleistungsausschluss vereinbart noch der Hinweis auf die im Grundbuch eingetragene Belastung beurkundet worden sei. Darüber hinaus habe die Klägerin den Käufern einen veralteten Grundbuchauszug überlassen, dem sich eine noch bestehende dingliche Belastung ebenfalls nicht entnehmen lassen. In dieser Situation hätte die Klägerin dem Ansinnen der Eheleute F., die Löschungsbewilligung zu erteilen, bei vernünftiger Risikobetrachtung nachkommen müssen. Sie habe sich angesichts der verstrichenen Zeit auch nicht darauf verlassen dürfen, den Beweis für die erfolgte Belehrung über die Dienstbarkeit durch die Vernehmung des Beklagten als Zeugen im Rechtsstreit mit den Eheleuten F. erbringen zu können. Vielmehr hätte sie vor Verweigerung der geforderten Löschungsbewilligung zumindest Rücksprache mit ihm nehmen müssen, um zu ergründen, inwieweit er sich des Hinweises auf die Dienstbarkeit nach dem langen Zeitablauf noch zu entsinnen vermocht habe. In diesem Fall wäre das mangelnde Erinnerungsvermögen des Beklagten offenbar geworden.

Die Frage, ob und ggf. welche Schäden die Klägerin bei Erteilung der Löschungsbewilligung gehabt hätte, könne dahingestellt bleiben, da solche mit der vorliegenden Klage nicht geltend gemacht würden.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten gemäß § 19 Abs. 1 BNotO nach dem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand nicht auszuschließen.

1. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis darin beizupflichten, dass dem Beklagten ein Verstoß gegen seine Amtspflichten als Notar zur Last fällt. Er verletzte seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG folgende Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten, indem er es vor der Beurkundung des Kaufvertrags am 14.10.1995 unterließ, nachzufragen, ob die

in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Dienstbarkeit von den Erwerbern F. übernommen werden sollte.

Die Pflichten, die dem Notar durch § 17 Abs. 1 BeurkG auferlegt sind, sollen gewährleisten, dass dieser eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Der Notar muss zu diesem Zweck den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und deren Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Er muss bei der Erforschung des Willens unter anderem bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte übersehen, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann (z. B. BGH, MittBayNot 2009, 394; DNotZ 2008, 376; NJW 1996, 524, 525 und WM 1992, 1662, 1665), wobei er allerdings nicht „ins Blaue hinein“ nachzufragen braucht (BGH, NJW 1995, 330, 331).

Besteht jedoch ein Anhalt dafür, dass bestimmte Punkte nach dem Willen der Parteien regelungsbedürftig sein könnten, muss der Notar entsprechende Fragen stellen. Hierzu besteht namentlich Anlass, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft einen Aspekt aufwirft, der üblicherweise zum Gegenstand der vertraglichen Abreden gemacht wird. In diesem Fall ergibt sich die Notwendigkeit der Prüfung, ob die Urkundsbeteiligten eine Regelung hierzu wünschen oder bewusst davon absehen wollen (vgl. BGH, DNotZ 1958, 23, 24; *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 840). Erst recht besteht eine Pflicht zur Nachfrage, wenn der Notar konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass eine Partei ein rechtliches Ergebnis herbeiführen möchte, das in dem vorbereiteten Vertragsentwurf noch keine Berücksichtigung gefunden hat. Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor.

Aufgrund der vorangegangenen vom Beklagten beurkundeten 23 Kaufverträge über Ferienwohnungen, die die Klägerin veräußerte, hatte dieser entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts Anlass zu der Nachfrage, ob entsprechend der bisherigen Handhabung in dem Kaufvertrag zwischen der Klägerin und den Eheleuten F. auch die Übernahme des in Abteilung II des Grundbuchs als Dienstbarkeit eingetragenen Ferienparkbetriebsrechts durch die Erwerber und der Gewährleistungsausschluss vereinbart werden sollte. Da eine entsprechende Regelung in allen 23 Verträgen zuvor enthalten war, handelte es sich um eine Vereinbarung, die üblicherweise Gegenstand der von der Klägerin abgeschlossenen Kaufverträge und ersichtlich wesentlicher Bestandteil des „Vertriebskonzepts“ der Klägerin war. Bereits dies hätte dem Beklagten Veranlassung geben müssen, nachzufragen, ob auch in den zwischen der Klägerin und den Eheleuten F. zu schließenden Kaufvertrag eine solche Regelung aufgenommen werden sollte oder ob die Vertragsparteien hierauf bewusst verzichten wollten. Vor allem aber war der Beklagte zu einer Nachfrage verpflichtet, weil er, wie die von ihm im Beurkundungstermin erteilte Belehrung über das Ferienparkbetriebsrecht zeigt, wusste, dass dieses auch für die verkaufte Wohnung gelten sollte.

Er durfte sich nicht darauf verlassen, dass die Klägerin sich insoweit mit dem in Nummer IV 29 des Vertrags schuldrechtlich vereinbarten Ferienparkbetriebsrecht zufriedengeben würde. Sie erlangte damit keine gleichwertige Rechtsposition, da diesem Recht die dingliche Sicherung insbesondere gegenüber Dritten fehlte.

Schließlich durfte der Beklagte auch nicht darauf vertrauen, dass aus dem von der Klägerin den Eheleuten F. überlassenen Grundbuchauszug die Dienstbarkeit hervorging, mit der Folge, dass Ansprüche der Erwerber wegen des dinglichen

Rechts gemäß § 439 Abs. 1 BGB in der seinerzeit noch maßgeblichen, bis zum 31.1.2001 geltenden Fassung ausgeschlossen waren. Zum einen ist der Notar verpflichtet, den jeweils sichersten Weg zu wählen (st. Rspr. z. B. BGH, WM 1992, 1662, 1665; BGHZ 56, 26, 28 m. w. N.; *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 2127 m. w. N.). Hiernach war der Beklagte gehalten, bereits das Entstehen eines Rechtsmangels zu verhindern (vgl. BGH, WM 1992, 1662, 1666), so dass er ungeachtet des Inhalts des Grundbuchauszugs verpflichtet war, abzuklären, ob die Dienstbarkeit übernommen werden sollte. Zum anderen durfte der Beklagte nicht darauf vertrauen, dass der – von ihm nicht überprüfte – Auszug den aktuellen Grundbuchstand wiedergab.

2. Anhaltspunkte dafür, dass die Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht fahrlässig war, wofür ihn die Darlegungs- und Beweislast trifft (z. B. BGHZ 145, 265, 275 = MittBayNot 2001, 91 m. w. N.), bestehen nicht. Ihm kommt auch nicht die sog. Kollegialgerichtsrichtlinie zugute, obgleich das mit drei Berufsrichtern besetzte Berufungsgericht einen Verstoß des Beklagten gegen seine Pflicht zur Feststellung des Willens der Vertragsparteien verneint hat. Diese – an sich auch zugunsten des Notars geltende – Richtlinie findet vorliegend schon deshalb keine Anwendung, weil das Berufungsgericht die Pflichten des Beklagten im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Übernahme der Dienstbarkeit lediglich unter dem Gesichtspunkt der Neutralitätspflicht des Notars (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) betrachtet, dabei jedoch die Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG nicht in den Blick genommen hat (vgl. z. B. BGH, WM 2009, 86 und NJW 2005, 3495, 3497 m. w. N.).

3. Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, dass diese schuldhaftige Amtspflichtverletzung ursächlich für einen Schaden der Klägerin ist.

4. Der Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem von der Klägerin ersetzt verlangten Schaden lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht mit der Begründung verneinen, die Klägerin habe dadurch, dass sie die von den Erwerbern verlangte Bewilligung der Löschung des Ferienparkbetriebsrechts ohne weiteres zurückgewiesen habe, die nachfolgende prozessuale Entwicklung (Umstellung der Klage der Erwerber auf den „großen Schadensersatz“) erst herausgefordert und dadurch den streitgegenständlichen Vermögensschaden bei wertender Betrachtung letztlich allein zu verantworten.

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der haftungsbe gründenden Handlung und dem eingetretenen Schaden kann zwar fehlen, wenn der Geschädigte in ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt. Eine solche „Unterbrechung“ der durch die Verletzung notarieller Amtspflichten ausgelösten Ursachenkette tritt allerdings nicht ein, wenn für die Zweithandlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass bestand oder diese durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dasselbe darstellt (z. B. BGH, Beschluss vom 9.10.2008, III ZR 13/08, juris Rdnr. 10; BGH, DNotZ 2004, 849, 852 m. w. N.). Die Würdigung, ob dies der Fall ist, ist zwar grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten (vgl. Beschluss vom 9.10.2008 a. a. O.), so dass sie vom Revisionsgericht nur eingeschränkt nachgeprüft werden kann. Jedoch hat das Berufungsgericht seinen Beurteilungsspielraum überschritten, weil es bei seiner Würdigung wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen und gegen Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. z. B. BGH, WM 2010, 1690 Rdnr. 12 m. w. N.).

Da die Übernahme der Dienstbarkeit durch die Erwerber, wie im Revisionsverfahren zu unterstellen ist, als Folge der Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht Gegenstand des Kaufvertrags vom 14.10.1995 geworden war, stellte sich der Fortbestand des Ferienparkbetriebsrechts auf dem von den Eheleuten F. erworbenen Wohnungseigentum als Rechtsmangel i. S. d. § 434 BGB a. F. dar. Gleichwohl schied die Haftung der Klägerin als Verkäuferin aus, wenn die Vertragsparteien einen Gewährleistungsausschluss vereinbart hatten oder den Käufern das Bestehen der Dienstbarkeit gemäß § 439 Abs. 1 BGB a. F. bei Abschluss des Kaufvertrags bekannt war. Ungeachtet dessen, dass eine entsprechende Belehrung nach dem Parteivorbringen im vorliegenden Verfahren unstreitig erfolgt ist und die Klägerin im Vorprozess somit eine objektiv zutreffende Rechtsposition verfolgte, war es für die Beurteilung des Verhaltens der Klägerin erforderlichen ex-ante-Betrachtung jedenfalls zwar nicht ohne Risiko, aber auch nicht von vornherein aussichtslos, zu versuchen, das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür im Rechtsstreit mit den Erwerbern geltend zu machen, obwohl es ihr oblag, hierfür den Beweis zu erbringen und ein urkundlicher Nachweis für die erteilte Belehrung nicht möglich war.

Die Eheleute F. hatten in Nummer IV 29 des Kaufvertrags eine im Kern inhaltlich der Dienstbarkeit entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung übernommen. Zudem hatte der Beklagte im Beurkundungstermin auf das dingliche Recht hingewiesen. Insofern hätte die Klägerin mit jedenfalls nicht geringer Aussicht auf Erfolg geltend machen können, dass die Erwerber sich konkludent zur Übernahme der Dienstbarkeit bereit erklärt hatten, zumindest aber, dass sie sich wegen Kenntnis von der Dienstbarkeit nicht auf einen Rechtsmangel berufen konnten.

Der Klägerin stand der – im Vorprozess auch tatsächlich vernommene – Beklagte als Zeuge für die Belehrung über die Dienstbarkeit zur Verfügung. Es war entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht chancenlos, mit seiner Benennung als Zeugen den Beweis für die Kenntnis der Erwerber von der Belastung zu führen. Dies gilt auch, wenn die Klägerin durch eine vorherige Rücksprache mit dem Beklagten in Erfahrung gebracht hätte, dass dieser an den konkreten Beurkundungsvorgang vom 14.10.1995 keine Erinnerung hatte und nur in der Lage war zu bekunden, dass er in den die Ferienparkanlage betreffenden Beurkundungsterminen stets auf die Dienstbarkeit hingewiesen habe. Nach der Erfahrung ist es nicht aussichtslos, dass ein Gericht auch auf der Grundlage einer solchen Aussage, mit der unmittelbar lediglich eine allgemeine Verfahrensweise bewiesen werden kann, die Überzeugung gewinnt, der maßgebliche Einzelfall sei ebenfalls dieser Übung entsprechend gehandhabt worden.

War die Rechtsverteidigung der Klägerin im Prozess mit den Erwerbern somit nicht ohne Aussicht auf Erfolg, kann es ihr trotz der Risiken der Prozessführung nicht als ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten angelastet werden, sich dem Verlangen der Erwerber, eine Löschungsbewilligung zu erteilen, zu widersetzen und auf den Rechtsstreit einzulassen.

5. Weiterhin ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin nach dem bisherigen Sach- und Streitstand und auf der Grundlage der bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen auch nicht wegen deutlich überwiegender Mitverschuldens gemäß § 254 Abs. 1 BGB i. V. m. § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO ausgeschlossen. Allerdings leistete die Klägerin unter Verstoß gegen ihre Sorgfaltsobliegenheiten wesentliche Beiträge zur Entstehung des Schadens, den sie vom Beklagten ersetzt verlangt, indem sie den Eheleuten F. einen veralteten Grundbuchauszug überließ, den Vertragsentwurf

nicht oder nicht mit gehöriger Genauigkeit prüfte und die Verlesung des Vertragstexts im Beurkundungstermin nicht mit der notwendigen Aufmerksamkeit verfolgte. Andererseits ist es ihr aus den oben ausgeführten Gründen nicht anzulasten, sich auf die rechtliche Auseinandersetzung mit den Erwerbern eingelassen zu haben. Insgesamt wiegen die das Mitverschulden der Klägerin begründenden Umstände gegenüber der ebenfalls erheblichen Amtspflichtverletzung des Beklagten – vorbehaltlich weiterer Feststellungen – nicht so schwer, dass ein Schadensersatzanspruch vollständig ausgeschlossen wäre. Die Abwägung im Einzelnen bleibt dem Tatrichter vorbehalten. (...)

Anmerkung:

Es ist schon verwunderlich, weshalb ein Notar, der 23-mal – sicherlich nach demselben Muster – die Veräußerung einer Wohnung in ein und demselben Objekt protokolliert, beim 24. Mal einen wichtigen Passus einfach „vergisst“ mit der Folge, dass die Käufer das Eigentum nicht lastenfrei erwerben und kein Gewährleistungsausschluss vereinbart wird. Keineswegs selbstverständlich ist aber, dass den Käufern deswegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zuzusprechen war: Bedeutet das Bestehen einer dinglichen Belastung, dass die Verkäuferin ihre Vertragspflichten nicht erfüllt hat, wenn jene Belastung nur eine schuldrechtliche Verpflichtung absichert, welche die Käufer bewusst in dem Vertrag übernommen haben, und zwar just gegenüber der Verkäuferin? Außerdem: Sind die Käufer in ihrem Vermögen dadurch geschädigt, dass ihre vertragliche Verpflichtung, beim Weiterverkauf den neuen Eigentümer auf die mit der Verkäuferin (nunmehrigen Klägerin) getroffenen Vereinbarungen zu verpflichten, dinglich abgesichert ist? Es wäre höchst interessant nachzulesen, was die Gerichte des Vorprozesses hierzu ausgeführt haben; diese Urteile sind leider nicht veröffentlicht.

Immerhin hat der Notar durch sein Verhalten die Gefahr heraufbeschoren, dass aus der „Vergesslichkeit“ ein Schaden erwachsen würde, zunächst bei den Käufern und sodann bei der Verkäuferin, die für einen Schaden der Käufer geradzustehen hatte. Der BGH war sich mit der Vorinstanz über das Vorliegen einer notariellen Pflichtverletzung einig. Darüber, welche Pflicht der Notar verletzt hat, können die Meinungen auseinandergehen. Warum hatte der Notar „nachzufragen, ob die ... Dienstbarkeit von den Erwerbern ... übernommen werden sollte“? Wenn er – wie unstrittig – „in dem Termin mündlich auf das Ferienparkbetriebsrecht hin“–gewiesen hat, scheint er selbst (wie in den 23 Fällen zuvor) davon ausgegangen zu sein, die Erwerber hätten dieses zu übernehmen und seien dazu auch bereit. Ggf. läge seine Pflichtverletzung also schon darin, dass er den Parteiwillen, von dem er ausgegangen ist, nicht in die Urkunde übernommen hat. Der BGH hat eine vorsichtiger Lösung bevorzugt, und er ist deswegen nicht zu schelten.

Bei der Prüfung des – zu Recht bejahten – Notarverschuldens wiederholt der BGH seine bekannte Stellungnahme zur sog. Kollegialgerichtsrichtlinie, die zwar grundsätzlich auch zugunsten des Notars gelte, aber im Einzelfall – so auch hier – praktisch nie anwendbar sei.¹

Uneingeschränkt zuzustimmen ist der Entscheidung, soweit sie der Verneinung des Zurechnungszusammenhangs durch die Vorinstanz entgegentritt. Auch insoweit hat der BGH einen vorsichtigen Standpunkt eingenommen: Jedenfalls sei

der von der Klägerin im Vorprozess eingenommene Standpunkt „nicht aussichtslos“ gewesen, und deshalb könne es ihr nicht als ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten angelastet werden, sich dem Verlangen der Erwerber nach Erteilung einer Löschungsbewilligung widersetzt zu haben.

Falls im Vorprozess ein Fehlurteil ergangen sein sollte (weil die Käufer keinen erstattungsfähigen Schaden erlitten hatten), wäre das Ergebnis kein anderes. Denn in diesem Falle hätte der Notar eine rechtlich unklare Situation geschaffen und das Risiko einer gerichtlichen Fehlbeurteilung heraufbeschoren.²

VorsRiBGH a. D. Dr. *Hans Gerhard Ganter*, Weil der Stadt

² *Wöstmann* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Rdnr. 2162 ff.

Kostenrecht

23. KostO §§ 16, 147 Abs. 2 (*Kostenfolgen einer unrichtigen Sachbehandlung*)

- 1. Bei der nach § 16 KostO gebotenen hypothetischen Betrachtung sind anstelle der durch die unrichtige Sachbehandlung verursachten nur solche Kosten anzusetzen, deren Entstehung nach den rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten unvermeidlich oder sicher zu erwarten war. Ein Gestaltungsermessen des Notars kann in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden.**
- 2. Sind die Gebühren für die selbstständige Beurkundung einer isolierten Löschungsbewilligung (sog. Schubladenlösung) wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht zu erheben, kann der Notar an deren Stelle nicht eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO berechnen, die angefallen wäre, wenn er eine Löschungsbewilligung im Rahmen des Kaufvertrages beurkundet und sich für deren Verwendung einen Treuhandauftrag hätte erteilen lassen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 5.10.2010, 15 Wx 156/09; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 beglaubigte eine Erklärung der Beteiligten zu 2 und 3, durch welche diese die Löschung einer zu ihren Gunsten einzutragenden Auflassungsvormerkung bewilligten. Der Beteiligte zu 1 berechnete ihnen mit der Kostenrechnung Nr. ... hierfür u. a. eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß §§ 32, 141, 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO.

Hintergrund der Löschungsbewilligung war ein zeitgleich beurkundeter Kaufvertrag, durch welchen die Beteiligten zu 2 und 3 eine Immobilie erwarben. In diesem Vertrag war zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eine Vormerkung bewilligt worden. Die Löschungsbewilligung diente der Absicherung der Verkäuferseite und sollte durch den Beteiligten zu 1 im Falle eines Scheiterns des Vertrages unter bestimmten, im Kaufvertrag näher vereinbarten Bedingungen zum Grundbuchamt eingereicht werden.

Auf die von dem Beteiligten zu 1 erhobene Anweisungsbeschwerde hatte das LG die Kostenrechnung mit der Begründung aufgehoben, es liege eine falsche Sachbehandlung vor. Die Entscheidung ist auf die von dem Beteiligten zu 1 erhobene weitere Beschwerde durch Beschluss des Senats vom 11.3.2008 bestätigt worden (vgl. JMBl NW 2008, 202 = FGPrax 2008, 176 = RNotZ 2008, 434 = OLG Hamm 2008, 653 = MittBayNot 2008, 497 = ZNotP 2009, 118).

In der Folgezeit hat der Beteiligte zu 1 am 28.8.2008 eine neue Kostenrechnung erstellt, in der er eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß §§ 32, 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert entsprechend 30 % des Kaufpreises berechnet. Er vertritt hierzu im Anschluss an *Wudy* (notar 2008, 185) die Auffassung, dass ihm nach § 16 Abs. 1 KostO jedenfalls die vorgenannte Gebühr zustehe, da diese auch bei einer richti-

¹ Vgl. hierzu *Ganter* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 2129 ff.

gen Sachbehandlung angefallen wäre. Die Gebührendifferenz hat er erstattet. Auch diese Kostenrechnung ist durch den Präsidenten des LG wiederum beanstandet worden, der den Beteiligten zu 1, nachdem dieser auf seinem Standpunkt beharrt hat, zur Einlegung der Kostenbeschwerde angewiesen hat.

Das LG hat die Kostenrechnung aufgehoben, da es auch die von dem Beteiligten zu 1 abgerechnete Gestaltungsalternative einer Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung im Kaufvertrag als nicht sachgerecht angesehen hat. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der durch das LG zugelassenen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist infolge Zulassung durch das LG gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO i. V. m. Art. 111 FGG-RG statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1 folgt bereits daraus, dass seine erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer gemäß § 156 Abs. 1 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1 ausgegangen. In der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

Richtig ist zunächst, dass das LG auf den gedanklichen Ansatz des Beteiligten zu 1, er berechne die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die „Verwahrung“ der isoliert beurkundeten Löschungsbewilligung, nicht eingegangen ist. Dies ist jedoch unschädlich. Denn da sich die isolierte Beurkundung als falsche Sachbehandlung darstellt, woran der Senat festhält, kann dem Notar eine Gebühr nicht aufgrund einer anderen gebührenrechtlichen Bewertung des tatsächlichen Ablaufs zustehen. Vielmehr setzt § 16 Abs. 1 KostO voraus, dass es eine alternative richtige Sachbehandlung gibt, bei deren hypothetischer Durchführung die fragliche Gebühr angefallen wäre. Insoweit kommt jedoch nur die vom LG erörterte Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung nebst Treuhandauftrag in Betracht. Vorliegend kann allerdings dahinstehen, ob die Auffassung des LG zutrifft, dass der Ansatz einer Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO zu unterbleiben hat, weil auch die Mitbeurkundung einer Löschungsbewilligung in dem Kaufvertrag sowie der damit einhergehende Treuhandauftrag und die in diesem Rahmen zu beachtende Ausfertigungssperre als unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 16 KostO zu bewerten wäre.

Richtig ist zunächst, dass die Mitbeurkundung einer Löschungsbewilligung im Kaufvertrag nebst entsprechendem Treuhandauftrag im Hinblick auf die zu beachtende Ausfertigungs- oder Vorlagesperre eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst. Soweit es am Ende des Senatsbeschlusses vom 11.3.2008 (15 W 60/07 = FGPrax 2008, 176 ff.) heißt, dass bei dieser Konstellation keine gesonderte Gebühr anfällt, ist diese Formulierung missverständlich. Sie zielt, wie sich aus dem Verweis auf § 44 KostO ergibt, allein auf Beurkundungsgebühren ab. Dass die Übernahme eines die Beachtung einer Vorlagesperre umfassenden Treuhandauftrages grundsätzlich eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen kann, entspricht durchaus der Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa FGPrax 2006, 36 f.).

Der Gebührenanspruch des Notars kann sich hier allerdings nur aus einer Vergleichsbetrachtung ergeben, da er tatsächlich keine Löschungsbewilligung in die Vertragsurkunde aufgenommen hat und dementsprechend auch keine sog. Ausferti-

gungs- oder Vorlagesperre zu beachten hatte. Die Notwendigkeit einer Vergleichsbetrachtung und deren Eignung einen Gebührenanspruch aufgrund eines hypothetischen Verlaufs zu begründen, ist durch § 16 Abs. 1 KostO vorgegeben. Denn die Bestimmung, dass Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben werden, wird allgemein dahingehend verstanden, dass der Notar, soweit seine Tätigkeit nicht völlig sinnlos ist, jedenfalls diejenigen Gebühren verlangen kann, die bei einer (hypothetischen) richtigen Sachbehandlung angefallen wären (vgl. etwa KGR, 2004, 39 ff.; 2005, 795; OLG Celle, JurBüro 1976, 511; OLG Köln, JurBüro 1975, 224).

Bei der hier vorliegenden Konstellation, dass die tatsächliche Gestaltung zwar rechtswirksam und auch tauglich, die Sachbehandlung aber deshalb unrichtig war, weil eine gleichwertige und deutlich kostengünstigere Alternative bestand, bedeutet dies im Grundsatz, dass der Notar diejenigen Gebühren verlangen kann, die bei der alternativen Sachbehandlung angefallen wären. Die vorliegende Konstellation ist jedoch auch dadurch gekennzeichnet, dass nicht nur eine weitere Gestaltungsalternative bestand, sondern gleich zwei, wobei die zweite, nämlich die Erteilung einer Löschungsvollmacht im vorliegenden Fall keine Gebühren ausgelöst hätte, weil der Vertrag nicht rückabgewickelt wurde. Die Auffassung von *Filzek* (KostO, 4. Aufl., § 147 Rdnr. 41), dass die Betreuungsgebühr auch bei der Vollmachtlösung bereits mit der Übernahme des Treuhandauftrages entstehe, kann der Senat nicht teilen (wie hier *Tiedke*, ZNotP 2008, 296; *Wudy*, notar 2008, 336 f.). Die Bevollmächtigung und der Übernahme des Treuhandauftrages verpflichtet den Notar noch nicht zu irgendeiner Tätigkeit und zwar auch nicht einer solcher vorbereitender Art. Die Regelung kommt auch für den Notar vielmehr erst dann zum Tragen, wenn der Verkäufer ihm den Rücktritt vom Vertrag anzeigt. Frühestens in diesem Zeitpunkt kann daher die Betreuungsgebühr anfallen.

Die vorrangige Frage ist daher vorliegend nicht, ob die Aufnahme einer Löschungsbewilligung in die Vertragsurkunde bei gleichzeitiger Erteilung eines Treuhandauftrages eine unrichtige Sachbehandlung darstellt, sondern ob der Notar sich im Rahmen der hypothetischen Betrachtung bei einer kostenfreien und einer kostenträchtigen Gestaltungsalternative gerade auf die kostenträchtige stützen kann, um sich so einen Gebührenanspruch zu erhalten. Aus Sicht des Senats ist dies zu verneinen (a. A. *Wudy* notar 2008, 184 f., der sich jedoch nicht mit dem Umstand auseinandersetzt, dass es hier nicht nur eine hypothetische Gestaltungsalternative gibt).

Die durch § 16 KostO vorgegebene hypothetische Betrachtung soll verhindern, dass ein Fehler des Notars den Beteiligten der Sache nach unberechtigte Kostenvorteile verschafft. Hiervon kann aber keine Rede sein, wenn tatsächlich eine kostenfreie Gestaltungsalternative besteht. Die Auffassung des Notars, die sog. Vollmachtlösung sei unsicherer als die anderen Alternativen, da auch eine unwiderrufliche Vollmacht immer noch aus wichtigem Grund widerrufen werden könne, teilt der Senat aus den in seinem Beschluss vom 11.3.2008 dargelegten Gründen nicht. Insoweit ist nochmals zu betonen, dass keine der Gestaltungsmöglichkeiten dem Verkäufer absolute Sicherheit verschaffen, es vielmehr allein darum gehen kann, ihn weitestgehend vor der weigerlichen Haltung eines möglicherweise nicht erreichbaren Käufers im Falle des Rücktritts zu schützen. Insoweit ist es praktisch schwer vorstellbar, dass ein nicht leistungsfähiger oder nicht leistungsbereiter Käufer in einer Situation, in der der Verkäufer in der Lage ist, die Rücktrittsvoraussetzungen im Sinne des Treuhandauftrages dem Notar nachzuweisen, einen wichtigen Grund für den Widerruf der Vollmacht auch nur schlüssig dar-

zulegen vermag. Das Grundbuchamt darf den Widerruf einer unwiderruflichen Vollmacht aus wichtigem Grund jedoch nur berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne einer erheblichen Wahrscheinlichkeit bestehen (v. *Oefele/Schaub*, GBO, AT VII Rdnr. 178). Für den Notar kann hier nichts anderes gelten.

Der Notar kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass nach § 16 Abs. 1 KostO jedenfalls die Kosten zu erheben sind, die bei einer richtigen Sachbehandlung angefallen wären und konkret auch die Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung im Kaufvertrag nebst Treuhandauftrag eine richtige Sachbehandlung sei. Denn nach dem Verständnis des Senats besteht der Zweck der durch § 16 Abs. 1 KostO gebotenen hypothetischen Betrachtung nicht darin, einen (möglichst hohen) Gebührenanspruch zu erhalten, sondern lediglich in der Vermeidung unberechtigter Kostenvorteile. Zu erheben sind danach nur die Kosten, deren Entstehung nach den rechtlichen und/oder tatsächlichen Gegebenheiten bei objektiver Betrachtung unvermeidlich oder sicher zu erwarten war. Unvermeidlich waren die Kosten hier jedoch nicht, da mit der Vollmachtlösung eine hier kostenfreie Alternative bestand. Auch war die Wahl der Bewilligungslösung durch die objektiven Gegebenheiten nicht vorgezeichnet. Auf seine Willensentschließung kann sich der Notar in diesem Zusammenhang nicht berufen. Denn das ihm zustehende Gestaltungsermessen hat er in der Realität nicht bzw. fehlerhaft ausgeübt. Im Rahmen der nach § 16 Abs. 1 KostO gebotenen Vergleichsbetrachtung kann ein Gestaltungsermessen naturgemäß nicht ausgeübt werden.

24. KostO §§ 60, 61 (*Gebühr für Eintragung der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile einer GbR in der Hand eines Gesellschafters*)

Wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) durch Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand aufgelöst, so ist § 61 Abs. 1 KostO für die Eigentumsumschreibung auf den letztverbleibenden Gesellschafter nicht anwendbar (Fortführung von OLG München vom 13.11.2009, 34 Wx 89/09 = MittBayNot 2010, 153).

OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 2/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Als alleinige Eigentümerin eines Grundstücks war eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), bestehend aus den Gesellschaftern R. und der Beteiligten zu 1, einer GmbH, im Grundbuch eingetragen. R. hielt 10 % und die Beteiligte zu 1 die restlichen 90 % der Gesellschaftsanteile. Mit privatschriftlichem Vertrag vom 20.2.2009 veräußerte R. seine Gesellschaftsanteile an die Beteiligte zu 1, die nunmehr alle Gesellschaftsanteile in ihrer Hand hält. Die Gesellschaft ist damit aufgelöst. Aufgrund Berichtigungsbewilligung vom 26.2.2009 wurde die Beteiligte zu 1 unter ihrer damaligen Bezeichnung am 14.4.2009 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit Kostenrechnung vom 14.5.2009 hat das Grundbuchamt für die Eintragung der Beteiligten zu 1 eine volle Gebühr in Höhe von 19.901,30 € nach § 60 Abs. 1 KostO aus einem Geschäftswert von 17.076.000 € erhoben. Das Grundbuchamt ging, ebenso wie der Vertreter der Staatskasse (Beteiligter zu 2), für den Wert der Eigentumsumschreibung vom Wert des gesamten Grundstücks aus.

Der Erinnerung mit dem Ziel, den Geschäftswert nur nach dem Bruchteilswert von 10 % (1,7 Mio. €) anzusetzen, hat der Kostenbeamte nicht abgeholfen. Mit Beschluss vom 13.8.2009 hat das AG – Grundbuchamt – die Erinnerung zurückgewiesen. Die Beschwerde hat das LG – Beschwerdekammer – mit Beschluss vom 27.11.2009 zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen den Beschluss des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten

zu 1. Diese ist der Ansicht, dass nach § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO nur 10 % des Grundstückswerts für die Gebührenberechnung angesetzt werden dürfe, da ein Ausschluss nach § 61 Abs. 3 KostO nicht vorliege. Da die Beteiligte zu 1 Gesellschafterin der GbR gewesen sei, sei sie auch als Mitberechtigte des Gesamthandsvermögens i. S. d. § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO anzusehen.

Aus den Gründen:

II.

Gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG ist das bis 31.8.2009 geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Die weitere Beschwerde ist zulässig, da sie das LG als Beschwerdegericht zugelassen hat (§§ 31 Abs. 3 Satz 5, 14 Abs. 5 KostO). Das im Übrigen formgerecht eingelegte Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

Das AG habe zu Recht einen Geschäftswert von 17.076.000 € bei der Kostenberechnung für die Eigentumsumschreibung zugrunde gelegt.

Seit der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 (NJW 2001, 1056 = BGHZ 146, 341) sei die GbR selbst Eigentümerin des Grundstücks. Durch die Übertragung des Gesellschaftsanteils von R. auf die Beteiligte zu 1 sei die GbR aufgelöst worden. Somit sei das Eigentum nicht innerhalb einer bestehenden Gesamthandsgemeinschaft auf einen der Mitberechtigten übergegangen, sondern von der GbR auf die Beteiligte zu 1 übertragen worden. Für diesen echten Rechtsübergang sei die volle Gebühr aus dem vollen Wert des Grundstücks anzusetzen. Dem stehe nicht entgegen, dass § 61 Abs. 3 KostO die GbR nicht ausdrücklich erwähne. Ebenso wenig liege ein Verstoß gegen die Richtlinie 69/335/EWG vor, weil keine Steuer erhoben werde.

2. Der Senat teilt im Ergebnis die rechtliche Beurteilung des LG.

a) Das Grundbuchamt ist für die Kostenberechnung beim Geschäftswert vom Gesamtwert des Grundstücks ausgegangen (§ 60 Abs. 1 KostO). § 61 KostO, eine Sondervorschrift für die Bestimmung des Geschäftswerts, ist hier nicht anwendbar.

Die GbR fällt nicht unter die in § 61 Abs. 1 KostO privilegierten Gesamthandsgemeinschaften. Soweit in der Kommentarliteratur dies noch anders dargestellt wird (vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl., § 61 Rdnr. 1, jedoch zweifelnd unter Hinweis auf *Dümmig*, Rpfleger 2002, 53; *Hartmann*, Kostengesetze, 40. Aufl., § 61 KostO Rdnr. 9; *Assenmacher/Matthias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“; bereits a. A. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2010, § 60 Rdnr. 5 b), wurde noch nicht die Konsequenz aus der Rechtsprechung des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341; 179, 102, 107) gezogen (siehe Senat vom 13.11.2009 = NJW-RR 2010, 501).

Die Rechtsprechung des Senats (NJW-RR 2010, 501) hat in der Literatur heftige (teils polemische) Kritik erfahren (*Weigl*, MittBayNot 2010, 155; *Bachmayer*, NotBZ 2010, 161, 166 unter III. 3.). Auch unter deren Berücksichtigung besteht kein Anlass, diese zu ändern.

Mit der Rechtsprechung des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit, die der Gesetzgeber im Grundsatz übernommen hat (vgl. ERVGBG vom 11.8.2009, BGBl I, S. 2713; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13437, S. 27 f.), stellt sich die Frage auch nach der zutreffenden systematischen Einordnung der GbR in anderen vom Gesetzgeber bisher nicht überarbeiteten Rechts-

gebieten. Die mit der Neuorientierung verbundenen Vorteile, etwa im Fall der Übertragung eines Gesellschaftsanteils, was nach der Rechtsprechung des Senats nur die Gebühr nach § 67 KostO auslöst (Beschluss vom 3.7.2008, 34 Wx 36/08 = FGPrax 2008, 84; so auch OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 322; a. A. OLG Frankfurt vom 19.11.2009, 20 W 70/09, bei juris), können nicht unbesehen mit Privilegierungen verbunden werden, die nach dem traditionellen Verständnis nur den als Eigentümern eingetragenen Beteiligten einer Gesamthand zugebilligt wurden.

(1) *Weigl* beanstandet ein Hinwegsetzen über die kostenrechtlichen Vorschriften, insbesondere das Analogieverbot, indem die GbR insgesamt von § 61 KostO ausgenommen werde. Die GbR fällt jedoch nicht in den Anwendungsbereich des § 61 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Bestimmung geht davon aus, „dass für mehrere zur gesamten Hand eingetragen“ ist, mag dies auch im Folgenden nicht mehr ausdrücklich ausgesprochen sein. Die Vergünstigung des § 61 KostO hat ihre Ursache darin, dass z. B. der Grundstückseigentümer, der einer Gesamthandsgemeinschaft angehört und in diese ein Grundstück einbringt, als im Grundbuch bereits eingetragener Berechtigter lediglich den Umfang seiner Berechtigung ändert, jedoch als Eigentümer eingetragen bleibt. Er wird deshalb kostenrechtlich so behandelt, als bringe er das Grundstück nur zu dem Bruchteil ein, zu dem er an der Gemeinschaft nicht beteiligt ist (vgl. BayObLG, BB 1995, 2184). Bei den Gesellschaftern der GbR ist dies nicht der Fall, da als Eigentümer des Grundstücks nicht die Gesellschafter „zur gesamten Hand“, sondern die Gesellschaft als solche eingetragen und Eigentümerin ist (vgl. etwa auch den durch das ERVGBG angefügten Satz 3 in § 82 GBO: „Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin eingetragen, ...“). Ein Grundstück, auch wenn als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, ist ebenso wie ein Grundstück, das für eine GbR mit eigenem Namen eingetragen ist, nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (vgl. BGHZ 179, 102; BGH, MittBayNot 2007, 118). Wenn aber schon die Ausnahme in § 61 Abs. 1 KostO nicht einschlägig ist, bedarf es auch keiner Auseinandersetzung mehr mit dem Ausnahmetatbestand des Abs. 3. Auch hat § 61 Abs. 3 KostO lediglich klarstellende Bedeutung. Denn die nach der Rechtsprechung des BGH für die GbR geltende Rechtslage ergibt sich für OHG und KG bereits aus §§ 124, 161 HGB. Eine unzulässige Analogie (§ 1 Abs. 1 KostO; vgl. BVerfG, NJW 1996, 3146) liegt nicht vor.

(2) *Bachmayer* bemängelt insbesondere, nach der Rechtsprechung des Senats verbleibe für § 61 KostO kein praktischer Anwendungsbereich mehr. Allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Änderung der kostenrechtlichen Vorschriften (bisher) nicht vorgenommen hat, lässt aber nicht den Schluss zu, die kostenrechtliche Einordnung der GbR dürfe trotz der veränderten Sichtweise zu deren Struktur (*Palandt/Sprau*, 69. Aufl., § 705 Rdnr. 24: „besondere Wirkungseinheit“) nicht diesen Erkenntnissen angepasst werden. Die Verengung des Anwendungsbereichs von § 61 KostO ist eine Folge dieses neuen Verständnisses, der sich der Gesetzgeber im Grundsatz angeschlossen hat.

(3) Auch die neu eingeführte Bestimmung des § 47 Abs. 2 GBO (vgl. Art. 1 Nr. 10 Buchst. b ERVGBG vom 11.8.2009 BGBI I, S. 2713) bedingt keine andere Beurteilung. Die ausdrückliche Anordnung, dass auch die Gesellschafter einzutragen sind, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Gesellschaft selbst als Rechtsinhaberin einzutragen ist (BT-

Drucks. 16/13437, S. 27; vgl. *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 653 f.). Die Eintragung der Gesellschafter ist einerseits Grundbuchinhalt, andererseits aber auch Mittel zur Identifizierung der berechtigten GbR (BT-Drucks. 16/13437, S. 27/28). Die Gesellschaftereintragung im Grundbuch ist deshalb notwendig, weil für die GbR kein Register besteht und das Grundbuch insoweit als Ersatzregister fungieren muss (*Lautner*, DNotZ 2009, 650, 668). Bei der Eintragung nach § 47 Abs. 2 GBO handelt es sich nicht um die Eintragung mehrerer Berechtigter im eigentlichen Sinne (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 47 Rdnr. 28). Die kostenrechtliche Bewertung für die Eintragung der GbR selbst beeinflusst dies nicht.

b) Art. 11 der Richtlinie des Rates vom 17.7.1969 (69/335/EWG) steht der hier in Ansatz gebrachten Grundbuchgebühr nicht entgegen. Denn diese ist nicht für gesellschaftsrechtliche Vorgänge, sondern allein für die Eintragung des außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Eigentumsüberganges von der GbR zur Beteiligten zu 1 entstanden.

Anmerkung:

Die Entscheidung stellt letztlich eine konsequente Fortführung des Beschlusses des OLG München, MittBayNot 2010, 153, dar. Aus den in meiner Anmerkung zum damaligen Beschluss genannten Gründen halte ich sowohl die damalige als auch die aktuelle Entscheidung des OLG für unrichtig.

Begründungsmäßig bringt der Beschluss vom 24.9.2010 nichts Neues. Auch wenn nach der Rechtsprechung des BGH und dem entsprechend angepassten § 47 Abs. 2 GBO eine GbR nunmehr unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch eingetragen wird und nicht mehr die Gesellschafter selbst als Gesellschafter bürgerlichen Rechts, kann dies nichts daran ändern, dass es sich ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 718 Abs. 1 BGB letztlich um Vermögen der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit handelt.¹ Eine Subsumtion der GbR unter § 61 Abs. 1 KostO wäre deshalb nach wie vor zwanglos möglich und geboten. Eine Wiederholung der bereits ausgetauschten Argumente² soll an dieser Stelle jedoch nicht mehr erfolgen.

Etwas Verwunderung zu dieser Kostenrechtsprechung des OLG München bleibt freilich unter einem zweiten Aspekt. Inzwischen hat selbst *Krüger*, der Vorsitzende des V. (für Grundbuchsachen zuständigen) Zivilsenats des BGH, die diesbezügliche Grundentscheidung des II. Zivilsenats des BGH als „Ursache für alle Misslichkeiten“ bezeichnet und eingeräumt, dass die durch den BGH richterrechtlich zuerkannte (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR ohne eine (weitere) gesetzliche Nachbesserung des Gesetzgebers nicht funktioniert.³ Dadurch ist jedenfalls faktisch eingestanden, dass diese Rechtsfortbildung letztlich nicht gesetzeskonform erfolgt ist.

Parallel hierzu hat das OLG München entschieden,⁴ dass eine bestehende GbR de lege lata nicht mehr als Grundstücks-

¹ Vgl. *Palandt/Sprau*, 69. Aufl., § 718 Rdnr. 1; *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., § 124 Rdnr. 1; *Weigl*, NZG 2010, 1053, 1054 (je m. w. N. zum Meinungsstand und mit dem Hinweis, dass diese Sichtweise auch bei der OHG und KG jedenfalls jahrzehntelang vorherrschend war), ferner bereits meine Anmerkung zu BayObLG, ZZ BR 162, 03, MittBayNot 2004, 201, 202 f. Auch im Schenkungs- und Grunderwerbsteuerrecht wird die neue Auffassung des BGH bisher nicht nachvollzogen, vgl. *Bachmayer*, NotBZ 2010, 161, 163, 164 f.

² Vgl. den zitierten Beschluss MittBayNot 2010, 153 und meine diesbezügliche, bereits zitierte Anmerkung MittBayNot 2010, 155.

³ Vgl. *Krüger*, NZG 2010, 801 und hierzu meine Anmerkung, NZG 2010, 1053.

⁴ Vgl. OLG München, MittBayNot 2011, 60.

eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann, so dass jedenfalls in Bayern derzeit eine bestehende GbR allenfalls noch über Umwege Grundbesitz erwerben kann,⁵ soweit sich nicht im Einzelfall ein Rechtspfleger über die Ansicht des OLG München hinwegsetzt. Diese Rechtsprechung des OLG München führt zugleich die vom BGH anerkannte Grundbuchfähigkeit der GbR ad absurdum, indem sie die GbR faktisch für weitgehend grundbuchunfähig erklärt.

Wenn aber das OLG München an dieser Stelle zeigt und offenbar auch zeigen will,⁶ wie verfehlt die Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit und Grundbuchfähigkeit der GbR durch den BGH war und mit den geltenden Gesetzen nicht recht in Einklang zu bringen ist: Warum zeigt dann das OLG München an anderer – kostenrechtlicher – Stelle (s. o.) eine fast schon bedingungslose Gefolgschaft mit dem BGH, obwohl eine gesetzeskonforme Auslegung des § 61 KostO soviel naheliegender gewesen wäre? Einziger Lichtblick für die kostenpflichtige GbR bzw. deren Gesellschafter: Für den Fall der Eintragung eines Gesellschafterwechsels in der GbR, bei der das OLG München für die Eintragungsfähigkeit – anders wie beim Grundstückserwerb (s. o.) – nicht der strengen Meinung von *Bestelmeyer* folgt,⁷ widerspricht das OLG München der Auffassung des OLG Frankfurt, wonach die volle Gebühr nach § 60 KostO anzusetzen sein soll,⁸ und hält die 1/4-Gebühr des § 67 KostO für zutreffend.⁹ Jedenfalls unter der Prämisse, dass Eigentümer des betreffenden Grundbesitzes nicht mehr die Gesellschafter der GbR in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sein sollen, sondern die GbR selbst, ist die Anwendung des § 67 KostO konsequent, da sich dann beim Gesellschafterwechsel am Eigentum des Grundbesitzes nichts ändert und damit nicht „die Eintragung eines Eigentümers oder von Miteigentümern“ vorliegt, wie es § 60 Abs. 1 KostO voraussetzt. Wenn sich das OLG Frankfurt zu einer „erweiterten Anwendung“ des § 60 KostO berechtigt glaubt,¹⁰ erscheint dies wiederum unter dem Gesichtspunkt des kostenrechtlichen Analogieverbots¹¹ problematisch. Rechtfertigen lässt sich die Anwendung des § 60 KostO allenfalls, wenn man – anders wie die derzeitige Rechtsprechung, aber m. E. zutreffend (s. o. und Fn. 1) – als Eigentümer des Grundstücks die Gesellschafter der GbR in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sieht. Und ganz inkonsequent wäre es dann m. E., für den Gesellschafterwechsel § 60 KostO anzuwenden, § 61 KostO aber für die GbR nicht anwendbar zu halten.¹²

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

⁵ Vgl. *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 35 f. Das OLG München folgt damit den diesbezüglichen Überlegungen von *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 177 ff.

⁶ Schon das BayObLG hat sich distanziert zur Rspr. des BGH gezeigt, vgl. z. B. BayObLG, MittBayNot 2003, 60.

⁷ Vgl. OLG München vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, MittBayNot 2011, 224; ferner bereits OLG München, MittBayNot 2011, 63, und hierzu *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 36 f.; anders *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 185 ff.

⁸ Vgl. OLG Frankfurt vom 19.11.2009, 20 W 70/09, BeckRS 2010, 01550; dem folgend *Hügel/Kral*, Beck'scher Online-Kommentar GBO, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 104.

⁹ Vgl. II. 2. a) der Entscheidungsgründe.

¹⁰ Vgl. die Entscheidungsgründe des OLG Frankfurt, ihm folgend *Hügel/Kral*, Beck'scher Online-Kommentar GBO, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 104.

¹¹ Vgl. meine Anmerkung, MittBayNot 2010, 155.

¹² Vgl. hierzu auch *Bachmayer*, NotBZ 2010, 166 f.

Steuerrecht

25. ErbStG vor 2009 § 13a; UmwStG a. F. § 20 Abs. 1 (*Unschädlichkeit aufeinanderfolgender Umwandlungsvorgänge für die Steuervergünstigungen für den Erwerb von Mitunternehmeranteilen*)

Die Steuervergünstigungen nach § 13 a ErbStG a. F. für den Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft fallen auch dann nicht rückwirkend weg, wenn innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb mehrere Umwandlungsvorgänge i. S. d. § 20 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 UmwStG stattfinden.

BFH, Urteil vom 16.2.2011, II R 60/09

Der Kläger erhielt von seiner Mutter (M) durch notariell beurkundeten Vertrag vom 15.12.1999 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge deren Beteiligungen an der KG 1, an drei weiteren KG (KG 2, KG 3 und KG 4) und an zwei GmbH (GmbH 1 und GmbH 2) übertragen.

Durch notarielle Urkunden vom 17. und 18.12.1999 wurden die KG 1 in eine GmbH (GmbH 3) umgewandelt, die KG 2, KG 3 und KG 4 sowie die GmbH 1 und GmbH 2 auf die GmbH 3 verschmolzen und die GmbH 3 in eine AG (AG 1) umgewandelt. Im Jahr 2001 wurde die Mehrheit der AG-1-Aktien einschließlich der Aktien des Klägers im Rahmen eines Anteilstausches in die AG 2 gegen Gewährung neuer Anteile an der AG 2 eingebracht.

Das FA setzte die Schenkungsteuer zunächst unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) auf null DM fest. Das FA berücksichtigte dabei in Unkenntnis der Umwandlungsvorgänge der Erklärung der M entsprechend für den Erwerb der KG-Anteile den Freibetrag nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der seinerzeit geltenden Fassung (ErbStG).

Nachdem das FA Kenntnis von den Umwandlungsvorgängen erlangt hatte, berücksichtigte es den Freibetrag nicht mehr und setzte demgemäß die Schenkungsteuer auf 34.804 DM (17.795 €) fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG vertrat in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 338 veröffentlichten Urteil die Auffassung, die Voraussetzungen für die Gewährung des Freibetrags seien jedenfalls aufgrund des Anteilstausches gemäß § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG rückwirkend weggefallen.

Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung des § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift für einen rückwirkenden Wegfall des Freibetrags lägen nicht vor. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidung und des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Umwandlungsmaßnahmen haben nicht zum rückwirkenden Wegfall des Freibetrags nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG geführt.

1. Der Freibetrag (§ 13 a Abs. 1 ErbStG) und der verminderte Wertansatz (§ 13 a Abs. 2 ErbStG) gelten gemäß § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG u. a. für inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG. Diese Voraussetzungen erfüllt der Erwerb der KG-Beteiligungen durch den Kläger, wie die Beteiligten und das FG zutreffend annehmen.

2. Der Freibetrag und der verminderte Wertansatz fallen bei einem nach § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG begünstigten Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG gemäß § 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG mit Wirkung für die Vergangenheit u. a. weg, soweit der Erwerber den Anteil innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb veräußert. Gleiches gilt nach § 13 a Abs. 5 Nr. 1

Satz 2 ErbStG u. a., wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft veräußert werden, die der Veräußerer durch eine Sacheinlage (§ 20 Abs. 1 UmwStG) aus dem Betriebsvermögen i. S. d. § 13 a Abs. 4 ErbStG erworben hat, oder ein Anteil an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG oder ein Anteil daran veräußert wird, den der Veräußerer durch eine Einbringung des Betriebsvermögens i. S. d. § 13 a Abs. 4 ErbStG in eine Personengesellschaft (§ 24 Abs. 1 UmwStG) erworben hat.

Wie sich aus den Regelungen des § 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 ErbStG mittelbar ergibt, stellen die in dieser Vorschrift genannten Maßnahmen nach § 20 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 UmwStG als solche keine zum rückwirkenden Wegfall der Steuervergünstigungen nach § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG führenden Veräußerungen dar. Dies beruht ersichtlich darauf, dass diese Maßnahmen die Bindung des begünstigt erworbenen Vermögens in einem Unternehmen unberührt lassen und daher der Zweck der Steuervergünstigungen unverändert fortbesteht. Aufgrund der in § 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 ErbStG mittelbar getroffenen Regelung, nach der Maßnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 UmwStG die Steuervergünstigungen unberührt lassen, spielt es keine Rolle, wenn solche Maßnahmen ertragsteuerrechtlich tauschähnliche Vorgänge und somit Veräußerungen darstellen (vgl. dazu z. B. Urteile des BFH vom 17.9.2003, I R 97/02, BFHE 203, 334, BStBl II 2004, S. 686; vom 7.4.2010, I R 55/09, BFHE 229, 518, BStBl II 2010, S. 1094, und vom 11.5.2010, IX R 26/09, BFH/NV 2010, 2067).

Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des § 13 a ErbStG von den Vorgaben leiten lassen, die das BVerfG in seinem Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91 (BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, S. 671) zur Erbschaftsteuer aufgestellt hat. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, bei der Erbschaftsteuer für Betriebsvermögen die durch Gemeinwohlbindungen und -verpflichtungen verminderte finanzielle Leistungsfähigkeit der Betriebe zu berücksichtigen und die Belastung so zu bemessen, dass die Fortführung des Betriebs steuerlich nicht gefährdet wird. Diesen Vorgaben ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er sich in § 13 a ErbStG grundsätzlich für die Gewährung von Steuervergünstigungen entschieden hat, wenn und soweit der Betrieb in seinem Bestand fortgeführt wird (BFH, Urteil vom 17.3.2010, II R 3/09, BFHE 229, 369, BStBl II 2010, S. 749, m. w. N.).

Entgegen der Ansicht des FG und des FA liegt auch dann keine zum rückwirkenden Wegfall der nach § 13 a Abs. 1 und 2 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 ErbStG zu gewährenden Steuervergünstigungen führende Veräußerung vor, wenn innerhalb des Zeitraums von fünf Jahren nach dem begünstigten Erwerb eines Anteils an einer Personengesellschaft mehrere der in § 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 ErbStG i. V. m. § 20 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 UmwStG genannten Vorgänge aufeinander folgen (*Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13 a Rdnr. 252; *Philipp* in Viskorf/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 3. Aufl., § 13 a ErbStG Rdnr. 78). Wie dargelegt, stellen nämlich solche Vorgänge keine Veräußerung i. S. d. § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG dar.

Dieses Verständnis des § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG entspricht auch dem Sinn und Zweck der zunächst in § 13 Abs. 2 a ErbStG und dann in § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG vorgesehenen Steuervergünstigungen. In der amtlichen Begründung zu Art. 15 Nr. 2 Buchst. b des Entwurfs eines Jahressteuergesetzes 1996 (§ 13 Abs. 2 a ErbStG) wurde ausgeführt (BT-Drucks. 13/901, S. 157 f.), das Betriebsvermögen sei meistens mittel- oder langfristig im Betrieb gebunden und könne daher

nicht kurzfristig für Erbschaftsteuerzahlungen aufgebracht werden. Die Entlastungen für den Erwerb des begünstigten Vermögens sollten vom Erwerber für notwendige Investitionen und den Erhalt von Arbeitsplätzen innerhalb des Betriebsvermögens oder der Kapitalgesellschaft genutzt werden. Deshalb sei es gerechtfertigt, den Freibetrag und den Bewertungsabschlag rückwirkend entfallen zu lassen, wenn der Erwerber das begünstigte Betriebsvermögen oder wesentliche Teile davon oder die Gesellschaftsbeteiligung innerhalb einer Frist von fünf Jahren veräußere. Der Veräußerung gleichgestellt würden andere Verfügungen über das begünstigte Vermögen, die letztlich dazu führten, dass dieses Vermögen aus dem der Unternehmensnachfolge zugeordneten Vermögen ausscheide. Damit sollten missbräuchliche Gestaltungen, die nur das Ziel hätten, die besonderen Steuerbefreiungen auszunutzen, vermieden werden. Die mit der Entlastung verbundenen Erwartungen würden nämlich insoweit nicht erfüllt.

Eine solche missbräuchliche Gestaltung ist bei einem Aufeinanderfolgen mehrerer der in § 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 ErbStG i. V. m. § 20 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 UmwStG genannten Vorgänge nicht gegeben. Das steuerbegünstigt erworbene Vermögen bleibt auch in einem solchen Fall weiterhin in einem Unternehmen gebunden und kann nicht wie der Erlös bei einem Verkauf frei verwendet werden.

Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

Die Sache ist spruchreif. Der Schenkungsteuerbescheid vom 23.6.2006 und die Einspruchsentscheidung sind aufzuheben. Der Freibetrag ist nicht mit Wirkung für die Vergangenheit weggefallen.

a) Die Umwandlung der KG 1 in die GmbH 3 stellt keine Veräußerung, sondern einen im Hinblick auf § 13 a ErbStG bedeutungslosen Formwechsel dar (§§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 190 Abs. 1, 214 Abs. 1 UmwG). Die Eintragung der neuen Rechtsform in das Handelsregister hatte zur Folge, dass die KG 1 in der Rechtsform einer GmbH weiter bestand (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Der Formwechsel von Rechtsträgern nach dem UmwG wird durch die Identität des Rechtsträgers (rechtliche Identität), die Kontinuität seines Vermögens (wirtschaftliche Identität) und die Diskontinuität seiner Verfassung bestimmt. Diese zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechts sind auch für das Steuerrecht maßgebend, soweit keine abweichenden Sonderregelungen bestehen (BFH-Urteile vom 30.9.2003, III R 6/02, BFHE 203, 553, BStBl II 2004, S. 85, und vom 14.2.2007, II R 66/05, BFHE 217, 176, BStBl II 2007, S. 621). Derartige Sonderregelungen gibt es bei § 13 a ErbStG nicht. Auch die Finanzverwaltung sieht im Formwechsel einer Personengesellschaft keinen Verstoß gegen die in § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG vorgesehenen Behaltensregeln (R 63 Abs. 3 Satz 2 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003).

Der vom Kläger erworbene Anteil an der KG 1 wurde nach dem Formwechsel dieser KG in die GmbH 3 im Hinblick auf § 13 a ErbStG durch den Anteil des Klägers an der GmbH 3 als Surrogat repräsentiert (*Jülicher*, a. a. O.; *Philipp*, a. a. O.).

b) Die Verschmelzung der KG 2, KG 3 und KG 4 auf die GmbH 3 stellte eine Sacheinlage i. S. d. § 20 Abs. 1 UmwStG dar und ließ daher den Freibetrag nach § 13 a Abs. 1 ErbStG unberührt (BFH, Urteil vom 10.5.2006, II R 71/04, BFHE 213, 118, BStBl II 2006, S. 602, unter II. 1. c). Die ursprünglichen Anteile des Klägers an der KG 1, KG 2, KG 3 und KG 4 wurden nach der Verschmelzung im Hinblick auf § 13 a ErbStG durch den Anteil des Klägers an der GmbH 3 repräsentiert, soweit dieser Anteil den Anteilen des Klägers an den KG entsprach. Soweit der Anteil des Klägers an der GmbH 3 auf der Verschmelzung der GmbH 1 und GmbH 2

auf diese GmbH beruhte, spielte er bezüglich § 13 a ErbStG keine Rolle, da der Kläger für den Erwerb der Anteile an der GmbH 1 und GmbH 2 keine Steuervergünstigungen nach dieser Vorschrift erhalten hatte.

c) Die Umwandlung der GmbH 3 in die AG 1 stellt lediglich einen Formwechsel dar (§§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 190 Abs. 1, § 226 UmwG) und wirkte sich daher nicht auf den Freibetrag aus.

d) Die Einbringung der Aktien der AG 1 in die AG 2 gegen Gewährung neuer Anteile an der AG 2 führte ebenfalls nicht zum rückwirkenden Wegfall des Freibetrags. Es handelte sich dabei um eine Sacheinlage i. S. d. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG in der im Jahr 2001 geltenden Fassung. Nach dieser Vorschrift ist § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG auch auf die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft anzuwenden, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft aufgrund ihrer Beteiligung einschließlich der übernommenen Anteile nachweisbar unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft hat, deren Anteile eingebracht werden. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Im Hinblick auf § 13 a ErbStG sind die dem Kläger gehörenden AG-2-Aktien anteilig (siehe oben 3. b) an die Stelle von dessen AG-1-Aktien getreten.

26. AO § 41 Abs. 1 (*Erbschaftsteuerrechtliche Beachtlichkeit einer nur teilweise ausgeführten unwirksamen Verfügung von Todes wegen*)

Das wirtschaftliche Ergebnis der Durchführung einer unwirksamen Verfügung von Todes wegen ist erbschaftsteuerrechtlich zu beachten. Hierbei ist nicht erforderlich, dass die unwirksame Verfügung von Todes wegen in vollem Umfang befolgt wird. Auch die lediglich eingeschränkte Befolgung weist die für die erbschaftsteuerrechtliche Berücksichtigung erforderliche Verbindung zur Willenserklärung des Erblassers auf. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 22.9.2010, II R 46/09

Die Klägerin ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge Miterbin zu $\frac{1}{4}$ nach der im März 2004 verstorbenen Erblasserin (E). Sie und ein weiterer Miterbe (M), der nunmehrige Prozessbevollmächtigte der Klägerin, trafen im August 2005 mit der Stieftochter (S) der E eine Vereinbarung, die mit „Erklärung über eine formnichtige mündliche Verfügung des Erblassers“ überschrieben ist und in der die Klägerin und M den Verzicht auf die gesetzliche Regelung mit dem Wissen erklärten, E habe allein S als Erbe bedacht wissen wollen, sei jedoch zur Ausführung eines rechtsgültigen Testamentes infolge des Todesertritts nicht mehr gekommen. Die Klägerin und M ließen ihre Anteile am Nachlass der S zukommen. Die anderen beiden Miterben waren dazu nicht bereit.

Das FA setzte gegen die Klägerin durch Bescheid vom 26.10.2005 Erbschaftsteuer i. H. v. 884 € fest, ohne die Vereinbarung mit S zu berücksichtigen. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG vertrat die Auffassung, die Besteuerung der Klägerin gemäß der eingetretenen gesetzlichen Erbfolge sei zutreffend. Eine erbschaftsteuerrechtlich beachtliche formunwirksame Verfügung der E von Todes wegen, die die Klägerin und M hätten erfüllen können, liege nicht vor. Die gemeinsame Erklärung der Klägerin und des M stelle keine formunwirksame letztwillige Verfügung der E dar. Über einen Erlass der festgesetzten Erbschaftsteuer aus Billigkeitsgründen sei im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Für einen Erlass der Steuer könnten allerdings die Ausführungen des M in der mündlichen Verhandlung sprechen. Danach habe E bei einer Geburtstagsfeier erklärt, S würde später einmal ohnehin alles bekommen, und gemeint, S sei ihre gesetzliche Erbin.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung des § 10 Abs. 1 ErbStG. Es fehle bei ihr an einer der Besteuerung unterliegenden Bereicherung. Die bürgerlichrechtlich gültige Verpflichtung der gesetzlichen Erben zum Erbverzicht in Verbindung mit der von den Beteiligten klar zum Ausdruck gebrachten Bestätigung der Erfüllung des Willens der E schlossen ihre Besteuerung aus. Den vom FG angelegten Erlass der Steuer habe das FA abgelehnt.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 2.2.2007 und den Erbschaftsteuerbescheid vom 26.10.2005 ersatzlos aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Klägerin sei kraft gesetzlicher Erbfolge Miterbin nach E geworden. Die von ihr behauptete mündliche Verfügung der E von Todes wegen könne der Besteuerung schon deshalb nicht zugrunde gelegt werden, weil sie nicht von allen Miterben vollzogen worden sei. Von einem Rechtsirrtum der E könne nicht ausgegangen werden.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, der von der Klägerin behaupteten Äußerung der E bei der Geburtstagsfeier komme nur hinsichtlich eines Erlasses der Steuer, nicht aber bezüglich der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung Bedeutung zu.

1. Wird eine Verfügung von Todes wegen ausgeführt, obwohl sie unwirksam ist, und beruht die Ausführung der Verfügung auf der Beachtung des erblasserischen Willens, den Begünstigter und Belasteter anerkennen, ist gemäß § 41 Abs. 1 AO das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs erbschaftsteuerrechtlich zu beachten (Urteile des BFH vom 2.12.1969, II 120/64, BFHE 91, 311, BStBl II 1970, S. 119; vom 15.3.2000, II R 15/98, BFHE S. 191, 403, BStBl II 2000, S. 588, und vom 28.3.2007, II R 25/05, BFHE 215, 557, BStBl II 2007, S. 461). Es ist dabei entgegen der Ansicht des FA nicht erforderlich, dass die unwirksame Verfügung von Todes wegen in vollem Umfang befolgt wird. Auch die lediglich eingeschränkte Befolgung weist die für die erbschaftsteuerrechtliche Berücksichtigung erforderliche Verbindung zur Willenserklärung des Erblassers auf. Erbschaftsteuerrechtlich beachtlich ist in einem solchen Fall die unwirksame Verfügung von Todes wegen, soweit sie tatsächlich ausgeführt wurde (BFH, Urteil vom 7.10.1981, II R 16/80, BFHE 134, 181, BStBl II 1982, S. 28). Überträgt hingegen ein Miterbe seinen Anteil am Nachlass auf einen Dritten, ohne dass dies auf einer wenn auch unwirksamen Willensäußerung des Erblassers beruht, wirkt sich dies auf die festzusetzende Erbschaftsteuer nicht aus. Da es für die Besteuerung nach § 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG regelmäßig auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers als den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer ankommt, kann der Miterbe die der Besteuerung unterliegende Bereicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) durch eine solche Übertragung nicht mit steuerlicher Wirkung beseitigen.

2. Die von der Klägerin behauptete, vom FG aber nicht i. S. d. § 118 Abs. 2 FGO festgestellte Äußerung der E bei der Geburtstagsfeier, S werde später einmal ohnehin alles erhalten, ist nicht nur im Hinblick auf einen möglichen Erlass der Steuer, sondern bereits bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheids zu berücksichtigen. In dieser Äußerung kann eine mündliche Verfügung der E von Todes wegen liegen, die erbschaftsteuerrechtlich beachtlich ist, soweit sie von der Klägerin und M aufgrund der mit S getroffenen Vereinbarung tatsächlich vollzogen wurde. Wenn E irrtümlich davon ausgegangen sein sollte, S sei ihre gesetz-

liche Alleinerbin, schließt dies nicht aus, dass E diese ihr nahestehende Person auch kraft eigenen letzten Willens mündlich zur Alleinerbin eingesetzt hat (v. *Proff*, ZEV 2010, 348, 350).

Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

3. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat bisher noch keine Feststellungen zu der von der Klägerin behaupteten Äußerung der E getroffen und noch nicht geprüft, ob diese Äußerung als ernstlich gewollte, aber formunwirksame Einsetzung der S als Alleinerbin beurteilt werden kann. Entsprechende Feststellungen wird das FG nunmehr nachzuholen haben.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar Dr. Heinz Kollmar, München, verstorben am 4.6.2011

Notar a. D. Dieter Kreuzer, Aub, verstorben am 6.6.2011

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2011:

Notar Dr. Rüdiger Graf von Stosch, München
Notar Dr. Michael Wenz, Kaiserslautern

Mit Wirkung vom 1.7.2011:

Notar Wolfgang Pürschel, Burghausen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.2011:

Kusel dem Notarassessor
Dr. Frank Buchhold
bisher in Germersheim
(Notarstelle Dr. Wolf)

Markt Erlbach der Notarassessorin
Andrea Issad
bisher in Nürnberg
(Notarstellen Dr. Steinert/
Dr. Kornel)

Mit Wirkung vom 1.7.2011:

Gräfenberg dem Notar a. D.
Dr. Robert Sieghörtner

Würzburg dem Notar
(in Sozietät mit Matthias Dünninger
Notar Öchsner) (bisher in Gerolzhofen)

Mit Wirkung vom 1.8.2011:

Fürstenfeldbruck dem Notar
(in Sozietät mit Hubert Krebs
Notar Johann Siller) (bisher in Neustadt b. Coburg)

Passau dem Notar Gottfried Braun
(bisher in Rotthalmünster)

Mit Wirkung vom 1.10.2011:

München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Gottfried von Bary
Rasso Rapp) (bisher in Fürstenfeldbruck)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2011:

Stefanie Exner, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Maximilian Hain, Memmingen (Notarstellen
U. F. Gropengießler/Dr. U. Gropengießler)

Mit Wirkung zum 1.5.2011:

Dr. Valentin Spornath, Landsberg a. Lech
(Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger)

Mit Wirkung zum 1.6.2011:

Dr. Holger Sagmeister, Bad Griesbach i. Rottal
(Notarstelle Dr. Forthauer)

Mit Wirkung zum 1.8.2011:

Dr. Melanie Falkner, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle in Wassertrüdingen (derzeitige Inhaberin: Notarin Dr. Heike Stiebitz) wird mit Wirkung zum 1.9.2011 nach Gunzenhausen verlegt. In Gunzenhausen bestehen ab diesem Zeitpunkt zwei Notarstellen. Der Amtsbereich der Notarstelle in Gunzenhausen umfasst ab dem 1.9.2011 die Amtsbereiche der bisherigen Notarstelle in Gunzenhausen und Wassertrüdingen mit Ausnahme der beiden nachfolgend genannten Gemeinden. Die Gemeinde Burk wird der Notarstelle in Feuchtwangen, die Gemeinde Langfurth wird der Notarstelle Dinkelsbühl zugeordnet.

Notar Florian Satz, Straubing, wurde mit Wirkung zum 31.3.2011 promoviert

Notarassessorin Claudia Greipl, Amberg, wurde mit Wirkung zum 11.4.2011 promoviert

Notarassessorin Lisa Schumacher, Landstuhl (Notarstelle Dr. Stuppi), ab 1.5.2011 in Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Notarassessor Ingo Oltmanns, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 1.6.2011 in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessorin Silvia Paulöhr, Prien (Notarstellen Dr. Rieger/Koller), ab 1.8.2011 in Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Inspektorin i. N. Eva-Maria Ferstl, Hammelburg (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.5.2011 in Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland)

Oberinspektorin i. N. Roswitha Poidinger-Kreppold, Augsburg (Notarstelle Portenhauser), ab 1.6.2011 in München (Notarstellen Dr. Schöner/von Grafenstein)

Oberinspektorin i. N. Christine Reindl, Lauf a. d. Pegnitz (derzeit in Elternzeit), ab 1.9.2011 in Fürth (Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

Oberinspektor i. N. Martin Eder, Passau (Notarstellen Dr. Schwarz/Dr. Bandel), ab 1.10.2011 in Pfarrkirchen (Notarstelle Dr. Fahr)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstellen Dr. Schervier/Dr. Schwarz

E-Mail: schwarz@schervier-schwarz.de

Hompae: www.schervier-schwarz.de

Schifferstadt, Notarstellen Hutzler/Regel

Bahnhofstraße 37, 67105 Schifferstadt

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

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare
(Weiler)
9.7.2011 in Bochum
20.8.2011 in Kaiserslautern
2. Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der
notariellen Praxis
(v. Oefele)
16.7.2011 in Köln
3. Intensivkurs Grundstücksrecht 2011
(Krauß, Wälzholz)
28.–30.7.2011 in Lübeck
4. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis
(Priester, Basty, Heckschen, Hertel, Ivo)
26.8.2011 in Hamburg
5. Update Kostenrecht
(Schmidt, Tiedtke)
26.8.2011 in Kassel

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. Gaberdiel/Gladenbeck: Kreditsicherung durch Grundschulden. 9. Aufl., E. Schmidt, 2011. 699 S., 69,80 €
2. Höfling: Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz. Nomos, 2011. 139 S., 36 €
3. Holzer: FamFG. RWS, 2011. 1 552 S., 98 €
4. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 2: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft. Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105–160. 3. Aufl., Beck, 2011. 1 015 S., 178 €
5. Münchener Vertragshandbuch Band 1: Gesellschaftsrecht. 7. Aufl., Beck, 2011. 2 027 S., 148 €
6. Musielak/Borth: Familiengerichtliches Verfahren: FamFG 1. + 2. Buch. 2. Aufl., Vahlen, 2011. 681 S., 86 €
7. Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle. 5. Aufl., Beck, 2011. 600 S., 78 €
8. Prütting/Wegen/Weinreich: BGB Kommentar und ZPO-Kommentar. Luchterhand, 2011. 6 100 S., 198 €
9. Sagasser/Bula/Brünger: Umwandlungen. 4. Aufl., Beck, 2011. 1 570 S., 149 €
10. Sikora/Mayer: Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht. 2. Aufl., Vahlen, 2011. 202 S., 24,90 €
11. Tanck/Uricher. Erbrecht. 2. Aufl., Nomos, 2011. 1 134 S., 118 € + CD-ROM
12. Wicke: GmbHG. 2. Aufl., Beck, 2011. 674 S., 52 €
13. Zintl: Reform und Reformbedarf im Rahmen des § 2325 BGB. Beck, 2011. 150 S., 39 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F