

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2007

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

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar 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:

Andrea Lichtenwimmer,
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Neue Tabellen
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Aufsätze

Sikora/Schwab: Das EHUG in der notariellen Praxis 1

Amann: Vormerkungsschutz für künftige Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner verhindern kann? 13

J. Mayer: Zur Reichweite von Pflichtteils Klauseln 19

Kessler: Verfügungen über Grundstücke im vereinfachten Insolvenzverfahren 22

Sorge: Umsetzung des bayerischen Datenschutzgesetzes im Notariat 25

Rechtsprechung

Zulässige Gebrauchsregelung für betreutes Wohnen (BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05) 43

Keine Insolvenzfestigkeit des gesetzlichen Löschan spruchs vor Zusammenfallen von Grundstückseigentum und vorrangiger Sicherungsgrundschuld (BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 11/05) 45

Zeitliche Begrenzung und Herabsetzung des Aufstockungsunterhalts (BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 190/03) 56

Massezugehörigkeit eines der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlasses bei Eigeninsolvenz des Erben (BGH, Urteil vom 11.5.2006, IX ZR 42/05) 58

mit Anmerkung *Weidlich* 61

Auslegung einer Pflichtteils Klausel (OLG München, Beschluss vom 29.3.2006, 31 Wx 007/06 und 008/06) 62

Nachrang der Sozialhilfe bei Dauertestamentsvollstreckung im „Behindertentestament“ (OVG Saarland, Urteil vom 17.3.2006, 3 R 2/05) 65
mit Anmerkung *Spall* 69

Keine Vollzugsgebühr für Einholung Rangrücktritt (BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05) 71
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* 73

Kein privates Veräußerungsgeschäft bei Entnahme vor 1.1.1999 (BFH, Urteil vom 18.10.2006, IX R 5/06) 78

Inhalt

Aufsätze

- Sikora/Schwab*: Das EHUG in der notariellen Praxis **1**
- Amann*: Vormerkungsschutz für künftige Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner verhindern kann? **13**
- J. Mayer*: Zur Reichweite von Pflichtteilklauseln: Stillschweigende Schlusserbeneinsetzung und Verbot zur Sicherung des Pflichtteilsanspruchs bis zum 2. Erbfall? **19**
- Kessler*: Verfügungen über Grundstücke im vereinfachten Insolvenzverfahren **22**
- Sorge*: Umsetzung des bayerischen Datenschutzgesetzes im Notariat **25**

Buchbesprechungen

- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2.
Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311 b, 311 c (*Wolfsteiner*) **28**
- Weirich (Hrsg.): Grundstücksrecht: Systematik und Praxis des materiellen und formellen Grundstücksrechts (*Wolf*) **29**
- Renner: Die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr (*Dümig*) **30**
- Langenfeld: Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen/
Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung (*Everts*) **31**
- Bergschneider: Verträge in Familiensachen (*Wedemann*) **32**
- Wiedenhofer: Non Performing Loans (*Franzmann*) **33**
- Knott/Mielke: Unternehmenskauf (*König*) **34**
- Singhoff/Seiler/Schlitt: Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen (*Schwab*) **35**
- Schippel/Bracker: Bundesnotarordnung (*Schüller*) **36**
- Lerch: Beurkundungsgesetz (*Eue*) **38**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Zulässige Schadenspauschalierung bei Kündigung eines Werkvertrags (BGH, Urteil vom 27.4.2006, VII ZR 175/05) **39**
2. Kein Notwegrecht für Besitzer eines zugangslosen Grundstücks (BGH, Urteil vom 5.5.2006, V ZR 139/05) **40**
3. Einräumung eines Notwegrechts für Miteigentümer (BGH, Urteil vom 7.7.2006, V ZR 159/05) **41**
4. Zulässige Gebrauchsregelung für betreutes Wohnen (BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05) **43**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Keine Insolvenzfestigkeit des gesetzlichen Lösungsanspruchs vor Zusammenfallen von Grundstückseigentum und vorrangiger Sicherungsgrundschuld (BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 11/05) **45**
6. Pfändbarkeit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bei aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Ausübungsgestattung (BGH, Urteil vom 29.9.2006, V ZR 25/06) **47**
7. Auslegung von Eintragungsbewilligungen (OLG München, Beschluss vom 21.9.2006, 32 Wx 108/06) **49**
8. Bezeichnung des Belastungsgegenstands (OLG München, Beschluss vom 4.10.2006, 32 Wx 144/06) **50**

Familienrecht

9. Wohnwert bei Übernahme des Miteigentums durch einen Ehegatten (BGH, Urteil vom 1.12.2004, XII ZR 75/02) **51**
10. Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils bei Adoption (BGH, Beschluss vom 23.3.2005, XII ZB 10/03) **54**
11. Zeitliche Begrenzung und Herabsetzung des Aufstockungsunterhalts (BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 190/03) **56**

Erbrecht

12. Massezugehörigkeit eines der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlasses bei Eigeninsolvenz des Erben (BGH, Urteil vom 11.5.2006, IX ZR 42/05) **58**
mit Anmerkung *Weidlich* **61**
13. Auslegung einer Pflichtteils Klausel (OLG München, Beschluss vom 29.3.2006, 31 Wx 007/06 und 008/06) **62**
14. Fristbeginn der Erbausschlagung (*nur Leitsatz*) (OLG München, Beschluss vom 28.8.2006, 31 Wx 45/06) **65**
15. Nachrang der Sozialhilfe bei Dauertestamentsvollstreckung im „Behindertentestament“ (OVG Saarland, Urteil vom 17.3.2006, 3 R 2/05) **65**
mit Anmerkung *Spall* **69**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Irreführungsverbot bei der Verwendung eines bürgerlichen Namens (LG München I, Beschluss vom 26.10.2006, 17HK T 16920/06) **71**

Kostenrecht

17. Wertgebühr für Übertragung von Gesellschaftsanteilen nicht EU-Rechts-widrig (*nur Leitsatz*) (EuGH, Urteil vom 7.9.2006, C-193/04) **71**

Inhalt (Fortsetzung)

- 18. Keine Vollzugsgebühr für Einholung Rangrücktritt
(BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05) **71**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* **73**
- 19. Gebührenfreiheit der Grundbucheintragung bei Erbauseinandersetzung
(OLG München, Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05) **75**
- 20. Gesonderte Gebühr für Eintragung Vielzahl inhaltsgleicher Register-
tatsachen (*nur Leitsatz*)
(OLG München, Beschluss vom 13.6.2006, 32 Wx 78/06) **76**
- 21. Rechtmäßige Erhebung von Grundbuchgebühren in Folge Ausgliederung
(*nur Leitsatz*)
(OLG München, Beschluss vom 21.9.2006, 32 Wx 135/06) **76**
- 22. Gebühr für Überwachung der Umschreibungsreife
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 26.1.2006, 20 W 61/05) **76**

Steuerrecht

- 23. Keine mittelbare Grundstücksschenkung bei Schenkung nach Grundstückserwerb
(BFH, Urteil vom 2.2.2005, II R 31/03) **77**
- 24. Zeitpunkt der Ausführung einer mittelbaren Grundstücksschenkung
(*nur Leitsatz*)
(BFH, Urteil vom 23.8.2006, II R 16/06) **78**
- 25. Kein privates Veräußerungsgeschäft bei Entnahme vor 1.1.1999
(BFH, Urteil vom 18.10.2006, IX R 5/06) **78**

Hinweise für die Praxis

Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäude-
brandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2006: 13,7 **80**

Standesnachrichten 83

Sonstiges III

1 | MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2007 | 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, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer, Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

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

AUFSÄTZE

Das EHUG in der notariellen Praxis

Von Notarassessoren *Markus Sikora* und Dr. *Martin T. Schwab*, München

Durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)¹, dessen Einführung von klingenden Begriffen wie „Jahrhundertwerk“² oder „Big-Bang“³ begleitet wird, hat das deutsche Registerwesen zum 1.1.2007 eine grundlegende Modernisierung erfahren: Einreichung, Speicherung, Bekanntmachung und Abruf von Daten erfolgen im Interesse der Schnelligkeit und Transparenz ausschließlich elektronisch. Bei Registeranmeldungen übernimmt es der Notar, neben seiner Beglaubigungs- und Beratungsfunktion die eintragungsrelevanten Daten dem Gericht strukturiert elektronisch zu übermitteln. Zur Verbesserung der Publizität sieht das EHUG zudem vor, alle wesentlichen Unternehmensdaten in ein zentrales Unternehmensregister einzustellen und Unterlagen zur Rechnungslegung im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Für die notarielle Praxis bedeutet das EHUG zwar eine Umstellung im Einreichungsverfahren, die notarielle Formulierungs- und Gestaltungsaufgabe lässt es aber unberührt. Zugleich bietet es dem Notar die Chance, sich als kompetenter Dienstleister im elektronischen Rechtsverkehr zu präsentieren.

Nachstehend werden die Neuregelungen vorgestellt, erste Zweifelsfälle einer Lösung zugeführt und Formulierungsvorschläge für die Praxis unterbreitet. Ferner stellt der Beitrag die für Unternehmen verschärfte Offenlegungspflicht der Jahresabschlüsse sowie Änderungen in weiteren gesellschaftsrechtlichen Normen dar.

A. Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister

Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister werden auch nach dem 1.1.2007 von den Amtsgerichten⁴ geführt,

allerdings zwingend⁵ in elektronischer Form, § 8 Abs. 1 HGB, § 10 Abs. 2 GenG, § 5 Abs. 2 PartGG. Weil durch die elektronische Registerführung der Standort eines Registergerichts zunehmend gleichgültig wird, führt die Umstellung auch zu einem Konzentrationsprozess bei den Registergerichten.⁶ Bundesweit gilt nunmehr:⁷ Registerblätter werden elektronisch angelegt, Eintragungen elektronisch vorgenommen und

bereits früher *Ulmer*, ZRP 2000, 47) keine Aussicht auf Erfolg mehr haben dürfte; abgelehnt wurde auch der Vorschlag des Bundesrats, die IHK als obligatorische Vorprüfstelle vorzusehen (BT-Drucks. 16/960, S. 81); hierzu auch *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446 und *Ries*, Rpfleger 2006, 233 Fn. 7, der von einem „Bürokratiemonster“ spricht.

⁵ Die elektronische Registerführung war gem. § 8 a HGB a. F. bereits möglich, aber nicht zwingend, so dass nur einige Bundesländer (insbesondere Bayern und Nordrhein-Westfalen) hiervon Gebrauch gemacht haben.

⁶ Vgl. § 125 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FGG; eine Konzentration nehmen etwa Baden-Württemberg (Stuttgart, Ulm, Mannheim, Freiburg) und Thüringen (Jena) vor. § 125 Abs. 2 Satz 3 FGG eröffnet darüber hinaus die Möglichkeit einer länderübergreifenden Zuständigkeit von Registergerichten.

⁷ Registerblätter, die noch in Papierform vorliegen, waren bis 31.12.2006 für die elektronische Registerführung umzuschreiben, § 52 Abs. 1 Satz 1 HRV.

¹ Vom 10.11.2006, BGBI I, S. 2553; hierzu *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446; *Noack*, NZG 2006, 801; zum Referentenentwurf bereits *Krafka*, MittBayNot 2005, 290.

² So MdB *Dressel* (SPD) in der zweiten und dritten Beratung im Bundestag, Plenarprotokoll 16/54, Nr. 13.

³ *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446.

⁴ § 125 Abs. 1, § 160 b Abs. 1 Satz 1 FGG, § 10 Abs. 2 GenG. Das EHUG spricht sich damit gegen eine Übertragung der Registerführung auf die Industrie- und Handelskammern aus, so dass der Gesetzentwurf des Bundesrats (BR-Drucks. 865/05, kritisch hierzu

vom Eintragenden elektronisch signiert, § 8 a HGB, § 28 HRV. An die Stelle des Sonderbands tritt ein elektronischer Registerordner, der alle zum Handelsregister seit 1.1.2007⁸ eingereichten Dokumente enthält, in die gemäß § 9 Abs. 1 HGB jeder zur Informationszwecken Einsicht nehmen kann, § 9 Abs. 1 HRV.⁹

Änderungen für das Vereinsregister enthält das EHUG hingegen nicht, auch wenn etwa Bayern an der elektronischen Registerführung (§ 55 a BGB) festhält und die Möglichkeit für elektronische Einreichungen schafft. Da jedoch eine Pflicht zur elektronischen Übermittlung nicht begründet wird, können in der Praxis Anmeldungen zum Vereinsregister weiterhin in Papierform eingereicht werden.¹⁰

I. Anmeldungen zur Eintragung und Einreichungen

1. Übergangsregelungen

Die bundesweit elektronische Registerführung führt dazu, dass sämtliche Anmeldungen und Unterlagen elektronisch zu übermitteln sind, um ihre Digitalisierung durch Einscannen seitens der Registergerichte zu vermeiden. Zwar sieht Art. 61 Abs. 1 Satz 1 EGHGB vor, dass die Landesregierungen durch Rechtsverordnung längstens bis 31.12.2009 eine Einreichung in Papierform zulassen können. Derzeit wollen allerdings nur wenige Bundesländer entsprechende Übergangsfristen vorsehen, so dass durch das EHUG die vollelektronische Kommunikation mit dem Registergericht zur Regel, die papiergebundene Einreichung hingegen zur (befristeten) Ausnahme wird.¹¹ Anknüpfungspunkt für die Frage, ob eine papiergebundene Einreichung übergangsweise zulässig ist, ist der Sitz des Registergerichts und nicht der des Notars oder gar der der Beteiligten. Unabhängig davon ist jedes Registergericht seit 1.1.2007 zur elektronischen Entgegennahme verpflichtet. Soweit nicht gemäß nachfolgender Übersicht Übergangsfristen vorgesehen sind, ist die Übermittlung papiergebundener Anmeldungen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB) und Dokumente (§ 12 Abs. 2 Satz 1 HGB) formunwirksam.¹²

Bundesland	Übergangsfrist zur Einreichung in Papierform
Berlin	Bis 31.1.2007
Niedersachsen	Bis 31.12.2007
Rheinland-Pfalz	Bis 30.6.2007
Sachsen-Anhalt	Bis 30.3.2007
Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen	Keine Übergangsfrist

⁸ Schriftstücke, die vor dem 1.1.2007 in nichtdigitalisierter Fassung eingereicht wurden, können zur Ersetzung der Urschrift in ein elektronisches Dokument übertragen werden, § 9 Abs. 2 Satz 1 HRV.

⁹ Lediglich Dokumente, die nicht der unbeschränkten Einsicht unterliegen (bisläng Hauptband, künftig „Registerakten“) können auch weiterhin in Papierform abgelegt werden, soweit die Landesjustizverwaltung nicht die elektronische Führung anordnet, § 8 Abs. 3 HRV.

¹⁰ § 1 i. V. m. Ziff. 1 der Anlage der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr und elektronische Verfahren (E-Rechtsverkehrsverordnung – ERVV vom 15.12.2006, GVBl. S. 1084, BayRS 315-5-J).

¹¹ Ebenso *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2447.

¹² Siehe auch § 11 Abs. 4, § 157 GenG sowie § 5 Abs. 2 PartGG.

Können wegen technischer Probleme Anmeldungen und Dokumente nicht elektronisch durch das Registergericht entgegenommen werden, kann die nach Landesrecht zuständige Stelle¹³ (vorübergehend) eine papiergebundene Übermittlung zulassen, § 54 Abs. 3 HRV. Soweit die Bundesländer dies nicht ohnehin – wie etwa in Bayern¹⁴ – durch Rechtsverordnung regeln, erscheint es sachgerecht, die Vorschrift auch auf Fälle anzuwenden, in denen vorübergehende technische Probleme auf Notarseite oder im Übertragungsweg (z. B. Störung der Internetverbindung) einer (fristgemäßen) elektronischen Übermittlung entgegenstehen. Der Notar hat nämlich als Folge des EHUG neben Urkunden und Dokumenten auch Strukturdaten an das Gericht zu senden, die unmittelbar Grundlage für die Registereintragung sind. Seine Mitwirkung ist somit wesentlicher Bestandteil des Registerverfahrens, so dass es für eine Anwendung des § 54 Abs. 3 HRV keinen Unterschied machen kann, ob eine elektronische Entgegennahme an technischen Störungen auf Empfänger- oder auf Absenderseite scheitert.

Ohnehin stellt sich die Frage, wie bei fristgebundenen Vorlagen – etwa¹⁵ im Fall des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG – zu verfahren ist, wenn eine formgemäße elektronische Einreichung an technischen Störungen scheitert.¹⁶ Ohne Gestattung der zuständigen Stelle nach § 54 Abs. 3 HRV verstößt jede papiergebundene Einreichung gegen § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB. Weil jedoch auch bei einer noch so ausgereiften Technik eine 100%ige Erreichbarkeit der elektronischen Poststelle schon infolge routinemäßiger Wartungsarbeiten nicht gewährleistet werden kann,¹⁷ sollte de lege ferenda eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Registerverfahren generell vorgesehen werden.¹⁸ Bayern hat dies bereits umgesetzt: Gemäß § 10 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr und elektronische Verfahren im Freistaat Bayern (ERVV)¹⁹ kann bei technischen Problemen auf Absender- oder Empfängerseite sowie bei der Übermittlung der Direktor bzw. Präsident des Amtsgerichts Anordnungen zur Einreichung im Einzelfall treffen und etwa eine vorübergehende Einreichung in Papierform oder auf einem Datenträger gestatten. Hierzu ist ein formloser Antrag erforderlich, der zu begründen ist; die Gründe sind glaubhaft zu machen.²⁰ § 10 Satz 3 ERVV sieht zudem eine Rückwirkungsfiction vor, so dass für fristgebundene Einreichungen die geforderte Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bereits besteht.

¹³ In der Regel ist dies der Gerichtsvorstand, also der Direktor (oder etwa in München der Präsident) des Amtsgerichts; vgl. für Bayern § 4 ERVV, der aber nicht nur in den Fällen des § 54 Abs. 3 HRV gilt, sondern eine Generalnorm für alle Bereiche des elektronischen Rechtsverkehrs mit der Justiz im Freistaat darstellt.

¹⁴ § 4 ERVV.

¹⁵ Weitere Beispiele sind Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln (§ 57 e Abs. 1, § 57 f Abs. 1 Satz 2 GmbHG, § 209 Abs. 1, 2 Satz 2, § 210 AktG).

¹⁶ Die Ansicht des OLG Jena, NZG 2003, 43, 44, wonach im Fall des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG auch eine formunwirksame Einreichung durch Telefax anstelle einer Papiervorlage nach altem Recht fristwährend sein kann, wird überwiegend abgelegt, statt vieler *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rdnr. 726. Zum Ganzen instruktiv *Weiler*, MittBayNot 2006, 377 Fn. 10 m. w. N.

¹⁷ Zu technischen Unwägbarkeiten beim Abruf von Dokumenten über das Internet warnend bereits *Dauner-Lieb/Linke*, DB 2006, 767; *dies.*, DSfR 2004, 361; *Spindler*, WM 2006, 109.

¹⁸ Bisher ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur bei der Beschwerde und der weiteren Beschwerde möglich (§ 22 Abs. 2, § 29 Abs. 4 FGG).

¹⁹ Hierzu bereits Fn. 10.

²⁰ § 10 Satz 2 ERVV.

2. Anmeldungen zur Eintragung – § 12 HGB Abs. 1 Satz 1 HGB

Anmeldungen zur Eintragung sind *elektronisch* in öffentlich beglaubigter Form einzureichen, § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB. Damit bleibt zwar die öffentliche – bis auf weiteres papiergebundene²¹ – Beglaubigung (§ 129 BGB) als solche erhalten. Statt jedoch wie bisher die Anmeldung auf dem Postweg an das Registergericht zu senden, muss diese zwingend elektronisch übermittelt werden. Was „elektronisch“ bedeutet, verrät § 12 HGB nicht. Aufschluss hierüber geben erst im Wesentlichen gleich lautende Rechtsverordnungen der Länder auf Grundlage von § 8 a Abs. 2 HGB. Für Bayern sieht § 2 Abs. 1 Satz 1 ERVV vor, dass zur Entgegennahme elektronischer Dokumente ausschließlich die elektronische Poststelle der Gerichte in Bayern bestimmt ist.²² Dem Notar steht hierzu der kostenfreie EGVP-Client²³ zur Verfügung, der den geschützten²⁴ Versand von Unterlagen über das Internet übernimmt.²⁵ Die Rechtsverordnungen lassen hingegen ebenso wenig eine Kommunikation mittels E-Mail zu wie der Einwurf oder der Versand von Datenträgern (Diskette, CD-ROM) an das Gericht statthaft ist.

Die Kommunikation mit den Registergerichten beschränkt sich indessen nicht darauf, Dokumente elektronisch zu übermitteln. Vielmehr fällt dem Notar auch die Aufgabe zu, für die Eintragung relevante Registerdaten strukturiert im Format *X.Justiz.Register*²⁶ aufzubereiten. Hierzu wurde von der Bundesnotarkammer in Abstimmung mit den Landesjustizverwaltungen die Software XNotar entwickelt, die nach einem bundeseinheitlichen Standard XML-Strukturdaten²⁷ erzeugt, aus denen nach Eingang bei Gericht unmittelbar der Entwurf der Registereintragung ganz oder zumindest teilweise erzeugt wird.²⁸ Grundlage des strukturierten Datenaustauschs sind die ge-

²¹ An die Stelle der Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens könnte künftig auch die Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur treten, indem der Notar in einem Vermerk gem. § 39 a BeurkG bestätigt, dass die vor ihm anwesende Person eine entsprechende elektronische Signatur vollzogen oder anerkannt hat (§ 40 Abs. 1 BeurkG analog). Auch wenn § 39 a BeurkG derartige Vermerke deckt, ist derzeit zweifelhaft, ob das Merkmal der Schriftlichkeit in § 129 BGB durch dieses Verfahren erfüllt wird; im Ergebnis ablehnend *Malzer*, DNotZ 2006, 9, 21 ff. der jedoch richtigerweise eine Anpassung von § 129 BGB für wünschenswert hält.

²² Einzelheiten werden im Internet unter www.justiz.bayern.de bekannt gegeben.

²³ „EGVP“ steht für Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach; der Client ist kostenlos unter www.egvp.de erhältlich; anders als bei der E-Mail-Kommunikation lassen sich bei Einsatz des EGVP-Clients Tatsache und Zeitpunkt eines erfolgreichen Versands mittels einer Eingangsbestätigung nachweisen, die die Qualität eines Einschreibens mit Rückschein haben soll, vgl. Ziffer 1.3 der Bekanntmachung unter www.egvp.de/faq/index.htm#1.3 (13.12.2006).

²⁴ Zur Übermittlung kommt das OSCI-Format zum Einsatz, das im Gegensatz zu dem im E-Mail-Verkehr üblichen SMTP-Format den Austausch rechtsverbindlicher, verschlüsselter und elektronisch signierter Nachrichten zulässt.

²⁵ § 2 Abs. 4 ERVV bestimmt für die Übermittlung zulässige Dateiformate, deren Standards gem. § 3 Nr. 3 ERVV durch Veröffentlichung im Internet (www.justiz.bayern.de) näher festgelegt werden können.

²⁶ Die jeweils gültige Version (derzeit 1.1.3) des Datensatzes kann unter www.xjustiz.de abgerufen werden.

²⁷ XML steht für Extensible Markup Language; hierzu *Kirchner/Eberle*, MittBayNot 2004, 242 und *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 395 Fn. 13.

²⁸ Weil die entsprechenden Daten in der Regel ohnehin bereits elektronisch in der Notariatssoftware vorliegen, dürfte die Zusammenstellung der Strukturdaten – entsprechende Schnittstellen vorausgesetzt – weitgehend automatisiert möglich sein.

bräuchlichsten Fälle von Registeranmeldungen. Jedenfalls in Standardfällen beschränkt sich die Tätigkeit der Registerrichter und Rechtspfleger somit nunmehr darauf, die übermittelten Daten mit der Anmeldung und den übrigen Dokumenten abzugleichen. Kommt es dabei zu Abweichungen zwischen XML-Datensatz und Registeranmeldung, ist allein die Anmeldung maßgeblich.²⁹ Der Notar wird hierdurch stärker als bisher in das registergerichtliche Eintragungsverfahren eingebunden, so dass auf die Erstellung der Strukturdaten besondere Sorgfalt zu legen ist. Nur so führt die durch das EHUG beabsichtigte enge Verzahnung notarieller und registergerichtlicher Tätigkeit zu einer erheblichen Verkürzung der Eintragszeiten. Hierzu zählt auch eine Änderung des § 23 HRV, wonach die Stellungnahme der IHK nur noch in Zweifelsfällen eingeholt werden „kann“³⁰. Ferner müssen nach § 25 Abs. 1 Satz 2 HRV Entscheidungen des Registerrichters, also Eintrags-, Zwischen- oder Ablehnungsverfügung, nunmehr unverzüglich erfolgen.³¹ Ist die Gründung einer GmbH aber im gesamten Bundesgebiet künftig eine Angelegenheit weniger Tage oder gar von Stunden,³² ist dies auch unter dem Blickwinkel der Konkurrenz mit anderen europäischen Gesellschaftsformen bedeutsam. Der Notar wird hierzu künftig einen größeren Beitrag als bisher leisten.

3. Einreichen elektronischer Dokumente – § 12 HGB Abs. 2 HGB

Dokumente sind ebenfalls ausschließlich elektronisch einzureichen, § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB.³³ Das Gesetz unterscheidet im Übrigen wie folgt:

a) Urschriften, einfache Abschriften, Schriftform

Ist eine Urschrift oder eine einfache Abschrift einzureichen oder ist für das Dokument die Schriftform bestimmt, genügt die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung, § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB. Dies betrifft vor allem³⁴ Listen von GmbH-Gesellschaftern (§ 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) oder Aufsichtsratsmitgliedern (§ 106 AktG), Zeichnungsscheine und Verzeichnisse der Zeichner bei Kapitalerhöhungen (§ 188 Abs. 3 Nr. 1 AktG), Unternehmensverträge (§ 293 Abs. 3 AktG) sowie GmbH-Gesellschafterbeschlüsse und Hauptversammlungsprotokolle einer AG, soweit diese nicht ohnehin notariell beurkundet sind.³⁵

²⁹ Ebenso *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885, 888.

³⁰ Die Begründung spricht von einer Klarstellung, dass ein Gutachten der IHK nur noch in Ausnahmefällen und nicht, wie es teilweise noch Praxis sei, insbesondere bei firmenrechtlichen Fragestellungen regelmäßig eingeholt werde. Die Firmenprüfung ist durch die Online-Registerführung zudem erheblich vereinfacht; vgl. BT-Drucks. 16/960, S. 58. Nach § 23 Satz 3 HRV soll zudem die Einholung und Erstattung des Gutachtens elektronisch erfolgen.

³¹ Im Regierungsentwurf war für die Anmeldung der Bargründung einer Kapitalgesellschaft noch eine Bescheidungsfrist von fünf Tagen (!) vorgesehen gewesen; kritisch hierzu *Ries*, Rpfleger 2006, 233, 237. Der Bundesrat wies demgegenüber daraufhin, dass dem Registerrichter bei schwierigen Rechtsfragen eine angemessene Überlegungsfrist zustehen müsse, vgl. Stellungnahme des Bundesrats vom 10.2.2006, Nr. 29 = BT-Drucks. 16/960, S. 82. Entsprechend wurde in § 25 Abs. 1 Satz 2 HRV die Höchstfrist für Entscheidungen über Anmeldungen von einem Monat gestrichen.

³² Gleichermaßen hoffnungsvoll *Seibert/Decker* DB, 2006, 2446, 2449 und *Noack*, NZG 2006, 801, 802.

³³ Auf diese Vorschrift wird in zahlreichen Einzelgesetzen – § 8 Abs. 5 GmbHG, § 37 Abs. 5, § 45, § 52 Abs. 6 Satz 2 AktG, § 11 Abs. 4 GenG, § 5 Abs. 2 PartGG – „zum Zwecke der Klarstellung“ (vgl. BT-Drucks. 16/960, S. 164, 167), verwiesen.

³⁴ Vgl. aber auch Unterlagen gemäß § 199 Var. 2 UmwG.

³⁵ § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 130 Abs. 1 AktG; im Falle der Beurkundung gilt § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB.

Indem das Gesetz Urschriften und (einfache) Abschriften gleichbehandelt, offenbart es einen Wertungswiderspruch. Im Ergebnis bleibt § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB jedoch bewusst hinter den Formvorschriften verschiedener Einzelgesetze zurück, um die Unternehmen nicht mit „neuem Bürokratieaufwand“³⁶ – etwa der Beschaffung von Signaturkarten zur Erzeugung der elektronischen Form (§ 126 a BGB) – zu belasten. Durch die Formulierung, wonach eine elektronische Aufzeichnung „genügt“, stellt die Vorschrift aber klar, dass es den Beteiligten unbenommen bleibt, auf die elektronische Form zurückzugreifen oder den Notar zu ersuchen, eine elektronisch beglaubigte Abschrift gemäß § 39 a BeurkG zu erzeugen.³⁷ Wenn auch das Gesetz die mangelnde Formqualität übermittelter Dokumente bewusst in Kauf nimmt, sollte der Notar grundsätzlich³⁸ anregen, eine elektronisch beglaubigte Abschrift zu übermitteln. Dies sichert die Authentizität der Erklärung, ermöglicht dem Gericht die formelle Prüfung der Eintragungsunterlagen und trägt der Bedeutung eines mit öffentlichem Glauben (§ 15 HGB) versehenen Registers Rechnung.

Was eine „elektronische Aufzeichnung“ im Sinne des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB ist, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus seiner Begründung. Falsch wäre es jedoch, die elektronische Aufzeichnung mit der Textform gemäß § 126 b BGB gleichzusetzen.³⁹ Gemeint ist vielmehr eine Form, die es ermöglicht, Dokumente in inhaltlich unveränderbarer Form zur Ablage im Registerordner zu speichern (§ 47 Abs. 1 Satz 2 HRV). Den Anforderungen der elektronischen Aufzeichnung genügt somit nur eine Bilddatei, also eine Art „elektronische Fotokopie“, insbesondere in den Formaten PDF und Tiff⁴⁰, die entweder durch das Einscannen einer Papiervorlage oder unmittelbar elektronisch mit Hilfe eines sog. PDF- oder Tiff-Druckers erzeugt werden kann.⁴¹ Folgende Beispiele sollen Funktion und Bedeutung von § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB verdeutlichen:

aa) GmbH-Gesellschafterliste, § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG

Nach dem unveränderten Wortlaut der § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG haben die Geschäftsführer bei der Gründung sowie nach jeder Veränderung im Gesellschafterbestand eine „unterschiedene Liste der Gesellschafter“ einzureichen. Während also das GmbHG die Schriftform weiterhin⁴² gem. § 126 BGB anordnet, begnügen sich § 8 Abs. 5 GmbHG, § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB mit einer elektroni-

schon Aufzeichnung. Nicht ausreichend ist allerdings eine Liste in Textform (§ 126 b BGB), weil es sich hierbei zwar um eine (elektronisch) lesbare, aber unterschriftslose Erklärung handelt.⁴³ Allenfalls die elektronische Form (§ 126 a BGB) ersetzt gemäß § 126 Abs. 3 BGB die Schriftform, nicht aber die Textform. Sowohl den Anforderungen der § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG also auch des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB genügt hingegen eine in Papierform erstellte und von den Geschäftsführern unterschriebene Liste, die anschließend zur Erstellung einer „elektronischen Aufzeichnung“ eingescannt und in das PDF- oder Tiff-Format überführt wurde. Auch wenn die Gesellschafterliste nicht zu Eintragungen in das Handelsregister führt und somit keinen Anknüpfungspunkt für § 15 HGB bildet, verfolgen die § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG den Zweck, den jeweils aktuellen Gesellschafterbestand im Handelsregister⁴⁴ zu verlaublichen. Weil der Rechtsverkehr ein legitimes Interesse an zutreffender Information über den jeweiligen Gesellschafterbestand hat,⁴⁵ erscheint es sachgerecht – jedenfalls dann, wenn der Notar ohnehin an der Erstellung und/oder Übermittlung der Liste mitwirkt –, eine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39 a BeurkG) bei Gericht einzureichen. Dies geht zwar über die Mindestanforderungen des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB hinaus, trägt jedoch auch als Vorgriff der geplanten Aufwertung der Gesellschafterliste als Basis für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen durch das MoMiG Rechnung.⁴⁶

In jedem Fall sollte der Notar anlässlich der Beurkundung einer GmbH-Gründung oder der Abtretung von Geschäftsanteilen die Beteiligten nicht nur auf die Einreichung der Liste als solches, sondern auch auf gesetzliche Formvorgaben für deren Übermittlung hinweisen:

Formulierungsvorschlag

Die Geschäftsführer haben unverzüglich [bei jeder Änderung im Gesellschafterbestand/nach Wirksamkeit dieser Abtretung] eine elektronische Aufzeichnung einer von ihnen unterschriebenen Liste sämtlicher Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, zum Handelsregister über die elektronische Poststelle beim Registergericht einzureichen. Wenn sie diese Pflicht verletzen, haften sie den Gläubigern der GmbH für den daraus entstehenden Schaden als Gesamtschuldner.

bb) GmbH-Gesellschafterbeschlüsse und Stimmrechtsvollmachten

Bei Änderungen in der Person der Geschäftsführer sind der Registeranmeldung die Urkunden über die Bestellung oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in „Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift“ beizufügen, § 39 Abs. 2 GmbHG.⁴⁷ Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB ge-

³⁶ *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2447.

³⁷ Siehe hierzu auch BT-Drucks. 16/960, S. 45; ebenso *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2447.

³⁸ Denkbare Ausnahme ist etwa die Übermittlung eines Überweisungsbelegs bei Leistungen auf das Stamm- oder Grundkapital.

³⁹ So aber *Noack*, NZG 2006, 801, 802, der sich jedoch fragen lassen muss, warum das Gesetz den rechtlich klaren Begriff der Textform (§ 126 b BGB) nicht verwendet, sondern stattdessen auf die gesetzlich nicht näher bestimmte „elektronische Aufzeichnung“ ausweicht.

⁴⁰ PDF steht für Portable Document Format; Tiff meint Tagged Image File Format; beide Formate geben das durch sie erzeugte Layout in einer vom Drucker und von Voreinstellungen unabhängigen und weitgehend originalgetreuen Darstellung wieder.

⁴¹ Hierzu exemplarisch *Sikora*, DAI-Skript „Elektronischer Rechtsverkehr“, 2. Aufl., München/Nürnberg Herbst 2006, Fall 3.

⁴² Hieran ändert auch der Verweis in § 8 Abs. 5 GmbHG auf § 12 Abs. 2 HGB nichts. Insoweit soll nur klargestellt werden, dass die elektronische Übermittlung der Liste ausreicht, vgl. BT-Drucks. 16/960, S. 167.

⁴³ *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl., § 126 b Rdnr. 1.

⁴⁴ Die Gesellschafterliste wird im Registerordner abgelegt, der allgemein über das Internet zugänglich ist, § 9 Abs. 1 HRV.

⁴⁵ So ausdrücklich *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., § 40 Rdnr. 1.

⁴⁶ Ebenso *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2447 und *Noack*, NZG 2006, 801, 802; Zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen siehe § 16 Abs. 3 GmbHG-RefE (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 29.5.2006 – MoMiG).

⁴⁷ Das Gericht soll prüfen können, ob die vorgelegten Unterlagen die Eintragung tragen, vgl. statt vieler OLG Düsseldorf, GmbHR 2001, 570 und *Wachter*, GmbHR 2001, 1129, 1138.

nügt wiederum – im Hinblick auf die Urschrift – eine „elektronische Aufzeichnung“ des Gesellschafterbeschlusses. Um jedoch auch in diesem Fall dem Gericht im Interesse der Richtigkeit seiner Eintragung in das mit öffentlichem Glauben versehene Register (§ 15 HGB) eine verlässliche Prüfung zu ermöglichen, sollte der Notar wiederum eine elektronisch beglaubigte Beschlussabschrift (§ 39 a BeurkG) einreichen. Dafür spricht auch, dass der Beschluss gemäß § 9 Abs. 1 HRV im Registerordner gespeichert wird und jedem zur Einsichtnahme im elektronischen Handels- und Unternehmensregister offen steht (§ 9 Abs. 1 HGB).

Die Formfrage spitzt sich in den Fällen zu, in denen Beschlüsse im Umlaufverfahren (etwa per E-Mail)⁴⁸ gefasst werden oder einzelne Gesellschafter aufgrund einer lediglich in Textform erteilten Vollmacht (§ 47 Abs. 3 GmbHG) vertreten sind. Auch wenn in diesen Fällen die zum Register einzureichenden Unterlagen bereits elektronisch (in Textform) vorliegen, ist es geboten, diese jedenfalls in elektronische Bilddaten (etwa im PDF- oder Tiff-Format) umzuwandeln, um dem Merkmal der „Aufzeichnung“ in § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB Rechnung zu tragen und für die Bereitstellung im Registerordner dem Gericht die von § 47 Abs. 1 Satz 2 HRV geforderte Form zu liefern.

Generell gilt: E-Mails und Word-Dateien genügen zwar der Textform gemäß § 126 b BGB, ihr Inhalt kann jedoch vom Empfänger ohne sichtbare Spuren verändert werden,⁴⁹ so dass sie weder den Anforderungen einer „elektronischen Aufzeichnung“ noch den Vorgaben des § 47 Abs. 1 Satz 2 HRV genügen und somit zur dauerhaften Wiedergabe in einem öffentlichen Register ungeeignet sind.⁵⁰ Allerdings sollte der Notar andererseits von einem lediglich in Textform vorliegenden Dokument auch keine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39 a BeurkG) fertigen, um den Rechtsverkehr vor Täuschungen zu schützen.⁵¹ Eine E-Mail enthält weder Unterschrift noch Signatur, so dass der Urheber nicht verlässlich festgestellt werden kann. Ebenso wie es sich mangels tauglicher Ausgangsqualität der Vorlage verbietet, vom Ausdruck einer herkömmlichen Word-Datei eine beglaubigte (Papier-) Abschrift gemäß §§ 39, 42 BeurkG zu fertigen, gilt dies gleichermaßen für das Herstellen einer elektronisch beglaubigten Abschrift. Sowohl Ausdruck als auch Kopie der Word-Datei können beliebig von den Beteiligten selbst erzeugt werden, so dass die notarielle Mitwirkung keinen erkennbaren Sinn hat und allenfalls den Rechtsverkehr über die Qualität der Vorlage täuscht.⁵²

⁴⁸ Zur Zulässigkeit und Form von Gesellschafterbeschlüssen außerhalb einer Gesellschafterversammlung *Heckschen* in *Heckschen/Heidinger*, *Die GmbH in der Gestaltungspraxis*, 2005, S. 140 f.

⁴⁹ Zudem können Word-Dateien aktive oder dynamische Inhalte enthalten. Ihr Beweiswert ist beispielsweise schon dann erheblich beeinträchtigt, wenn das aktuelle Datum über eine Feldfunktion eingebunden wird. Je nach Öffnungszeitpunkt der Datei erscheint ein anderes Datum.

⁵⁰ Dennoch sehen die Rechtsverordnungen der Länder (z. B. für Bayern § 2 Abs. 4 Satz 1 ERVV) vor, dass auch Word-Dokumente (ohne Makros) oder RTF-Dateien eingereicht werden können. Damit berücksichtigt der Verordnungsgeber jedoch nur die große Verbreitung dieser Formate, um für Einreichungen von Unternehmen oder Bürgern im Einzelfall keine allzu großen Hürden aufzubauen. Notare sollten sich wegen § 47 Abs. 1 Satz 2 HRV dieser Formate nicht bedienen.

⁵¹ Zur Pflicht des Notars, den Rechtsverkehr bei Abschriftsbeglaubigungen vor Täuschungen zu schützen, *Eylmann/Vaasen/Limmer*, *BeurkG*, 2. Aufl., § 42 Rdnr. 1.

⁵² Hierzu bereits *Sikora*, *DAI-Skript „Elektronischer Rechtsverkehr“*, 2. Aufl., München/Nürnberg Herbst 2006, Fall 3.

Anders zu beurteilen ist indessen der Fall, dass Dokumente in elektronischer Form (§ 126 a BGB) von den Beteiligten hergestellt wurden. Hat etwa der Alleingesellschafter einer GmbH einen Gesellschafterbeschluss im Tiff-Format erzeugt und diesen mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen, erfüllt er mit der elektronischen Form, die gemäß § 126 Abs. 3 BGB die Schriftform ersetzt, die Vorgaben des § 48 Abs. 3 GmbHG. Eine Transferleistung durch den Notar oder das Erzeugen einer elektronisch beglaubigten Abschrift (§ 39 a BeurkG) ist nicht veranlasst. Soweit jedoch die Unternehmen nicht über Signatureinrichtungen verfügen, obliegt es dem Notar, die Transferleistung von der Papierwelt in die elektronische Welt für das Registergericht und den Rechtsverkehr in einer § 47 Abs. 1 Satz 2 HRV entsprechenden Form zu erbringen; bei privatschriftlichen Vorlagen sollte dies grundsätzlich durch die Herstellung einer elektronisch beglaubigten Abschrift (§ 39 a BeurkG) geschehen.

cc) Anzeige des Notars gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

Nach der Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen hat der Notar dem Registergericht die Abtretung unverzüglich anzuzeigen, § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Die Anzeige ist formlos möglich,⁵³ wenn auch die Schriftform üblich ist. Das Gericht soll über Veränderungen im Gesellschafterbestand informiert werden, um ggf. bei den Beteiligten eine aktuelle Gesellschafterliste anzufordern. Im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Registergericht gilt nunmehr: Ausreichend ist eine vom Notar unterschriebene Anzeige, die eingescannt wurde und als Bilddatei an die elektronische Poststelle übermittelt wird. Da Notare jedoch flächendeckend über Signatureinrichtungen verfügen, erscheint es zweckmäßig, die Anzeige elektronisch als qualifiziert-signiertes Dokument, also in elektronischer Form gemäß § 126 a BGB, zu übermitteln.

Generell ist durch das EHUG die Möglichkeit einer papiergebundenen Kommunikation zwischen Notaren und Gerichten aber nicht vollständig ausgeschlossen. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 12 HGB steht es Notaren auch künftig frei, etwa auf eine Zwischenverfügung durch einen Brief zu reagieren.

b) Notariell beurkundete oder beglaubigte Dokumente

Die Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB bestimmt: Ist ein notariell⁵⁴ beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen, so ist ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39 a BeurkG) versehenes Dokument zu übermitteln. Soweit also bisher die Ausfertigung einer notariellen Urkunde oder eine beglaubigte Abschrift einzureichen waren, ist nunmehr eine elektronisch beglaubigte Abschrift gemäß § 39 a BeurkG zu übermitteln. Dies gilt etwa für die Gründungsurkunde einer GmbH (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) oder einer AG (§ 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG), Niederschriften über Gesellschafterversammlungen, soweit eine Beurkundungspflicht besteht⁵⁵, oder im Falle des § 199 Var. 1 UmwG. Erfasst von § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB werden ferner die Handelsregisteranmeldung als solche sowie (einfache) Vermerke aller Art (§ 39 BeurkG), wie etwa Satzungs- (§ 54

⁵³ *Gustavus*, *GmbHR* 1998, 17, 19; *Priester*, *DNotZ* 1998, 691, 710.

⁵⁴ Gleiches gilt für Urkunden, die gem. § 10 KonsularG von Konsularbeamten errichtet wurden.

⁵⁵ Hierzu bereits Fn. 35.

Abs. 1 GmbHG, § 181 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 AktG) und Registerbescheinigungen.⁵⁶

In entsprechender Anwendung gilt die Norm ferner für ausländische öffentliche Urkunden sowie sonstige öffentliche Vermerke wie etwa Apostillen. Ist beispielsweise gemäß § 13 e Abs. 2 Satz 2 GmbHG bei der Errichtung der Zweigniederlassung einer englischen Limited das Bestehen der Gesellschaft als solches nachzuweisen, sind sämtliche hierzu erforderlichen Dokumente gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB (analog) in elektronisch beglaubigter Abschrift dem Gericht vorzulegen. Schließlich erscheint es sachgerecht, dieselbe Form für Erklärungen von Behörden zu fordern. Gemeint sind etwa Genehmigungen nach § 34 c GewO oder §§ 1, 7 Abs. 4 HandwO.⁵⁷ Hierbei handelt es sich zwar nicht um notarielle Urkunden oder öffentlich beglaubigte Abschriften, jedoch sind Behörden ebenso wie Notare zur Siegelführung befugt. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG und § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG gehen zudem davon aus, dass dem Gericht grundsätzlich die Urschrift der Genehmigung vorgelegt wird, was nunmehr allenfalls dann möglich ist, wenn der behördliche Verwaltungsakt gemäß § 37 Abs. 2, 3 VwVfG elektronisch erlassen wird. Bei schriftlichen Verwaltungsakten sollte der Notar daher eine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39 a BeurkG) an das Gericht senden, um dem Grundsatz der Formäquivalenz Rechnung zu tragen.⁵⁸

Stets gilt: Der Notar hat im Beglaubigungsvermerk (§ 39 a BeurkG) zum Ausdruck zu bringen, ob ihm eine Urschrift, eine Ausfertigung oder seinerseits nur eine beglaubigte Abschrift vorgelegen hat.

Formulierungsvorschlag

Ich beglaubige hiermit die Übereinstimmung dieser elektronischen Aufzeichnung mit der mir vorliegenden [Urschrift/Ausfertigung/beglaubigten Abschrift].

c) Besonderheiten bei Registervollmachten und Nachweisen der Rechtsnachfolge

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB sind Vollmachten zur (Register-)Anmeldung ebenfalls ausschließlich elektronisch in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen. Eine Rechtsnachfolge ist wie bisher – soweit tunlich – durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB. Wenn auch beide Vorschriften dem Grunde nach dem früheren § 12 Abs. 2 HGB entsprechen, ergeben sich durch die Pflicht zur ausschließlich elektronischen Übermittlung Änderungen: Um sicherzustellen, dass ein Erbschein nicht eingezogen oder für kraftlos erklärt ist (§ 2361 BGB), war dieser dem Gericht regelmäßig in Ausfertigung vorzulegen.⁵⁹ Elektronische Ausfertigungen

⁵⁶ Der Wortlaut ist insoweit nicht ganz eindeutig, weil § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB nur von notariell beurkundeten Dokumenten und öffentlich beglaubigten *Abschriften* spricht. Die Handelsregisteranmeldung wurde bisher in der Regel als unterschrittsbeglaubigte Privaturkunde in Urschrift eingereicht. Man wird jedoch unterschrittsbeglaubigte Privaturkunden ebenso unter die Norm subsumieren müssen wie Satzungsbescheinigungen des Notars, die als Vermerk nach § 39 BeurkG erteilt werden, *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 54 Rdnr. 11.

⁵⁷ Vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG.

⁵⁸ Der Fall erscheint deshalb den in § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB erwähnten notariellen Urkunden vergleichbar, weil auch bei schriftlichen Verwaltungsakten die erlassende Behörde erkennbar sein muss (was in der Regel durch das Beidrücken des Siegels sichergestellt wird) und der Verwaltungsakt grundsätzlich eine Namensunterschrift zu tragen hat, § 37 Abs. 5 VwVfG.

⁵⁹ KG, MittRhNotK 2000, 397; OLG Hamm, MittRhNotK 1986, 128; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 128.

von Erbscheinen sind aber bis auf weiteres nicht zu erwarten. Weil jedoch Papieraufertigungen gemäß § 12 HGB nicht mehr vorgelegt werden können, ist seit 1.1.2007 eine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39 a BeurkG) zu übermitteln. Nach der Gesetzesbegründung genügt dies, wenn die Ausfertigung dem Notar vorgelegt und die elektronisch beglaubigte Abschrift zeitnah an das Registergericht übermittelt wird.⁶⁰ Die Prüfung des Bestehens eines Erbscheins oder einer Vollmacht wird damit auf den Notar verlagert.⁶¹ Der Beglaubigungsvermerk ist insoweit anzupassen.

Formulierungsvorschlag:

Ich beglaubige hiermit die Übereinstimmung dieser elektronischen Aufzeichnung mit dem mir in Ausfertigung vorliegenden Erbschein des Amtsgerichts – Nachlassgericht <Ort> vom <Datum>, Gz. <Nr.>.

Für Registervollmachten gilt Entsprechendes: Wenn auch schon bisher lediglich eine beglaubigte Abschrift einer unterschrittsbeglaubigten Vollmacht eingereicht werden konnte,⁶² sollte der Notar sich erst recht die Urschrift oder eine Ausfertigung der Registervollmacht vorlegen lassen und entsprechende Feststellungen in seinem (elektronischen) Beglaubigungsvermerk treffen. Ebenso wie bei Erbscheinen kann das Gericht den Fortbestand der Vollmacht (§§ 170–173 BGB) nicht mehr selbst prüfen. Es muss sich vielmehr auf die Feststellungen des Notars verlassen.

Formulierungsvorschlag:

Ich beglaubige hiermit die Übereinstimmung dieser elektronischen Aufzeichnung mit der mir in [Urschrift/Ausfertigung] vorliegenden Vollmacht von <Name> vom <Datum>.

4. Registervorlage

Der Notar hat als Folge des EHUG XML-Strukturdaten zusammen mit den als Anlagen beigefügten Dokumenten an die elektronische Poststelle zu übermitteln. Bei der Zusammenstellung der Anlagen sollte er sich am späteren Abruf der Dokumente im Register orientieren. Bei einer GmbH-Neugründung sollte die Gründungsurkunde mit der Satzung, Registeranmeldung und Gesellschafterliste nicht in eine einzige elektronische Datei transformiert werden, weil eine ordnungsgemäße Weiterverarbeitung und getrennte Beauskunftung im Registerordner des elektronischen Handels- und Unternehmensregisters sonst nicht sichergestellt werden können. Allgemein gilt: Jede (Papier-)Urkunde bzw. jedes (Papier-)Dokument ist als gesonderte Bilddatei zu übermitteln. Das Ein-scannen sollte sich also stets am späteren Abruf im Register orientieren.

Der Notar sollte ferner im EGVP-Client die ausgehende Nachricht selbst signieren, um seiner Prüfungspflicht für den Postauslauf gerecht zu werden. Wenn der Notar eine Anmeldung beurkundet oder beglaubigt hat, enthält sie – neben den Wirkungen des § 129 FGG – bereits den Eintragungsantrag, so dass ihre (elektronische) Übermittlung als solches genügt.⁶³ Jedenfalls in Standardfällen ist ein gesondertes Vorlageschreiben an das Gericht – etwa in elektronischer Form

⁶⁰ BT-Drucks. 16/960, S. 45.

⁶¹ Schon bisher hat der Notar diese Prüfung vor Einreichung bei Gericht vorgenommen.

⁶² *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 109.

⁶³ Zur bisherigen Rechtslage *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 121, 124. § 129 FGG bleibt durch die Umstellung auf den elektronischen Rechtsverkehr unberührt.

oder als eingescannter Brief – unnötig. Allenfalls wenn der Notar auf Besonderheiten im Vollzug hinweisen, die Anmeldung einschränken oder ergänzen möchte sowie mitteilen will, dass er diese lediglich als Bote und nicht als Verfahrensbevollmächtigter im Sinne des § 13 FGG übermittelt, sollte er dies in einem Begleitschreiben (vorzugsweise in elektronischer Form gemäß § 126 a BGB) zum Ausdruck bringen.⁶⁴

Wenn auch der EGVP-Client jedermann kostenlos zur Verfügung steht, ist zu erwarten, dass die Rolle des Notars bei der Übermittlung von Daten und Unterlagen an das Registergericht künftig an Bedeutung gewinnt. Wer nur gelegentlich mit dem Registergericht kommuniziert, weil er etwa als GmbH-Geschäftsführer eine aktuelle Gesellschafterliste einreichen muss, wird den Aufwand scheuen, selbst die technischen Voraussetzungen vorzuhalten. Für den Notar bietet sich hier ebenso wie gegenüber größeren Unternehmen oder Anwaltskanzleien die Möglichkeit, sich als kompetenter Dienstleister bei der elektronischen Kommunikation mit dem Registergericht zu präsentieren. Der Notar sollte in diesem Zusammenhang auch ausländische Kollegen bei einer formgerechten Einreichung unterstützen.

5. Registervorlage durch Notarvertreter

Bei der Herstellung elektronisch beglaubigter Abschriften und der elektronischen Registervorlage tritt an die Stelle von Unterschrift und Amtssiegel des Notars seine qualifizierte elektronische Signatur, die – als funktionaler Ersatz des Siegels – ein entsprechendes Notarattribut enthält.⁶⁵ Handelt der Notarvertreter in der papiergebundenen Welt, führt er kein eigenes Siegel, sondern gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 BNotO das Siegel des vertretenen Notars. In der elektronischen Welt kann und darf⁶⁶ der Notarvertreter hingegen nicht die Signaturkarte des vertretenen Notars verwenden, weil virtuelle Unterschrift und virtuelles Siegel auf der Karte nicht voneinander getrennt verwendet werden können. Der Notarvertreter benötigt daher eine eigene Signaturkarte, um seine elektronische „Unterschrift“ leisten zu können. Die Bestätigung der Notar-(vertreter-)Eigenschaft gemäß § 39 a Satz 4 BeurkG ist hingegen bis auf weiteres durch eine elektronisch beglaubigte Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde des Präsidenten des Landgerichts zu führen.⁶⁷

Die vom Notarvertreter elektronisch hergestellte öffentliche Urkunde setzt sich demgemäß aus mehreren Dateien zusammen: Dem zu beglaubigenden Dokument, das auch den Beglaubigungsvermerk enthält, nebst Signaturdatei (als virtuelle Unterschrift des Vertreters) sowie der – in der Regel vom

vertretenen Notar hergestellten⁶⁸ – elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde des zuständigen Präsidenten des Landgerichts nebst Signaturdatei (beide Dateien zusammen bilden das „virtuelle Amtssiegel“). Um hieraus eine elektronische öffentliche Urkunde im Sinne des § 39 a BeurkG herzustellen, sind sämtliche Dateien in einer – durch den Vertreter abermals signierten – Containerdatei im ZIP-Format⁶⁹ an das Registergericht zu senden. Die Software SigNotar der Bundesnotarkammer erledigt bei einer Verwendung durch den Vertreter die hierzu technisch notwendigen Vorgänge automatisiert.

An Stelle des Notars übernimmt es der Vertreter schließlich, im EGVP-Client mit seiner eigenen Signaturkarte den Postversand freizugeben. Der Vertreternachweis ist nur dann gesondert erforderlich, wenn der Vertreter nicht selbst, sondern etwa der vertretene Notar, die beglaubigten Abschriften (§ 39 a BeurkG) hergestellt hat. Wird hingegen die elektronisch beglaubigte Abschrift der Bestellungsurkunde bereits im Rahmen der beglaubigten Abschriften mitgeschickt, ist eine gesonderte Übermittlung entbehrlich.

In einer Sozietät kann auch wie folgt verfahren werden: Auch wenn der Notar als Vertreter seines Sozius eine notarielle Urkunde errichtet hat, spricht nichts dagegen, anschließend in eigener Notareigenschaft die elektronisch beglaubigten Abschriften (§ 39 a BeurkG) herzustellen und zusammen mit den Strukturdaten an das Gericht zu übermitteln. Um jedoch etwaige Probleme im Zusammenhang mit § 129 FGG zu vermeiden, sollte die Registeranmeldung eine Vollmacht nicht nur für den vertretenen Notar und dessen Vertreter, sondern ausdrücklich auch für den Sozius in eigener Notareigenschaft enthalten.⁷⁰

6. Kosten

An unerwarteter Stelle dient das EHUG abermals der Beschleunigung des Registerverfahrens, indem es einen Vorschlag aus der notariellen Praxis aufgreift.⁷¹ Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 KostO darf das (Register-)Gericht keinen Kostenvorschuss (mehr) fordern, wenn der Notar erklärt hat, dass er für die Kostenschuld des Antragstellers die persönliche Haftung übernimmt. Zweckmäßig erscheint es daher nunmehr, dass der Notar in eigener Person von den Beteiligten einen Vorschuss auf die Gerichtskosten gemäß §§ 8, 141 KostO erhebt,⁷² dem Gericht gegenüber die persönliche Haftung übernimmt und nach der Eintragung mit den Beteiligten abrechnet.

Im Übrigen beschränken sich durch das EHUG veranlasste Änderungen der KostO grundsätzlich⁷³ auf die Gerichtsge-

⁶⁴ Zur Übermittlung als Bote *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 126.

⁶⁵ Dieses auf der Signaturkarte enthaltene Attribut stellt die Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle im Sinne des § 39 a Satz 4 BeurkG dar.

⁶⁶ Die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt die Unterschrift, bei der es sich stets um eine höchstpersönliche Angelegenheit handelt; Weitergabe der Signaturkarte oder gar der PIN verstoßen im Übrigen gegen die Richtlinien der Landesnotarkammer Bayern (Abschnitt IV, Nr. 2); gleichlautend die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, IV, Nr. 2, DNotZ 2006, 561.

⁶⁷ Weil die Bestätigung der Notareigenschaft im Sinne des § 39 a Satz 4 BeurkG dokumentieren muss, dass der vertretene Notar das öffentliche Notaramt innehat und sodann erkenntlich machen, dass dieses auf den konkreten Vertreter – zeitlich begrenzt – übertragen wurde, wäre ein allgemein gehaltenes und auf der Vertreterkarte angebrachtes Attribut „Notarvertreter“ nicht geeignet, die erforderliche Legitimationskette abzubilden.

⁶⁸ Ein Mitwirkungsverbot gem. § 3 BeurkG besteht nicht, weil es sich um keine Angelegenheit des vertretenen Notars, sondern allenfalls um eine solche des Vertreters handelt. Umgekehrt ist die Erzeugung der elektronisch beglaubigten Abschrift durch den vertretenen Notar sogar erwünscht, um die Legitimationskette (vgl. Fn. 67) nachzubilden. Indem der Notar dem Vertreter die elektronisch beglaubigte Abschrift zur Verfügung stellt, wird zugleich für den Rechtsverkehr die Übergabe der Amtsgeschäfte – ähnlich der Gestattung, das Siegel zu verwenden – dokumentiert.

⁶⁹ Das ZIP-Format ist ein Datencontainer, in dem mehrere Dateien nach verschiedenen Methoden komprimiert oder direkt gespeichert werden können.

⁷⁰ Dies sollte jedoch für den Kostenschuldner zu keinen Mehrkosten führen (Pflicht zur kostengünstigen Gestaltung).

⁷¹ *Wachter*, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 88, Vorschlag Nr. 8.

⁷² § 8 KostO ermöglicht auch einen Vorschuss auf Auslagen, *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 8 Rdnr. 2.

⁷³ Vgl. aber die Änderung in § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO, die der Abschaffung der Namenszeichnung Rechnung trägt.

bühren. Was den Notar angeht, wird seine Amtstätigkeit im elektronischen Rechtsverkehr von der KostO zwar erfasst (§ 1 a Abs. 1 Satz 1 KostO), allerdings fehlen teilweise ausdrückliche Bestimmungen, die den technischen Neuerungen Rechnung tragen.⁷⁴ Die Notarkosten im Zusammenhang mit Registeranmeldungen wurden bereits bei *Tiedtke/Sikora*⁷⁵ behandelt. Ergänzend ist auf folgende zwei Fallgestaltungen hinzuweisen:⁷⁶

a) Isolierte Übermittlung einzelner Dokumente, etwa einer Gesellschafterliste

Unabhängig von einer Beurkundung oder Beglaubigung übernimmt es der Notar „als Bote“ für die Beteiligten eine privatschriftlich erstellte Gesellschafterliste an das Gericht zu übermitteln, wozu die Geschäftsführer vom Gericht aufgefordert wurden: Entwirft der Notar die Liste nicht selbst,⁷⁷ sondern übermittelt er lediglich ein Fremddokument, erhält er hierfür eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert von 5–10 %.⁷⁸ Für das Einscannen der Liste steht ihm die Dokumentenpauschale gemäß § 136 Abs. 1, 2 KostO (0,50 € pro Seite für die ersten 50 Seiten) zu und – soweit er hiervon eine elektronisch beglaubigte Abschrift gemäß § 39 a BeurkG erstellt – zusätzlich die Gebühr nach § 55 KostO (0,50 € pro Seite, mindestens 10 €); für den Versand mittels EGVP-Client hat der Notar eine Gebühr von 2,50 € (§ 136 Abs. 3 KostO) zzgl. der Auslagen für die Nutzung des Internets (§ 152 Abs. 2 Nr. 2 KostO) zu erheben. Auch wenn der Notar die Liste zusammen mit XML-Strukturdaten übermitteln muss, erscheint es im Hinblick auf den vergleichsweise geringen Aufwand in diesem Fall⁷⁹ nicht sachgerecht, für das Zusammenstellen der XML-Daten eine gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auszuweisen.

b) Registervorlage von Fremddokumenten

Der Notar soll aufgrund Vollmacht und im Auftrag der Beteiligten die Neugründung einer GmbH anmelden, für die anderweitig, etwa durch einen Konsularbeamten, dem die technischen Voraussetzungen fehlen, bereits sämtliche Unterlagen in Papierform (Anmeldung, Gründungsurkunde, Gesellschafterliste) formgerecht erstellt sind: Für das Herstellen elektronisch beglaubigter Abschriften der Papierurkunden steht dem Notar jeweils die Gebühr nach § 55 KostO zzgl. der Dokumentenpauschale gemäß § 136 Abs. 1, 2 KostO für das Einscannen zu. Er erhält zudem für das Zusammenstellen der Strukturdaten in XNotar eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert. Angemessen erscheinen etwa 10–20 %.⁸⁰ Eine zusätzliche ⁵/₁₀-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO steht ihm für das Übermitteln der Daten an das Gericht, also für den Versand der „Fremddokumente“ und die Übernahme der Vorlagetätigkeit zu (Teilwert in Höhe von

10–20 %).⁸¹ Für den Versand fallen wiederum 2,50 € pro Datei gemäß § 136 Abs. 3 KostO an. Schließlich können die Auslagen für die Nutzung des Internets gemäß § 152 Abs. 2 Nr. 2 KostO berechnet werden.

7. Wegfall der Namenszeichnung

Das EHUG schafft das Erfordernis der Namenszeichnung ab. Die §§ 12, 13 d, 14, 29, 53, 108, 148 HGB, §§ 37, 81, 266 AktG, §§ 8, 39, 67 GmbHG wurden entsprechend geändert. Die elektronische Führung des Handelsregisters könnte zwar auch eingescannte Unterschriften digital aufnehmen. Hierbei ist jedoch die Echtheit nicht hinreichend gewährleistet und ein Missbrauchsrisiko gegeben, weil die Unterschrift als digitale Grafik für jedermann verfügbar wäre.⁸² Zudem geht der Gesetzgeber optimistisch davon aus, dass die elektronische Signatur die eigenhändige Namensunterschrift im Geschäftsverkehr ablösen wird.⁸³

8. Übermittlung von Übersetzungen – § 11 HGB

Unternehmen können seit 1.1.2007 nach § 11 HGB zum Handelsregister einzureichende Dokumente zusätzlich zu der deutschen Fassung in jeder Amtssprache eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union übermitteln.⁸⁴ Der Gesetzgeber trägt damit den Vorgaben von Art. 3 a der Publizitätsrichtlinie⁸⁵ Rechnung. Die Übersetzungen prüft das Gericht jedoch weder auf ihre Richtigkeit, noch macht es diese bekannt. Allerdings genießen sie gemäß § 11 Abs. 2 HGB einen eingeschränkten (§ 15 HGB gilt nur für die deutsche Fassung)⁸⁶ Gutglaubensschutz: Weicht die deutsche Fassung von der Übersetzung ab, kann sich ein Dritter auf die Übersetzung berufen, es sei denn, der Eingetragene weist nach, dass dem Dritten die Originalfassung bekannt war.

II. Eintragung und Bekanntmachung

Abgesehen davon, dass Eintragungen nunmehr ausschließlich elektronisch vorgenommen und vom Eintragenden signiert werden (§ 8 a Abs. 1 HGB, § 28 HRV), ergeben sich insoweit keine Änderungen. Auch kostenrechtlich ändert sich für die Beteiligten nichts.⁸⁷

Das EHUG hält an einer eigenständigen Bekanntmachung von Registereintragungen fest. Als Folge der elektronischen Registerführung erfolgt diese ab dem 1.1.2007 jedoch grundsätzlich elektronisch, und zwar auf einer gemeinsamen Internetplattform der Länder.⁸⁸ Die bisherige Pflichtpublikation im (Papier-)Bundesanzeiger wird aufgegeben. Darüber hinaus

⁷⁴ *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 394.

⁷⁵ MittBayNot 2006, 393.

⁷⁶ Die Autoren danken Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, Leiter der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., für seine Hinweise.

⁷⁷ Hätte der Notar die Liste selbst entworfen, stünde ihm hierfür bereits eine ⁵/₁₀-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu, und zwar aus einem Teilwert von 10–20 %, s. Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1054.

⁷⁸ *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393 Fn. 16.

⁷⁹ Vgl. aber generell zum Erheben einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO bei XML-Strukturdaten *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 396.

⁸⁰ *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 396.

⁸¹ Übernimmt es der Notar lediglich als Bote die Daten zu übermitteln, sollte dies im Teilwert (dann lediglich 5–10 %) zum Ausdruck kommen, weil er mit dem Verfahrensfortgang (z. B. Zwischenverfügungen) nichts mehr zu tun hat.

⁸² Allerdings sollten Beteiligte und Notare sich bewusst sein, dass dies ohnehin für alle eingescannten Urkunden gilt.

⁸³ BT-Drucks. 865/05, S. 47.

⁸⁴ Hierzu auch *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2448; zum RefE bereits *Krafka*, MittBayNot 2005, 290, 292.

⁸⁵ Richtlinie 68/151/EWG in der Fassung der Richtlinie 2003/58/EWG.

⁸⁶ BT-Drucks. 865/05, S. 44.

⁸⁷ Zu den Eintragungsgebühren für Handelsregistersachen siehe die Handelsregistergebührenverordnung – HRegGebV – vom 30.8.2004, zuletzt geändert durch das EHUG (BGBl 2006 I, S. 2553, 2581).

⁸⁸ Als Vorläufer besteht bereits www.handelsregisterbekanntmachungen.de.

bleibt für eine Übergangszeit bis 31.12.2008 die Pflicht zur Bekanntmachung durch „mindestens ein anderes Blatt“⁸⁹, in der Regel eine Tageszeitung, erhalten, Art. 61 Abs. 4 EGHGB.⁹⁰ Durch die elektronische Bekanntmachung sollen die Publizität der Registereintragungen erhöht und die Kosten für die Unternehmen spürbar gesenkt werden.⁹¹

Das EHUG verfolgt zudem das Ziel, diejenigen gesellschaftsrechtlichen Bekanntmachungen abzusuchen, mit denen keine gleichlautende Eintragung im Handelsregister korrespondiert. So wurde § 40 AktG gestrichen, nach dem bisher Gründungsdetails bekannt zu machen waren; Gleiches gilt für § 10 Abs. 3 GmbHG, wonach zusätzliche Bekanntmachungen bei Sachgründungen einer GmbH erfolgten. Der Wegfall von Zusatzbekanntmachungen ist möglich, weil der Rechtsverkehr jederzeit Zugriff auf die Dokumente im Handelsregister hat und sich somit selbst über inhaltliche Änderungen informieren kann.

III. Abruf und Einsicht

Weiterhin steht die Einsicht in das Handelsregister jedem „zu Informationszwecken“ offen, ohne dass ein rechtliches oder berechtigtes Interesse bestehen muss, § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB. Wenn damit auch der sachliche Umfang der Registerinsicht unverändert geblieben ist, führt die ausschließlich elektronische Registerführung und die Erreichbarkeit der Handelsregister über eine zentrale⁹² Internetplattform – *www.handelsregister.de* – zu einer erleichterten (weltweiten) Einsichtsmöglichkeit. Eine Online-Einsicht kostet nunmehr bundeseinheitlich 4,50 €. ⁹³ Die gleiche Gebühr fällt für jedes weitere abgerufene Dokument, z. B. eine GmbH-Gesellschafterliste, an. Wer sich also etwa über die Verhältnisse einer GmbH (Registerauszug, aktuelle Satzung und aktuelle Gesellschafterliste) informieren möchte, muss 13,50 € bezahlen.⁹⁴

Dokumente, die vor dem 1.1.2007 zum Handelsregister eingereicht wurden, liegen dort im Regelfall ausschließlich in Papierform vor. Eine lückenlose Überführung in elektronische Dokumente ist nicht vorgesehen, wenn auch die bayerische Justiz alle aktuellen GmbH-Gesellschafterlisten eingescannt hat und zum Abruf anbietet. Für Dokumente ab 1997 kann zwar deren elektronische Übermittlung verlangt werden, allerdings fallen hierfür erhebliche Kosten in Höhe von mindestens 25 € pro Dokument an.⁹⁵ Begnügt man sich bei Altdokumenten, die in Papierform vorliegen, mit einer Papierabschrift, fallen hierfür auch künftig nur die Dokumentenpauschale und eventuelle Beglaubigungsgebühren⁹⁶ an. Mit-

telfristig können die Notare ihrerseits Strukturdaten aus dem Handelsregister einlesen, um beispielsweise die Daten des Rechtsträgers und der Beteiligten in die eigene Software zu überspielen.

B. Unternehmensregister

I. Definition

Seit dem 1.1.2007 ist durch das EHUG ein neues Instrument zur Unternehmenspublizität im Rechtsverkehr verfügbar: Das elektronische Unternehmensregister nach § 8 b HGB – erreichbar unter der Internetadresse *www.unternehmensregister.de* – soll als zentrales Informationsportal wesentliche Daten deutscher Unternehmen unabhängig von deren Sitz allen Interessierten zur Verfügung stellen (Gedanke des sog. „One-Stop-Shopping“). Ziel ist es, sämtliche relevanten Daten gesammelt abrufbar bereitzuhalten, ohne dass eine Vielzahl unterschiedlicher Informationsquellen bemüht werden muss, um publikationspflichtige Angaben über ein Unternehmen zu erhalten.⁹⁷ Im Unternehmensregister können Informationen über sämtliche eingetragenen Unternehmen mit Sitz in Deutschland unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Größe recherchiert werden.⁹⁸ Da ein Großteil der Daten nicht direkt beim Unternehmensregister, sondern nur in Form von sog. Indexdateien dort gespeichert wird, lässt sich das neue Register auch mit einer Internetsuchmaschine vergleichen, die einen Zugriff auf unternehmensrelevante Datensammlungen ermöglicht.⁹⁹

II. Inhalt

Der Umfang der abrufbaren Information ergibt sich aus dem Katalog des § 8 b Abs. 2 HGB. Im Einzelnen sind über das Unternehmensregister die Eintragungen und Bekanntmachungen des Handelsregisters, des Partnerschaftsregisters und des Genossenschaftsregisters – und zwar einschließlich der zum jeweiligen Register eingereichten Dokumente – abrufbar. Ferner bietet das Unternehmensregister einen Zugriff auf die beim elektronischen Bundesanzeiger eingereichten Jahresabschlüsse nach § 325 HGB, gesellschaftsrechtliche Bekanntmachungen im elektronischen Bundesanzeiger¹⁰⁰, Veröffent-

⁸⁹ Aber eben beschränkt auf *ein* Blatt und nicht wie bisher eines oder mehrere.

⁹⁰ Zum Widerstand der Zeitungsverleger und der Sinnhaftigkeit von Bekanntmachungen in Tageszeitungen s. einerseits *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2448 f.; andererseits *Spindler*, WM 2006, 109; *Dauner-Lieb/Linke*, DB 2006, 767.

⁹¹ Gem. § 137 Abs. 1 KostO ist die Bekanntmachung im Internet pauschal mit 1 € zu vergüten.

⁹² Damit entfällt auch die Notwendigkeit, sich in jedem Bundesland gesondert für die Einsichtnahme anzumelden. Über einheitliche Zugangsdaten und ein zentrales Abrechnungsverfahren wird der Abruf von Registereintragungen ebenfalls erleichtert.

⁹³ HRegGebV, Gebührenverzeichnis Nr. 400; bisherige Vergünstigungen für Vielnutzer entfallen hingegen.

⁹⁴ Die Einsichtnahme vor Ort an einem Terminal auf der Geschäftsstelle des Registergerichts (§ 10 Abs. 1 HRV) bleibt auch künftig kostenfrei, § 90 KostO; vgl. hierzu die Klarstellung in Ziffer 4. (1) der Anlage zur HRegGebV.

⁹⁵ HRegGebV, Gebührenverzeichnis Nr. 5007.

⁹⁶ § 4 HRegGebV: 0,50 € pro Seite; bei einer beglaubigten Ablichtung kommen zusätzlich 0,50 € pro Seite, mindestens aber 5 € dazu HRegGebV, Gebührenverzeichnis Nr. 102.

⁹⁷ Die Einführung beruht auf Art. 3 Abs. 1 und 2 der Publizitätsrichtlinie (Fn. 85), wonach die publikationspflichtigen Daten eines Unternehmens über „eine Akte“ zentral elektronisch abrufbar sein müssen. Ferner soll das Unternehmensregister die Funktion des amtlich bestellten Systems „für die zentrale Speicherung vorgeschriebener Informationen“ nach Art. 21 Abs. 2 der Transparenzrichtlinie (Richtlinie 2004/109/EG) wahrnehmen. Bereits im Jahr 2001 hatte die Regierungskommission Corporate Governance die Einführung eines einheitlichen Zugangssystems vorgeschlagen, Abschlussbericht vom 10.7.2001, BT-Drucks. 14/7515, Rdnr. 252; s. auch BT-Drucks. 16/960, S. 39.

⁹⁸ Dies betrifft auch Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften. Nicht erfasst sind allerdings Unternehmen, die nicht im Handels-, Genossenschafts- oder Partnerschaftsregister eingetragen sind, wie Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder nichteingetragene Kleingewerbetreibende sowie Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften, die entgegen §§ 13 d ff. HGB keine Eintragung beantragen.

⁹⁹ Eine Spiegelung der Handelsregisterdaten beim Unternehmensregister erfolgt nicht. Unmittelbar selbst beim Unternehmensregister gespeichert werden die vom elektronischen Bundesanzeiger und von den veröffentlichungspflichtigen Unternehmen direkt übermittelten Daten (§ 8 b Abs. 3 Satz 1 Nr. 1–2 HGB).

¹⁰⁰ Beispielsweise Bekanntmachungen nach § 12 GmbHG, § 25, § 121 Abs. 3 AktG, § 19 Abs. 3 UmwG.

lichungen nach dem WpHG¹⁰¹, dem WpÜG und der BörsZulV¹⁰², Insolvenzbekanntmachungen¹⁰³, Eintragungen im Aktionärsforum nach § 127 a AktG¹⁰⁴, sowie Bekanntmachungen und Veröffentlichungen nach dem InvG und InvStG einschließlich der Mitteilung kapitalmarktrechtlicher Veröffentlichungen an die Bundesanstalt für die Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin)¹⁰⁵. Für Gesellschafter, Geschäftspartner und sonstige Interessierte wird damit eine Fülle von Informationen durch einen einheitlichen Internetabruf im Unternehmensregister verfügbar.¹⁰⁶

Wesentlicher Zulieferer der Daten sind die Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister in den einzelnen Bundesländern sowie der elektronische Bundesanzeiger.¹⁰⁷ Mit Ausnahme der kapitalmarktrechtlichen Informationen nach § 8 b Abs. 2 Nr. 9 und 10 HGB, die von den veröffentlichungspflichtigen Unternehmen selbst oder – was der Regelfall sein wird – durch beauftragte Dienstleistungsunternehmen eingereicht werden, erfolgt daher keine unmittelbare Einreichung von Daten beim Unternehmensregister; auch eine Übermittlung durch Notare unmittelbar zum Unternehmensregister ist nicht vorgesehen.

III. Träger

Träger des Unternehmensregisters ist durch Beleihung die Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Köln, die das nach § 8 b Abs. 1 HGB zuständige Bundesministerium der Justiz von dieser Aufgabe entlasten soll.¹⁰⁸ Die Finanzierung des Unternehmensregisters erfolgt durch eine gestaffelte Jahresgebühr der deutschen Unternehmen, die sich nach der Inanspruchnahme der größenabhängigen Erleichterungen nach § 326 HGB i. V. m. § 267 Abs. 1–3 HGB richtet. Kleine Kapitalgesellschaften zahlen demnach eine Jahresgebühr von 5 €, für große und mittelgroße Kapitalgesellschaften beträgt die Gebühr 10 €. ¹⁰⁹ Die zu erhebenden Gebühren stehen

¹⁰¹ Dies betrifft beispielsweise Ad-Hoc-Mitteilungen (§ 15 WpHG), Stimmrechtsmitteilungen (§§ 25, 26 WpHG) und Veröffentlichungen von Zwischenberichten und dgl. (§§ 61, 66 BörsZulV).

¹⁰² Weitere kapitalmarktrechtliche Informationen sollen nach dem Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BT-Drucks. 16/2498) im Unternehmensregister abrufbar werden. Das Gesetz wurde am 30.11.2006 vom Bundestag angenommen und tritt größtenteils zum 20.1.2007 in Kraft.

¹⁰³ Mit Ausnahme der Bekanntmachungen in Verbraucherinsolvenzverfahren.

¹⁰⁴ Zur Einführung des Aktionärsforums im Rahmen des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl I, S. 2802, s. *Gantenberg*, DB 2005, 207, 210.

¹⁰⁵ Hierunter fallen etwa sog. Directors' Dealings (§ 15 a WpHG).

¹⁰⁶ Siehe auch exemplarisch die umfangreiche Liste der im Unternehmensregister veröffentlichten Unterlagen einer börsennotierten AG bei *Noack*, NZG 2006, 801, 804.

¹⁰⁷ Die Indexdaten übermitteln die Landesjustizverwaltungen nach Maßgabe des § 8 b Abs. 3 Satz 2 HGB. Näheres zur Übermittlung der Daten zwischen den Behörden der Länder und dem Unternehmensregister regelt eine nach § 9 a Abs. 2 HGB erlassene Rechtsverordnung.

¹⁰⁸ Vgl. § 9 a Abs. 1 HGB i. V. m. § 1 der Verordnung über die Übertragung der Führung des Unternehmensregisters und die Einreichung von Dokumenten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers vom 15.12.2006, BGBl I, S. 3202.

¹⁰⁹ Für Unternehmen, die nach § 8 b Abs. 3 Nr. 2 HGB kapitalmarktrechtliche Veröffentlichungen an das Register übermitteln, beträgt die Gebühr 30 €; vgl. *JVKostO*, Anlage (Gebührenverzeichnis) Nrn. 500 bis 502; vgl. auch *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2450.

der Bundesanzeiger GmbH zu, die davon den Aufbau und den Betrieb des Unternehmensregisters finanzieren soll.¹¹⁰

IV. Einsichtnahme und weitere Auskunftsdienstleistungen

Die Einsichtnahme in das Unternehmensregister ist wie die Handelsregistereinsicht jedem zu Informationszwecken möglich, § 9 Abs. 6 Satz 1, Abs. 1 HGB.¹¹¹ Sie erfolgt auf elektronischem Weg über das Internet (§ 13 Abs. 1 Satz 1 URV). Die Daten können entweder als Ausdruck oder als elektronische Datei zur weiteren Nutzung ausgelesen werden. Ein Abruf von Daten soll größtenteils kostenfrei und ohne vorherige Registrierung möglich sein. Soweit über das Unternehmensregister Daten der Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister angezeigt werden, handelt es sich jedoch um Registerdaten der einzelnen Länder, die hierfür die gleichen Gebühren wie bei einem Abruf über das elektronische Handelsregister berechnen.¹¹²

Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass über das Unternehmensregister auch das Registerblatt und sämtliche beim Handelsregister im Registerordner verfügbaren Dokumente¹¹³ zugänglich sind. Auskünfte aus dem Unternehmensregister verfügen aufgrund des Wortlauts des § 15 HGB jedoch über keine Publizitätswirkung. Zudem wirken sich Änderungen im Handelsregister im Unternehmensregister mittelbar erst durch die vorgesehene Aktualisierung der Indexdateien aus, so dass Verzögerungen einstweilen nicht ausgeschlossen werden können.¹¹⁴ Für den Rechtsverkehr bleiben daher das Handelsregister und die gerichtliche Bekanntmachung maßgeblich;¹¹⁵ Notare werden zur Prüfung der Vertretungsberechtigung von beteiligten Unternehmen daher weiterhin eine (elektronische) Einsicht beim Handelsregister durchführen.¹¹⁶

Neben dem schnellen Zugriff auf eine Vielzahl von Unternehmensdaten ermöglicht die elektronische Beauskunftung nunmehr auch neue Dienstleistungen. So soll insbesondere eine automatisierte Unterrichtung über neu zugänglich gemachte Daten (sog. „Push-Funktion“) nach § 15 URV durch das Unternehmensregister möglich werden. Neben den Auskunftsdienstleistungen seitens der Trägerin des Unternehmensregisters ist zu erwarten, dass die vereinfachte Datenabfrage und neu gewonnene Transparenz auch professionelle Auswerter auf den Plan rufen wird.

¹¹⁰ Einzelheiten des Aufbaus und der Führung einschließlich der Übermittlung der Daten sind geregelt in § 9 a Abs. 2 und 3 HGB i. V. m. einer – derzeit noch nicht verabschiedeten – Verordnung über das Unternehmensregister und über Abweichungen von der Kontoform in der Bilanz (Unternehmensregisterverordnung – URV).

¹¹¹ Zur Neuformulierung gegenüber der bisherigen Rechtslage beim Handelsregister, vgl. oben, A. III.

¹¹² *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2450; *Noack*, NZG 2006, 801, 805. Zu den geänderten Kosten der Handelsregisterabfrage, siehe oben A. III.

¹¹³ Zum Inhalt des Registerordners gem. § 9 HRV, siehe oben A.

¹¹⁴ Änderungen der Indexdaten zu Eintragungen im Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister sind zwar nach § 5 Abs. 3 Satz 1 URV unverzüglich zu übermitteln, so dass durch automatisierte Vorgänge eine Änderung auch im Unternehmensregister sofort sichtbar sein sollte; auch die Verordnungsbegründung nennt aber seltene und unvermeidbare Störungen als Ausnahme, vgl. Begründung zu § 5 URV, S. 15.

¹¹⁵ *Meyding/Bödecker*, BB 2006, 1009, 1011; zweifelnd hingegen *Noack*, NZG 2006, 801, 803.

¹¹⁶ § 12 Satz 2 BeurkG, § 21 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

C. Elektronischer Bundesanzeiger, insbesondere Offenlegung von Jahresabschlüssen

Der Bundesanzeiger in Papierform wird für gesellschaftsrechtliche und kapitalmarktrechtliche Bekanntmachungen seit 1.1.2007 nicht mehr verwendet. An seine Stelle tritt der elektronische Bundesanzeiger, der zum Quellmedium für alle gesellschafts- und kapitalmarktorientierten Veröffentlichungen werden soll. Zur Entlastung der Amtsgerichte ist ferner vorgesehen, dass die Entgegennahme, Speicherung und Veröffentlichung von Jahresabschlüssen nicht mehr den Gerichten obliegt, sondern über den elektronischen Bundesanzeiger erfolgt. Dort werden sie elektronisch bekannt gemacht und sind zugleich (kostenlos) über das Unternehmensregister abrufbar, § 8 b Abs. 3 Nr. 1 HGB.

Für Kapitalgesellschaften besteht erstmals für das nach dem 31.12.2005 beginnende Geschäftsjahr die Pflicht, Unterlagen zur Rechnungslegung¹¹⁷ beim elektronischen Bundesanzeiger einzureichen. Kapitalgesellschaften gleichgestellt sind insbesondere GmbH & Co. KGs und andere haftungsbeschränkte Rechtsformen gem. § 264 a HGB.¹¹⁸ Die Einreichung hat unverzüglich nach Vorlage an die Gesellschafter, spätestens jedoch zwölf Monate nach dem Abschlussstichtag zu erfolgen; für kapitalmarktorientierte Unternehmen verkürzt sich die Offenlegungsfrist auf vier Monate (§ 325 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 HGB).

Grundsätzlich sind auch die Unterlagen der Rechnungslegung beim Bundesanzeiger in elektronischer Form einzureichen, § 325 Abs. 1 Satz 1 HGB. Die bisherige Papiereinreichung beim Handelsregister und die Veröffentlichung einer Hinweisbekanntmachung in der Papierausgabe des Bundesanzeigers entfallen. Bis zum 31.12.2009 können die nach § 325 HGB bzw. nach § 2 Abs. 2, 3, § 9 Abs. 1, § 12 Abs. 2 oder § 15 Abs. 1 Publizitätsgesetz einzureichenden Dokumente alternativ jedoch auch in Papierform eingereicht werden.¹¹⁹ Dies soll Unternehmen den Übergang zur elektronischen Offenlegung erleichtern. Für Unternehmen stellt sich daher die Frage, ob sie selbst die erforderlichen technischen Vorrichtungen zur elektronischen Einreichung vorhalten oder die Einreichung über einen Steuerberater oder Notar vornehmen lassen, der entsprechende Einrichtungen vorhält und bereits über Erfahrungen im elektronischen Rechtsverkehr verfügt. Eine Beglaubigung der einzureichenden Unterlagen ist nicht vorgesehen.

In der Vergangenheit haben die Offenlegungspflicht lediglich etwa 5 % aller veröffentlichungspflichtigen Kapitalgesellschaften erfüllt.¹²⁰ Dies liegt nach allgemeiner Ansicht daran, dass die Durchsetzung der Offenlegung bisher nur bei entsprechendem Antrag auf Einleitung eines Ordnungsgeldver-

fahrens erzwungen werden konnte und in der Praxis daher selten stattfand.¹²¹ Künftig wird die Offenlegungspflicht durch das neu geschaffene Bundesamt für Justiz¹²² geprüft. Verstöße werden durch ein Ordnungsgeld im Rahmen von 2.500 € bis zu 25.000 € geahndet.¹²³ Für die Einleitung eines Verfahrens ist, im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage, ein Antrag nicht mehr erforderlich; das Bundesamt für Justiz wird vielmehr von Amts wegen tätig, wenn es „glaubhafte Kenntnis“¹²⁴ erhält, dass ein Unternehmen entgegen den gesetzlichen Verpflichtungen die Unterlagen zur Rechnungslegung nicht fristgerecht oder vollständig einreicht. Zugleich prüft der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 HGB, ob die einzureichenden Unterlagen fristgemäß und vollzählig bei ihm eingereicht werden.¹²⁵ Weitere Sanktionen, wie beispielsweise in England, wo die unterlassene Einreichung eines Jahresabschlusses zur Zwangsauflösung führen kann, sind hingegen nicht vorgesehen. Allgemein wird infolge der neuen Durchsetzungsmöglichkeiten des Bundesamtes mit einer deutlich erhöhten Offenlegungsquote gerechnet.¹²⁶

Die Verschärfung der Offenlegungspflicht wird in der Literatur zum Teil sehr kritisch gesehen.¹²⁷ Vorgebracht wird insbesondere, dass durch vollständige Einsicht in die Rechnungslegungsunterlagen – insbesondere Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Anhang und Lagebericht¹²⁸ – Kreditinstitute, Lieferanten, Mitarbeiter aber auch Wettbewerber sich online einen schnellen und einfachen Überblick über Bonität und gegebenenfalls auch Margensituation des jeweiligen Unternehmens bilden können. Infolge der jüngst verabschiedeten europäischen Abschlussprüferrichtlinie¹²⁹ ist zudem mit einer Ausweitung der offenlegungspflichtigen Angaben in den kommenden Jahren zu rechnen. Unternehmen, die eine derartige Publizität scheuen, werden daher gewillt sein, entweder der Veröffentlichungspflicht gesetzlich nicht mehr zu unterliegen oder jedenfalls den Umfang der offenlegungspflichtigen Tatsachen zu verringern. Für eine Vermeidung der Offenlegung kommt eine Änderung der Rechtsform, insbesondere die sogenannte Vollhafterlösung¹³⁰, oder aber die Aufstellung

¹²¹ *Grashoff*, DB 2006, 513, 515.

¹²² Gesetz zur Errichtung und zur Regelung der Aufgaben des Bundesamts für Justiz vom 17.12.2006, BGBl I, S. 3171.

¹²³ § 335 Abs. 1 Satz 4 HGB. Für das in § 335 Abs. 3 HGB vorgesehene Verwaltungsverfahren fällt unabhängig von der Festsetzung eines Ordnungsgelds eine Verfahrensgebühr von 50 € gem. JVKostO, Anlage Nr. 600 an. Im Regierungsentwurf war demgegenüber noch ein Bußgeldverfahren mit einem Bußgeld bis 50.000 € vorgesehen.

¹²⁴ § 335 Abs. 2 Satz 1 HGB i. V. m. § 132 FGG. Durch das elektronische Einreichungs- und Abrufverfahren dürfte jedenfalls die Prüfung, ob offen gelegt wurde, durch ein automatisiertes Verfahren möglich sein, *Grashoff*, DB 2006, 513, 514.

¹²⁵ Näher zum vorgesehenen Verfahren *Noack*, NZG 2006, 801, 806; *Seibert/Decker*, DB 2006, 2445, 2451. Die Regelungen zum Ordnungsgeldverfahren sollen entsprechend einer Bitte des Bundestags-Rechtsausschusses nach zwei Jahren auf ihre Wirksamkeit und Effektivität geprüft werden; vgl. BT-Drucks. 16/2781, S. 141.

¹²⁶ *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2451. Zweifelnd hinsichtlich der umfassenden Durchsetzung durch das Bundesamt aber *Noack*, NZG 2006, 801, 806.

¹²⁷ *Grashoff*, DB 2006, 513; *Höffner/Bäumler*, GmbHR 2006, R 205 (Heft 11).

¹²⁸ Bei mittelgroßen Unternehmen umfasst dies auch die im Anhang anzugebenden Geschäftsführerbezüge nach § 285 Abs. 1 Nr. 9 HGB, worauf *Grashoff*, DB 2006, 513 hinweist.

¹²⁹ Richtlinie 2006/43/EG vom 9.6.2006.

¹³⁰ Näheres bei *Grashoff*, DB 2006, 513, 516; s. auch *Förschle* in Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl., § 264 a HGB Rdnr. 20. Bei der Vollhafterlösung wird mindestens eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter.

¹¹⁷ Dies umfasst Jahres- und Konzernabschluss, ggf. IFRS-Abschluss, Lagebericht, Konzernlagebericht, ferner auch Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers, Bericht des Aufsichtsrats, Entsprechenserklärung nach § 161 AktG und den Gewinnverwendungsbeschluss einschließlich der Angabe von Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag, vgl. § 325 Abs. 1 Satz 2 HGB; eingehend *Koss*, BBK 2006, 1399, 1400 ff. (Heft 22).

¹¹⁸ Für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften besteht eine Offenlegungspflicht gem. § 325 a HGB. Zur Offenlegungspflicht von Einzelkaufleuten und Personengesellschaften mit natürlichen Personen als Vollhaftern bei Erreichen hoher Schwellenwerte, siehe § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 PublG.

¹¹⁹ Art. 61 Abs. 2 EGHGB i. V. m. § 4 der Verordnung über die Übertragung der Führung des Unternehmensregisters und die Einreichung von Dokumenten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers vom 15.12.2006, BGBl I, S. 3202.

¹²⁰ *Kuntze-Kaufhold*, BB 2006, 428; vgl. auch die Angaben bei *Noack*, NZG 2006, 801, 805 Fn. 54 m. w. N. Nach der Gesetzesbegründung sind potentiell etwa eine Million Unternehmen offenlegungspflichtig, BT-Drucks. 16/960, S. 48.

eines befreienden Konzernabschlusses nach §§ 264 Abs. 3, 264 b HGB¹³¹ in Betracht. Eine Verringerung der Informationsfülle lässt sich wegen der größenabhängigen Offenlegungspflichten gem. § 326 HGB i. V. m. § 267 Abs. 1 HGB hingegen durch eine Umwandlung in eine kleine Kapitalgesellschaft oder durch bilanzpolitische Maßnahmen erreichen.¹³²

Die Kosten der Einreichung und Veröffentlichung im Bundesanzeiger sollen aufgrund der Umstellung auf die elektronische Verarbeitung reduziert werden, wobei für Anlieferungen in einem strukturierten Datenformat¹³³ ein geringer Zeichenpreis veranschlagt wird.¹³⁴ Die bisherigen gegebenenfalls anfallenden Veröffentlichungskosten im gedruckten Bundesanzeiger entfallen hingegen.

Der Abruf offen gelegter Jahresabschlüsse soll im Unternehmensregister kostenfrei möglich sein. Aufgrund der für eine Übergangszeit weiterhin möglichen Einreichung in Papierform fallen jedoch für die Übertragung der Rechnungslegungsunterlagen in ein elektronisches Dokument Kosten von mindestens 30 € an.¹³⁵

D. Weitere Änderungen

I. Anmeldung und Eintragung von Zweigniederlassungen

Die Eintragung von Zweigniederlassungen wird durch das EHUG vereinfacht. Nach § 13 Abs. 2 HGB erfolgt die Eintragung einer Zweigniederlassung seit 1.1.2007 ausschließlich auf dem Registerblatt der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes.¹³⁶ Auch spätere Anmeldungen betreffend die Zweigniederlassung erfolgen bei diesem Gericht.¹³⁷ Die bisherige Weitergabe der Anmeldung nebst einer beglaubigten Abschrift der Eintragungen durch das Gericht am Hauptsitz nach § 13 Abs. 1 Satz 2 HGB a. F. entfällt. Zugleich wird auf die Anlegung eines zusätzlichen Registerblattes beim Handelsregister am Ort der Zweigniederlassung und die Aufbewahrung der Unterschriften dort (§ 13 Abs. 2 HGB a. F.) verzichtet. Damit sollen doppelte Eintragungen und Abstimmungen zwischen den Registergerichten entbehrlich und das Verfahren insgesamt beschleunigt werden. Die bisherige Praxis der doppelten oder gar mehrfachen Aktenführung bei den Registergerichten von Haupt- und Zweigniederlassungen entfällt.¹³⁸ Für den Rechtsverkehr stellt dies nach Ansicht des Gesetzgebers keine Erschwernis dar, da über die Online-Einsichtnahme beim

Register der Hauptniederlassung zentral auch Informationen über die Zweigniederlassung abrufbar sind.¹³⁹

Eine Prüfung der firmenrechtlichen Zulässigkeit am Ort der Zweigniederlassung nach § 30 HGB und eine Kontrolle, ob die Zweigniederlassung tatsächlich errichtet worden ist (§ 13 Abs. 3 HGB a. F.), finden nicht mehr statt.¹⁴⁰ Die Eintragung der Zweigniederlassung soll nur mehr dann unterbleiben, wenn die Zweigniederlassung offensichtlich nicht errichtet worden ist (§ 13 Abs. 2 HGB).¹⁴¹ Die nach § 13 Abs. 2 HGB a. F. erforderliche Einreichung der Unterschriftenzeichnungen aller zur Vertretung der Zweigniederlassung berechtigten Personen und Organe entfällt.

Mit Wirkung zum 1.1.2007 sind die §§ 13 a, 13 b, 13 c HGB a. F. außer Kraft getreten; insbesondere ist es nicht mehr erforderlich, der Anmeldung einer Zweigniederlassung beglaubigte Abschriften des Gesellschaftsvertrags oder der Gesellschafterliste einer GmbH beizufügen. Da das Gericht der Hauptniederlassung die Anmeldung nicht mehr an das Register am Sitz der Zweigniederlassung weitergibt, ist es nicht mehr geboten, mit der Urschrift der Anmeldung der Errichtung der Zweigniederlassung eine beglaubigte Abschrift der Anmeldung einzureichen.¹⁴² Die Pflicht, bei Bestehen von Zweigniederlassungen alle nachfolgenden Anmeldungen in entsprechender Anzahl, wie Niederlassungen bestehen, einzureichen, § 13 c Abs. 1 Hs. 2 HGB a. F., besteht gleichfalls nicht mehr.

Für die Anmeldung von Zweigniederlassungen mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland bleibt es hingegen bei einer Anmeldepflicht am deutschen Sitz der Zweigniederlassung.¹⁴³ Zugleich stellt § 15 Abs. 4 HGB klar, dass die für den Rechtsverkehr entscheidende Eintragung und Bekanntmachung bei Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen weiterhin durch das Gericht der Zweigniederlassung erfolgt. Wie auch sonst entfällt für die Zweigniederlassungsanmeldung das Erfordernis der Namenszeichnung. Im Übrigen werden die §§ 13 d–13 g HGB lediglich redaktionell geändert, insbesondere wird auch hier auf eine Bekanntmachung verzichtet, soweit nicht entsprechende Eintragungen im Handelsregister erfolgen.

II. Änderungen im GmbH-, Aktien- und Umwandlungsrecht

Das EHUG führt auch zu einigen Änderungen im GmbH-, Aktien- und Umwandlungsrecht. Nach § 12 Satz 2 GmbHG n. F. ist die Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger ausreichend, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass Bekanntmachungen der Gesellschaft im Bundesanzeiger erfolgen. Diese Neuregelung soll Unsicherheiten beseitigen, die

¹³¹ Ausführlich hierzu *Deilmann*, BB 2006, 2347, 2349 ff.; s. auch *Grashoff*, DB 2006, 513, 516.

¹³² Hierzu *Grashoff*, DB 2006, 513, 517; zu größenabhängigen Erleichterungen und Wahlrechten für mittelgroße Gesellschaften nach § 327 HGB, siehe *Wiechers*, BBK 2006, 6933, 6935 ff. (Heft 22).

¹³³ Zur geplanten Einreichung in der auf dem XML-Format beruhenden eXtensible Business Reporting Language (XBRL) siehe *Meyer-Pries/Mersmann*, BBK 2006, 1199 (Heft 22).

¹³⁴ Vgl. die Information des Bundesanzeigers, abrufbar unter https://publikations-serviceplattform.de/download/veroeffentlichungsentgelte_2007.pdf (13.12.2006).

¹³⁵ JVKostO, Anlage Nr. 503: 3 € je Seite, mindestens 30 €. Kostenschuldner ist der Antragsteller, im Zweifelsfall also derjenige, der erstmals elektronisch Einsicht in den Jahresabschluss nehmen will.

¹³⁶ Anders noch in der Fassung des Referentenentwurfs, vgl. zur Kritik, die insoweit im Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen wurde, *Krafka*, MittBayNot 2005, 290, 293.

¹³⁷ § 13 Abs. 1 Satz 2 HGB.

¹³⁸ Zum 1.1.2007 werden die beim Gericht am Ort der jeweiligen Zweigniederlassung geführten Registerblätter geschlossen; vgl. Art. 61 Abs. 6 HGB.

¹³⁹ Bericht des Bundestags-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/2781, S. 152; s. a. *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446, 2449. Im Regierungsentwurf des EHUG war noch vorgesehen, einige Eintragungen durch das Gericht der Zweigniederlassung weiterhin selbst eintragen und bekannt machen zu lassen, s. BT-Drucks. 16/960, S. 46.

¹⁴⁰ Im Regierungsentwurf war ursprünglich eine Prüfungspflicht des Registergerichts der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes geplant gewesen; kritisch hierzu *Rieß*, Rpfleger 2006, 233, 235.

¹⁴¹ Zur geringen Bedeutung dieses Problems bisher, siehe den Bericht des Bundestags-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/2781, S. 153.

¹⁴² Zum bisherigen Streitstand in der Literatur, vgl. *Solveen* in *Fleischauer/Preuß*, Handelsregisterrecht, 2006, Teil O. Rdnr. 8 Erl. 3 m. w. N.

¹⁴³ Dies erscheint auch sachgerecht, da mangels einer Vernetzung der europäischen Handelsregister ein vergleichbarer Zugriff auf die Daten der Hauptniederlassung über das deutsche Handelsregister nicht möglich ist.

durch die Änderung des § 12 Satz 1 GmbHG im Rahmen des JKomG¹⁴⁴ zum 1.4.2005 eingetreten sind. Nach Ansicht des OLG München war nämlich die Bestimmung des „Bundesanzeigers“ zum Veröffentlichungsmedium für Bekanntmachungen unklar, da bei einer einschränkenden Auslegung der Satzungsklausel die Gefahr von Missdeutungen durch Gläubiger bestehen würde.¹⁴⁵ Diese (vermeintliche) Unklarheit wird durch die Neufassung des § 12 Satz 2 GmbHG nun beseitigt. Für Altfälle betont die Gesetzesbegründung ausdrücklich, dass aufgrund der bloßen Bezugnahme auf den Bundesanzeiger nicht davon ausgegangen werden könne, dass zusätzlich weiterhin auch eine zwingende Veröffentlichung in der gedruckten Ausgabe des Bundesanzeigers gewollt war.¹⁴⁶

Im Aktienrecht ändert sich neben der Aufhebung der Zusatzbekanntmachung nach § 40 AktG a. F.¹⁴⁷ das Nachgründungsverfahren und die Aufsichtsratspublizität. Infolge der Umstellung auf die elektronische Einreichung nach § 12 HGB ist nicht mehr die Vorlage eines der Nachgründung unterliegenden Vertrags in Urschrift, Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift erforderlich, § 52 Abs. 6 Satz 2 AktG; es genügt die Übersendung einer elektronischen Aufzeichnung. Für die Praxis empfiehlt sich aus Beweisgründen auch hier die Verwendung einer elektronisch beglaubigten Abschrift nach § 39 a BeurkG.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz – JKomG) vom 22.3.2005, BGBl I, S. 837.

¹⁴⁵ OLG München, DNotZ 2006, 222 = NotBZ 2005, 446 m. Anm. Melchior = RNotZ 2005, 617 m. Anm. Oppermann, 597. Näher zuvor bereits Krafa, MittBayNot 2005, 290, 293; DNotI-Report 2005, 81; Noack, DB 2005, 599.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 16/960, S. 67; siehe auch Stellungnahme des Bundesrats vom 10.2.2006, ebenda, S. 84.

¹⁴⁷ Hierzu bereits oben A. II.

¹⁴⁸ Ferner entfällt die Zusatzbekanntmachung bei Nachgründungen nach § 52 Abs. 8 Satz 2 AktG a. F.; an deren Stelle tritt ein erweiterter Eintragungsumfang der Nachgründung im Handelsregister, § 52 Abs. 8 AktG.

Die Veröffentlichung von Änderungen im Aufsichtsrat ist durch das EHUG neu geregelt worden. Nach § 37 Abs. 4 Nr. 3 a AktG sind bei der Neuanschreibung einer AG eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats, einschließlich Vor- und Nachname, Beruf und Wohnort, einzureichen. Die bisher nach § 40 Nr. 4 AktG vorgesehene Zusatzbekanntmachung entfällt, da über das Handelsregister online eine Einsicht in die Aufsichtsratsliste (und auch die sonstige Gründungsdokumente) erfolgen kann. Bei späteren Änderungen im Aufsichtsrat hat der Vorstand unverzüglich eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen, § 106 AktG.¹⁴⁹ Eine Bekanntmachung des jeweiligen Aufsichtsrats erfolgt nicht, sondern lediglich eine Hinweisbekanntmachung des Registergerichts nach § 10 HGB, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht und damit elektronisch abrufbar ist. Entsprechendes gilt bei Aufsichtsräten einer GmbH, vgl. § 52 Abs. 2 GmbHG n. F.

Die bisher nach § 175 Abs. 2 AktG vorgesehene Auslegung von bestimmten Unterlagen der Rechnungslegung ab Einberufung der Hauptversammlung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft, einschließlich des Rechts der Aktionäre auf Erteilung einer Abschrift, wird zur Entlastung der Unternehmen geändert.¹⁵⁰ Nach dem neu angefügten § 175 Abs. 2 Satz 4 AktG kann stattdessen die Publikation der entsprechenden Dokumente auch über die Internetseite der Gesellschaft erfolgen.

Künftig soll die Übermittlung bei gerichtsübergreifenden Verschmelzungen zwischen den Registergerichten gleichfalls elektronisch nach § 19 Abs. 2 Satz 2 UmwG erfolgen. Die übrigen Änderungen im Aktien-, GmbH- und Umwandlungsrecht erfolgen im Wesentlichen wegen der Umstellung der Bekanntmachungen, beruhen auf dem Verzicht auf Zusatzbekanntmachungen oder stellen die Anwendung des neu gefassten § 12 Abs. 2 HGB klar.

¹⁴⁹ Auch für diese Einreichungen gilt § 12 Abs. 2 HGB i. V. m. § 37 Abs. 5 AktG.

¹⁵⁰ Bericht des Bundestags-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/2781, S. 173.

Vormerkungsschutz für Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner verhindern kann?

– zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 9.3.2006, IX ZR 11/05 –

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

In seinem Urteil vom 9.3.2006 hat der BGH sich mit der Vormerkungswirkung des gesetzlichen Löschan spruchs eines nachrangigen Grundpfandrechts gläubigers (§ 1179 a BGB) befasst.¹ Das Urteil wirkt allerdings über das Sonderrecht des gesetzlichen Löschan spruchs hinaus. Mittelbar berührt es den Vormerkungsschutz für sämtliche künftigen oder bedingten Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner verhindern kann, deren Entstehung also vom Verhalten des Schuldners abhängt.

1. Gesetzlicher Löschan spruch, Löschan spruchsvormerkung und gewöhnliche Vormerkung

Der gesetzliche Löschan spruch eines vorrangigen oder gleichrangigen Grundpfandrechts gläubigers ist in § 1179 a Abs. 1 Satz 3 BGB mit Vormerkungswirkung ausgestattet, um

die massenhafte Eintragung von Löschan spruchsvormerkungen gemäß § 1179 BGB zugunsten nachrangiger oder gleichrangiger Grundpfandrechts gläubiger zu vermeiden.² Die Vormerkungswirkung des gesetzlichen Löschan spruchs hängt also nicht von einer Grundbucheintragung ab, sie ist im Übrigen aber identisch mit der Wirkung einer Löschan spruchsvormerkung

¹ MittBayNot 2007, 45 (in diesem Heft).

² Vgl. BT-Drucks. 8/89 vom 4.2.1977, S. 7 ff.

kung nach § 1179 BGB.³ Diese wiederum unterscheidet sich von einer gewöhnlichen Vormerkung gemäß § 883 BGB durch *eine* Besonderheit: Sie entsteht und ist bereits eintragungsfähig, ohne dass bei ihrer Entstehung das im Rahmen des § 883 BGB geltende Identitätsgebot⁴ gewahrt zu sein braucht. Das heißt: Die Löschungsvormerkung kann im Grundbuch eingetragen werden, obwohl im Zeitpunkt ihrer Eintragung der Schuldner des vorgemerkten Anspruchs, also der Grundstückseigentümer, noch nicht Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Grundpfandrechts ist. Sie zielt also auf ein Recht, das dem Schuldner (Grundstückseigentümer) noch gar nicht zusteht, nämlich auf ein künftiges Eigentümerrecht. Gleichermaßen erfasst der mit Vormerkungswirkung bewehrte gesetzliche Lösungsanspruch ein vorrangiges oder gleichrangiges Grundpfandrecht, das der Eigentümer noch nicht erlangt hat. Der gesetzliche Lösungsanspruch gilt somit als im Voraus vorgemerkt für den Fall, dass der Eigentümer das betroffene Grundpfandrecht später einmal erwirbt.

Im Gegensatz dazu kann eine auf § 883 BGB beruhende Vormerkung nur an Rechten eingetragen werden, die dem Schuldner bereits zustehen. Rechte, die der Schuldner noch gar nicht hat, vielleicht aber in Zukunft erwirbt, können nicht unter den Schutz einer gewöhnlichen Vormerkung gestellt werden. § 1179 BGB und der gesetzliche Lösungsanspruch weichen hiervon ab, damit die für den Fall einer Vereinigung von Grundpfandrecht und Eigentum angeordnete Vormerkungswirkung schon vorab und ohne Voreintragung der Vereinigung (§ 39 GBO) erkennbar wird, bei nachrangigen oder gleichrangigen Grundpfandrechten bereits mit deren Eintragung.⁵

2. Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes beim gesetzlichen Lösungsanspruch?

Naheliegender ist der Gedanke, dass mit der vorzeitig eintragbaren Löschungsvormerkung und der ihr nachgebildeten Wirkung des gesetzlichen Lösungsanspruchs auch eine Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes einhergeht.⁶

- Solange das vom Lösungsanspruch betroffene Grundpfandrecht besteht, ohne dass es der Eigentümer erworben hat, ist eine derartige Vorverlagerung indessen gar nicht realisierbar. Sie würde nämlich den Eigentümer zu einer Löschung verpflichten, zu der ihm – und ebenso einem Insolvenzverwalter über sein Vermögen – die (aus der Gläubigerstellung fließende) Verfügungsmacht fehlt. Erwirbt ein Dritter das vom Lösungsanspruch betroffene Grundpfandrecht ohne Durchgangserwerb des Eigentümers, so kann der Inhaber des gesetzlichen Lösungsanspruchs diesem gegenüber keine weitergehenden Rechte aus den §§ 883 Abs. 2, 888 BGB herleiten als er zuvor gegen den Eigentümer hatte, also keinen Lösungsanspruch, denn Eigentum und Grundpfandrecht haben sich nicht in einer Person vereinigt.

³ Vgl. BT-Drucks. 8/89 vom 4.2.1977, S. 11; *Alff*, Rpfleger 2006, 486, 487.

⁴ BGHZ 134, 182 = NJW 1997, 861, 863; BayObLG, DNotZ 1975, 41; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 883 Rdnr. 14.

⁵ Dem entspricht es, wenn *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2002, § 1179 a Rdnr. 9 ff. unterscheidet zwischen dem von Anfang an mit dem begünstigten Grundpfandrecht verbundenen „Löschungsrecht“ einerseits und den daraus hervorgehenden mit Vormerkungsfiktion versehenen „Löschungsansprüchen“ andererseits, welche erst entstehen, wenn eine Vereinigung eintritt. Das Lösungsrecht selbst gewährt noch keinen Anspruch darauf, dass eine Vereinigung herbeigeführt wird (a. a. O., Rdnr. 19).

⁶ Vgl. *Alff*, Rpfleger 2006, 487.

- Ist das vom Lösungsanspruch betroffene Grundpfandrecht durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen, ohne dass es bereits dem Eigentümer zugestanden hat, so tritt an seine Stelle der Anspruch des Grundpfandrechtsgläubigers auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlös. Soweit dann der Eigentümer das Grundpfandrecht erworben hat, gebührt ihm der Wertersatz aus dem Versteigerungserlös. Ob der Inhaber des gesetzlichen Lösungsanspruchs diesen Erlösanteil vom Eigentümer herausverlangen kann, weil sich der Erlösanteil als Surrogat der Grundsuld mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat, ist keine Frage der Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes. Vielmehr geht es hierbei darum, ob sich der gesetzliche Lösungsanspruch am Erlösanteil als Surrogat des Grundpfandrechts fortsetzt.⁷

Die Vormerkungswirkung des gesetzlichen Lösungsanspruchs kann sich demnach nicht früher entfalten als die Wirkungen einer gewöhnlichen Vormerkung.⁸ Mit den Worten des BGH: Der Gläubiger des gesetzlichen Lösungsanspruchs darf nicht erwarten, „im Insolvenzfall so gestellt zu werden als sei mit der Entstehung des Grundpfandrechts eine Vormerkung für den Lösungsanspruch eingetragen worden“. Demgemäß behandelt der BGH den gesetzlichen Lösungsanspruch wie einen sonstigen künftigen Anspruch, misst ihm also Vormerkungswirkung nur unter den Voraussetzungen zu, unter denen ein künftiger Anspruch im Rahmen des § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB vormerkungsfähig ist.

3. Vormerkungsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit

Der BGH hatte zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter den gesetzlichen Lösungsanspruch erfüllen muss. Im Anschluss an sein viel beachtetes Urteil vom 14.9.2001⁹ stellt er erneut fest, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung eines wirksam vorgemerkten künftigen Anspruchs nicht ablehnen kann (§ 106 InsO, früher § 24 KO und § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO). Wenn § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB künftigen Ansprüchen Vormerkungsschutz verheiße, dann müsse auch die Insolvenzordnung diese Verheißung einlösen. Sonst entstehe ein Wertungswiderspruch. Aus der Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs folge dessen Insolvenzfähigkeit.

Bis zu dem Urteil des BGH vom 14.9.2001 war dies nicht selbstverständlich. Nach damals herrschender Meinung konnten künftige Ansprüche zwar vorgemerkt werden, wenn sie hinreichend bestimmt waren und bereits einen festen Rechtsboden aufwiesen. Insolvenzschutz nach § 106 InsO (damals § 24 KO, § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO) genossen sie aber nur dann, wenn sie bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon zu einem gegenwärtigen – allenfalls noch bedingten – Anspruch erstarkt waren.

Preuß hat trotz des gerade erwähnten Urteils des BGH die Meinung vertreten, es gebe künftige Ansprüche, die zwar vormerkungsfähig seien, gleichwohl aber vom Insolvenzverwalter nicht erfüllt werden müssten.¹⁰ *Nicht* insolvenzfest sollen laut *Preuß* vorgemerkte künftige Ansprüche insbesondere

⁷ Der BGH, DNotZ 2005, 125 hat dies für den Fall, dass die Vereinigung von Eigentum und Grundpfandrecht erst nach dem Zuschlag eintritt, verneint und damit teils Überraschung ausgelöst (*Alff*, Rpfleger 2006, 241; *Dümmig*, ZfIR 2004, 1031), teils sorgfältig begründete Ablehnung erfahren (*Stöber*, WM 2006, 607).

⁸ Dazu näher Ziff. 4. b).

⁹ DNotZ 2002, 275 m. Anm. *Preuß*.

¹⁰ DNotZ 2002, 283, 286.

dann sein, „wenn die Bindung des Schuldners (...) lediglich obligatorischer Natur ist“. Nähme man dies wörtlich, so liefe § 106 InsO praktisch leer, denn § 883 BGB erfasst ausschließlich obligatorische Ansprüche; diese sind es, die im Insolvenzverfahren den Schutz des § 106 InsO benötigen. *Preuß* meint offensichtlich nicht obligatorische Ansprüche im üblichen Sinn, sondern Ansprüche aus einem Vorvertrag auf Abschluss eines Hauptvertrags, aus dem sich erst ein Übereignungsanspruch ergibt. In der Tat hat der BGH solche Ansprüche als vormerkungsfähig bezeichnet¹¹ und dabei Gefolgschaft in der Literatur gefunden.¹² Deren fehlende Insolvenzfähigkeit begründet *Preuß* damit, dass der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet sei, einen auf Grundstücksübereignung gerichteten Hauptvertrag mit dem Gläubiger des Vorvertrags abzuschließen. Dabei unterläuft ihr aber eine *petitio principii*. Sobald man nämlich den künftigen Übereignungsanspruch aus einem Vorvertrag mit dem BGH für vormerkungsfähig erachtet, ruft man § 106 InsO auf den Plan. Diesen nicht anzuwenden und dem Insolvenzverwalter eine Willenserklärung zu ersparen, zu welcher der Insolvenzschuldner verpflichtet war,¹³ bedürfte erst noch der Begründung. Meiner Meinung nach würde der BGH heute entweder auf der Basis seiner früheren Rechtsprechung den Insolvenzverwalter über § 106 InsO zum Vertragsschluss und zur anschließenden Erfüllung der Übereignungspflicht aus dem Hauptvertrag verurteilen oder seine alte Rechtsprechung aufgeben, gemäß der aus einem Vorvertrag ein künftiger vormerkungsfähiger Anspruch hergehen kann.

Der BGH will m. E. keine Bruchstelle zwischen Vormerkungsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit zulassen. Er wiederholt nämlich seine schon im Urteil vom 14.9.2001 enthaltene Feststellung, dass im Umfang einer solchen Bruchstelle „der vom Gesetz zugelassene Vormerkungsschutz für künftige Ansprüche (§§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB) sinnentleert“ wäre.¹⁴ Wo es ungerechtfertigt erscheint, einem künftigen Anspruch Insolvenzschutz zu gewähren, ist ihm also bereits im Vorfeld eine Vormerkung zu verweigern.¹⁵ Dementsprechend gilt nach dem Urteil des BGH die Gleichung:

Vormerkungsfähigkeit eines künftigen Anspruchs + Vormerkung = Insolvenzfähigkeit dieses künftigen Anspruchs.

4. Die Voraussetzungen, von denen der BGH die Vormerkungsfähigkeit bedingter oder künftiger Ansprüche abhängig macht

Nachfolgend werden künftige und bedingte Ansprüche einheitlich behandelt, weil es nicht immer leicht ist, beide zu unterscheiden. So behandelt der BGH den gesetzlichen Lösungsanspruch als künftigen Anspruch, obwohl er bedingt ist dadurch, dass der Eigentümer das vom Lösungsanspruch betroffene Grundpfandrecht erwirbt. Fließend ist die Grenze ferner bei Ansprüchen, deren Entstehung von einer Potestativbedingung abhängt, zumal eine solche – wie sich noch zeigen wird – unterschiedlich bewertet werden muss, je nachdem, ob sie in einer bloßen einseitigen Willenserklärung oder in einem sonstigen Verhalten besteht.¹⁶ Auch die h. M. beur-

teilt deshalb die Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs inzwischen nicht mehr danach, ob er als bedingt oder als künftig anzusehen ist, sondern nach der rechtlichen Bindung des Schuldners, die allerdings bei bedingten Ansprüchen regelmäßig besteht, bei künftigen Ansprüchen dagegen genauerer Prüfung bedarf.¹⁷

a) Entstehung des Anspruchs hängt ausschließlich vom Willen des Schuldners oder von der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch ihn ab

Hieran knüpft der BGH an, indem er die Vormerkungswirkung des gesetzlichen Lösungsanspruchs verneint, wenn dessen Entstehung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Dieser für § 883 BGB allgemein anerkannten Formel¹⁸ fügt der BGH unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung¹⁹ noch einen Zusatz bei: Ein künftiger Anspruch sei ferner dann nicht vormerkungsfähig, wenn seine Entstehung davon abhängt, dass der Schuldner „ein Rechtsgeschäft überhaupt erst vornimmt“. Auch dieses Kriterium erscheint einleuchtend. Bedenken könnten sich lediglich dann regen, wenn man es unbesehen auf die Voraussetzungen eines Rückübereignungsanspruchs anwendet, wie er häufig bei Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereinbart wird. Die Rückübereignungspflicht wird bei solchen Verträgen typischerweise u. a. daran geknüpft, dass der Erwerber den überlassenen Grundbesitz veräußert oder belastet, also „ein Rechtsgeschäft überhaupt erst vornimmt“. Darauf gegründete Zweifel an der Vormerkungsfähigkeit eines solchen Rückübereignungsanspruchs sind glücklicherweise unberechtigt, weil der BGH in ein und demselben Urteil²⁰ die vorgenannte Formel erstmals gebraucht und zugleich die Vormerkungsfähigkeit eines Rückübereignungsanspruchs bejaht hat, der an den Verstoß gegen ein Verfügungsverbot geknüpft war. Die vorgenannte Formel drückt also lediglich eine Selbstverständlichkeit aus: Ein rechtsgeschäftlich begründeter künftiger Anspruch ist erst nach Vornahme des anspruchsbegründenden Rechtsgeschäfts vormerkungsfähig.

b) Schuldner hat es in der Hand, die Entstehung des Anspruchs zu verhindern

Zu ernsteren Bedenken gibt indessen die weitere Begründung des BGH Anlass, die Vormerkungsfähigkeit, also Insolvenzfähigkeit, des künftigen Lösungsanspruchs scheitern daran, dass der Schuldner (Grundstückseigentümer) es in der Hand habe, dessen Entstehung zu verhindern.²¹ In der Tat steht diese Möglichkeit dem Eigentümer offen. Soweit die vorrangige Grundschuld keine Forderung mehr sichert, kann nämlich der Eigentümer (Sicherungsgeber) von der Grundschuldgläubigerin die Rückgewähr der Grundschuld verlangen. Wenn im Sicherungsvertrag nichts anderes vereinbart ist,

11 BGH, LM Nr. 13 zu § 883 BGB.

12 *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 BGB Rdnr. 181, 188.

13 Vgl. BGH, DNotZ 2006, 835.

14 So bereits in DNotZ 2002, 278.

15 Lediglich § 1179 BGB macht für den Lösungsanspruch hier von eine Ausnahme, vgl. vorstehend Ziff. 1.

16 Dazu sogleich Ziff. 4. b).

17 Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 883 BGB Rdnr. 179; *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 18 einerseits, Rdnr. 15–17 andererseits; *MünchKommBGB/Wacke*, 4. Aufl. 2004, § 883 Rdnr. 22 ff.

18 Vgl. *MünchKommBGB/Wacke*, § 883 Rdnr. 24; *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 15, 17; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 176, 179, 180. Zu den Fallgruppen, die darunter fallen, zählen insbesondere jederzeit frei widerrufliche Verkaufsangebote, an keinerlei Voraussetzungen gebundene Rücktrittsrechte. Wegen weiterer Fallgruppen vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Amann*, 4. Aufl. 2006, A I Rdnr. 168.

19 BGH, NJW 1997, 861, 862 im Anschluss an *Lichtenberger*, NJW 1977, 1755, 1759.

20 Fn. 19.

21 *MittBayNot* 2007, 45 (in diesem Heft).

richtet sich der Rückgewähranspruch nach Wahl des Sicherungsgebers²² auf

- Aufhebung der Grundsuld, wodurch der gesetzliche Lösungsanspruch gegenstandslos wird,
- Abtretung der Grundsuld an einen Dritten, welche die Entstehung des gesetzlichen Lösungsanspruchs vermeidet,
- Abtretung der Grundsuld an den Eigentümer, welche den gesetzlichen Lösungsanspruch auslöst oder
- Verzicht auf die Grundsuld, wodurch sie gemäß §§ 1191 Abs. 2, 1168 Abs. 1 BGB Eigentümergrundsuld und vom gesetzlichen Lösungsanspruch ergriffen wird.²³

Nur wenn der Eigentümer die Abtretung der Grundsuld an sich oder den Verzicht auf die Grundsuld verlangt, entsteht der gesetzliche Lösungsanspruch. Fordert er dagegen Aufhebung der Grundsuld oder deren Abtretung an einen Dritten, so entspringt daraus kein gesetzlicher Lösungsanspruch. Das Wahlrecht des Eigentümers wird durch den gesetzlichen Lösungsanspruch nicht eingeschränkt.²⁴ Der Eigentümer kann mittels seiner Wahl den gesetzlichen Lösungsanspruch ins Leere laufen lassen. Darauf hat der BGH im entschiedenen Fall zu Recht abgestellt.²⁵

Hätte dagegen im entschiedenen Fall der Eigentümer und spätere Insolvenzschuldner bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens Rückgewähr der Grundsuld durch Verzicht oder durch Übertragung auf sich selbst gewählt, so hätte diese Wahl den Rückgewähranspruch nach h. M.²⁶ auf die gewählte Modalität der Rückgewähr verengt (§ 263 Abs. 2 BGB). Der Eigentümer hätte damit – bindend für sich selbst – die Weiche zur Entstehung des gesetzlichen Lösungsanspruchs gestellt. Der Insolvenzverwalter hätte sich der gewählten Art der Rückgewähr nicht mehr mit Erfolg widersetzen können, am wenigsten einem Verzicht auf die Grundsuld, weil dazu die Mitwirkung des Eigentümers bzw. seines Insolvenzverwalters entbehrlich ist (§§ 1192 Abs. 2, 1168 Abs. 2 BGB), aber auch nicht einer Abtretung, weil Gläubigerverzug des Insolvenzverwalters, um den Abschluss des Abtretungsvertrags und damit den Lösungsanspruch zu vereiteln, die Grundsuldgläubigerin m. E. analog § 264 Abs. 2 BGB berechtigt, ihre Rückgewährschuld durch einen Verzicht zu erfüllen, der ebenfalls den Lösungsanspruch auslöst.²⁷ Jeweils hätte der Eigentümer und spätere Insolvenzschuldner durch seine Wahl einen nach den Maßstäben des BGH hinreichend sicheren Rechtsboden für die Entstehung des künftigen Lösungsanspruchs gelegt. Damit entfaltet dieser Vormerkungswirkung. Sein Gläubiger kann ihn gegenüber dem Insolvenzverwalter gemäß § 106 InsO durchsetzen. Die mancherorts geäußerte Meinung, das Urteil des BGH habe die Insolvenzfestigkeit des gesetzlichen Lösungsanspruchs beseitigt,²⁸ ist also zu

undifferenziert. Mehr noch: Wer annimmt, die Vormerkungswirkung des gesetzlichen Lösungsanspruchs hätte in dem vom BGH entschiedenen Fall den Insolvenzverwalter gebunden, wenn der BGH anders entschieden hätte, gibt sich möglicherweise einer Illusion hin. Der BGH hätte dann nämlich nicht unterstellen dürfen, dass die Rückgewähr der Grundsuld durch Abtretung an den Insolvenzschuldner wirksam war. Nachdem der Eigentümer bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch die Freiheit hatte, Rückgewähr der Grundsuld in einer Modalität zu verlangen, die den gesetzlichen Lösungsanspruch vereitelt, wäre diese Befugnis auf den Insolvenzverwalter übergegangen. Eine Rückgewähr durch Abtretung an den Eigentümer hätte der Zustimmung des Insolvenzverwalters bedurft. Diesem wäre es frei gestanden, Abtretung der Grundsuld an einen Dritten zu verlangen, die Grundsuld dadurch entgeltlich zu verwerten und dem Dritten die Zwangsversteigerung aus der erstrangigen Grundsuld zu überlassen, bei welcher der nachrangige Grundsuldgläubiger schwerlich besser abgeschnitten hätte als nach der Entscheidung des BGH. Die Insolvenzfestigkeit des gesetzlichen Lösungsanspruchs hätte der nachrangigen Grundsuldgläubigerin nur dann genützt, wenn der Insolvenzverwalter Rückgewähr der vorrangigen Grundsuld durch Verzicht oder Übertragung auf sich verlangt hätte.²⁹

Solange es also dem Eigentümer freisteht, die Entstehung des gesetzlichen Lösungsanspruchs zu hindern, mangelt diesem der in § 1179 a Abs. 1 Satz 3 BGB angekündigte Vormerkungsschutz.³⁰ Daraus darf aber kein allgemeiner Grundsatz geschmiedet werden, wonach künftige oder bedingte Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner vermeiden kann, nicht vormerkungsfähig sind. Ein solcher Grundsatz würde insbesondere an der Vormerkungsfähigkeit nahezu aller Rückübereignungsansprüche rütteln, die häufig bei Überlassungsverträgen im Wege vorweggenommener Erbfolge vereinbart werden. Diese sind nämlich typischerweise an Voraussetzungen geknüpft, deren Eintritt der Schuldner entweder perfekt verhindern kann, wie etwa rechtsgeschäftliche Veräußerung und Belastung, groben Undank, oder jedenfalls beeinflussen kann, wie zum Beispiel Zahlungsverzug, Insolvenz, Ehescheidung, Nichterfüllung einer Bebauungspflicht. Alle daran oder an ähnliche Voraussetzungen geknüpften Rückübereignungsansprüche sind bisher anerkanntermaßen als bedingte oder künftige Rückübereignungsansprüche vormerkungsfähig.³¹

5. Unter welchen Voraussetzungen bleiben künftige oder bedingte Ansprüche, deren Entstehung der Schuldner vermeiden kann, vormerkungsfähig?

Es geht also darum, die bislang unbestritten vormerkungsfähigen künftigen oder bedingten Ansprüche, die von einem Verhalten des Schuldners abhängen, abzugrenzen von den

²² Vgl. *Palandt/Bassenge*, § 1191 Rdnr. 32; *Gaberdiehl*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Aufl. 2004, Rdnr. 748.

²³ Einzelheiten bei *Gaberdiehl*, Rdnr. 742 ff.

²⁴ BGH, DNotZ 1983, 42.

²⁵ Ebenso *Kessler*, EWiR 2006, 459, 460; *Preuß*, LMK 2006, 185895; *H. Mohrbutter*, WuB 2006, 666.

²⁶ Vgl. *Gaberdiehl*, Rdnr. 748; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2002, vor § 1191 Rdnr. 121.

²⁷ Möglicherweise ist die Weigerung des Insolvenzverwalters, die Abtretung der Grundsuld anzunehmen, als Freigabe aus der Insolvenzverstrickung zu werten mit der Folge, dass die Gläubigerin die Grundsuld ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters an den Eigentümer abtreten und dadurch ihre Rückgewährpflicht erfüllen und den gesetzlichen Lösungsanspruch auslösen kann.

²⁸ *Rein*, NJW 2006, 3470, 3472; *Alff*, Rpfleger 2006, 484, 486.

²⁹ Unzutreffend ist die Meinung von *Alff*, Rpfleger 2006, 487, dass der zur Rückgewähr verpflichtete Grundsuldgläubiger ohne Rücksicht auf das Wahlrecht des Sicherungsgebers auf die Grundsuld verzichten und dadurch den gesetzlichen Lösungsanspruch zur Entstehung bringen dürfe (vgl. *Gaberdiehl*, Rdnr. 748, 779). Diese Freiheit gewinnt er nur, falls ausnahmsweise das Wahlrecht gemäß § 264 Satz 2 BGB auf ihn übergeht.

³⁰ In der Diktion von *Wolfsteiner* (Fn. 5) bringt das auf § 1179 a BGB beruhende „Lösungsrecht“ in dieser Konstellation keinen vormerkungsbewehrten Lösungsanspruch hervor.

³¹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 883 BGB Rdnr. 180; *MünchKommBGB/Wacke*, § 883 Rdnr. 23 jeweils m. w. N.

(Löschungs-)Ansprüchen, deren Insolvenzfestigkeit, also Vormerkungsfähigkeit, der BGH verneint hat, weil der Schuldner deren Entstehung noch verhindern konnte.

a) Typische Interessenlage der Beteiligten als Abgrenzungsmaßstab?

Im Blick auf bedingte oder künftige Rückübereignungsansprüche besteht ein Unterschied sicherlich darin, dass deren Gläubiger den Rückübereignungsanspruch typischerweise gezielt zu dem Zweck vereinbart, den Eintritt der Rückübereignungsvoraussetzungen zu vermeiden, also zum Beispiel Veräußerung oder Belastung des Grundbesitzes, während umgekehrt der nachrangige Gläubiger eines vorgemerkten Löschungsanspruchs die Vereinigung des vorrangigen Grundpfandrechts mit dem Eigentum herbeisehnt, um im Rang aufzurücken. Ob sich diese Unterschiede in der typischen Interessenlage zur Abgrenzung eignen, erscheint freilich zweifelhaft. Denn auch nach einer Grundstücksüberlassung kann sich das Verhältnis zwischen den Vertragsteilen derart trüben, dass zwar die Schwelle zum groben Undank nicht erreicht ist, der Veräußerer aber den Eintritt einer Rückübereignungsvoraussetzung durchaus begrüßen würde. Umgekehrt setzen nachrangige Gläubiger ihre Hoffnungen zu Recht weniger auf den gesetzlichen Löschungsanspruch, als auf die Abtretung oder die Pfändung des Rückgewähranspruchs.³² Juristische Abgrenzungen sollten aber nach Möglichkeit nicht von der mentalen Lage des Gläubigers abhängen.

b) Keine Vormerkungsfähigkeit eines künftigen Anspruchs, dessen Entstehung der Schuldner durch einseitige Willenserklärung verhindern kann

Eine Besonderheit des vom BGH entschiedenen Falles liegt darin, dass der Grundstückseigentümer und Schuldner des Löschungsanspruchs dessen Entstehung durch bloße *einseitige* – wenn auch zugangsbedürftige – *Willenserklärung* verhindern konnte, nämlich durch eine bestimmte Ausübung seines mit dem Rückgewähranspruch verbundenen Wahlrechts. Die anerkanntermaßen vormerkungsfähigen Rückübereignungsansprüche werden im Gegensatz dazu ausgelöst durch

- zweiseitige Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge über die Veräußerung oder Belastung des Grundbesitzes, also Rechtsgeschäfte, die nur zustande kommen, falls ein Vertragspartner dabei mitwirkt,³³
- faktisches Verhalten,³⁴ das den Gläubiger berührt, zum Beispiel grober Undank, Zahlungsverzug, Nichterfüllung einer Baupflicht,
- sonstige Vorgänge, die ebenfalls keinen rechtsgeschäftlichen Charakter haben, aber wiederum die Interessen des Gläubigers berühren, wie zum Beispiel Vorversterben oder Ehescheidung des Erwerbers, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Erwerber, Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erwerbers.³⁵

³² Dazu Krause, NotBZ 2006, 397, 398. Die Schutzwirkungen einer angezeigten (§ 407 Abs. 1 BGB) und vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbarten Abtretung des Rückgewähranspruchs hat der BGH in seinem Urteil zu pauschal verneint (ebenso Kessler, EWiR 2006, 459, 460). Neue oder erweiterte Verbindlichkeiten kann der Sicherungsgeber ungeachtet der Abtretung des Rückgewähranspruchs nur dann unter den Schirm der Grundschuld stellen, wenn eine sog. weite Sicherungsabrede besteht, vgl. Gaberdiel, Rdnr. 884 ff.

³³ Vgl. Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 179.

³⁴ Dazu Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 177.

³⁵ Vgl. MünchKommBGB/Wacke, § 883 Rdnr. 23.

Mit Blick auf diese Besonderheiten finden wir ein Unterscheidungsmerkmal, das geeignet erscheint: Ein künftiger Anspruch, dessen Entstehung der Schuldner durch bloße einseitige – wenn auch zugangsbedürftige – Willenserklärung verhindern kann, ist nicht vormerkungsfähig. Dasselbe gilt für einen bedingten Anspruch, der an eine Potestativbedingung geknüpft ist, die ausschließlich aus einer einseitigen Willenserklärung besteht. Dieses Kriterium stützt sich darauf, dass die Ungebundenheit des Schuldners am perfekten ist, wenn er seine Bindung einseitig und willkürlich vermeiden kann. Darauf kommt es in diesem Zusammenhang an.³⁶

Hängt also die Entstehung des künftigen Anspruchs von einem zweiseitigen Rechtsgeschäft oder einem faktischen Verhalten des Schuldners oder sonstigen Ereignissen der vorgenannten Art ab, so ist er bereits vor Eintritt einer solchen Anspruchsvoraussetzung vormerkungsfähig. Als Anspruchsvoraussetzung genügt – im Gegensatz zu einer einseitigen Willenserklärung – auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil der Schuldner dazu einen zur Mitwirkung bereiten Geschäftspartner braucht. Dagegen könnte man vielleicht einwenden, der Schuldner könne einen Vertrag ebenso leicht zustande bringen wie eine einseitige Willenserklärung, wenn er nur seinem Geschäftspartner entsprechend günstige Vertragsbedingungen einräume. Stichhaltig ist dieser Einwand jedoch nicht. Denn ein Vertragsschluss zu solchen Bedingungen beschert dem Schuldner nur Nachteile. Auch aus der Sicht des Vertragspartners verliert dieser Einwand seine Überzeugungskraft, sobald für den an den Vertragsschluss geknüpften Rückübereignungsanspruch eine Vormerkung eingetragen werden kann und eingetragen wird. Dann ist der Vertragsschluss für den anderen Vertragsteil reizlos, denn er handelt sich damit lediglich relativ unwirksame Rechtspositionen und die Zustimmungspflicht gemäß den §§ 883 Abs. 2, 888 BGB ein.

Die Vormerkungsfähigkeit eines künftigen oder bedingten Anspruchs ist infolgedessen nicht bereits dann zu verneinen, wenn der Schuldner dessen Entstehung verhindern kann, sondern erst dann, wenn dazu eine einseitige Willenserklärung des Schuldners genügt. Das entspricht der schon bisher allgemein anerkannten Regel, wonach ein Anspruch nicht vormerkungsfähig und damit nicht insolvenzfest ist, falls der Schuldner zu freiem Widerruf, voraussetzungslosem Rücktritt oder beliebiger Kündigung berechtigt bleibt.³⁷

6. Vormerkungsfähigkeit bei temporär begrenzter Bindung, insbesondere bei freiem Rücktrittsrecht während einer bestimmten Frist

Allerdings bedarf die gerade entwickelte Regel noch einer Feinabstimmung, wenn solche Bindungsfreiheit des Schuldners nur während einer bestimmten Zeitspanne oder unter bestimmten Bedingungen besteht:

Wird zum Beispiel ein zunächst *bindendes Verkaufsangebot* des Eigentümers nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses frei widerruflich,

³⁶ Eine Reflexion darüber, dass der einseitigen Willenserklärung eine „höhere zivilrechtliche Weihe“ zukomme als faktischem Verhalten und sonstigen tatsächlichen Vorgängen und dass deshalb die Freiheit des Schuldners zu einseitiger Willenserklärung nicht den Vormerkungsschutz beseitigen dürfe, ginge am Problem vorbei. Dieses besteht nämlich darin, Kriterien für eine hinreichende Bindung des Schuldners zu finden.

³⁷ Zur Fortwirkung der im Belieben des Vermieters stehenden Möglichkeit, den Mietvertrag zu kündigen, auf das Erlöschen eines bindenden Verkaufsangebots Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 181.

so verliert der daraus resultierende künftige Übereignungsanspruch mit Fristablauf oder Bedingungsseintritt seine ursprüngliche Vormerkungsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit. Die Vormerkung mutiert zu einem bloßen Buchrecht. Der Vormerkungsgläubiger muss auf Verlangen des Eigentümers und jedes sonst von ihr beeinträchtigten Inhabers eines dinglichen Rechts ihrer Löschung zustimmen (§ 894 BGB).

Hat der Schuldner eines Übereignungsanspruchs zunächst ein *freies Rücktrittsrecht*, das jedoch nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses erlischt, so kann er bis dahin seine Bindung beliebig abschütteln. Während dieser Zeit ist der Anspruch des Gläubigers nach unserer Regel noch nicht vormerkbar.³⁸

Liebe man abweichend davon die Eintragung einer Vormerkung schon zu, solange der Schuldner noch beliebig zurücktreten kann, so geriete man in Konflikt mit der Entscheidung des BGH: Wenn nämlich über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet würde, bevor sein Rücktrittsrecht erloschen ist, dann würde die vom BGH zu Grunde gelegte Gleichung „Vormerkungsfähigkeit + Vormerkung = Insolvenzfähigkeit“ zu dem Ergebnis führen, dass die Vormerkung bereits vor Erlöschen des freien Rücktrittsrechts insolvenzfest ist, zum Schaden der Masse und entgegen den Zielen des BGH.

Nach der hier vertretenen Meinung kann der Schuldner die Eintragung der Vormerkung zwar bereits bei Vertragsschluss im Voraus bewilligen, eintragungsfähig wird sie aber erst nach Erlöschen seines Rücktrittsrechts. Um anschließend die Eintragung der vorweg bewilligten Vormerkung zu erreichen, muss das Erlöschen des Rücktrittsrechts dem Grundbuchamt nachgewiesen werden, denn die für die Vormerkungsfähigkeit notwendige Bindung des Eigentümers entsteht erst ab dem Zeitpunkt, zu welchem er nicht mehr beliebig zurücktreten kann.³⁹ Nötig ist also z. B. nicht nur der (in der Regel einfache) Nachweis, dass die für den Rücktritt vereinbarte Frist abgelaufen ist, sondern auch ein Nachweis in der Form des § 29 GBO, wonach der Eigentümer während dieser Frist sein Rücktrittsrecht nicht ausgeübt hat. M. E. genügt dafür eine entsprechende Bestätigung des Eigentümers in notariell beglaubigter Form. Noch einfacher können es sich die Beteiligten machen, indem sie den Notar als Treuhänder gemäß § 24 Abs. 1 BNotO zwischenschalten und vereinbaren, dass das Rücktrittsrecht des Eigentümers auch dann erlischt, wenn der Notar die Eintragung der Vormerkung gemäß § 15 GBO beantragt.⁴⁰ Dabei wird dem noch fehlenden Bindungswillen des Eigentümers Rechnung getragen, indem die Beteiligten den Notar gemeinsam anweisen, diesen Antrag erst zu stellen, wenn der Eigentümer dem Notar schriftlich mitgeteilt hat

oder gleichwertig nachgewiesen ist,⁴¹ dass sein Rücktrittsrecht erloschen ist.

7. Heilung einer unwirksamen Vormerkung durch nachträgliches Erstarken des Anspruchs

Wenn ein Übereignungsanspruch wegen eines zeitlich begrenzten freien Rücktrittsrechts des Eigentümers nicht vorgemerkt werden kann und sowohl Notar als auch Grundbuchamt dies übersehen, kommt es zu einer Vormerkung, der ein (noch) nicht vormerkungsfähiger Anspruch unterlegt ist, also zu einer – jedenfalls zunächst – unwirksamen Vormerkung. Sobald nach deren Eintragung das freie Rücktrittsrecht des Schuldners erlischt, erhebt sich die Frage, ob infolge der dadurch erzeugten Bindung des Schuldners die zunächst unwirksame Vormerkung zu einer wirksamen erstarkt, oder ob sie unheilbar unwirksam bleibt und durch eine neue ersetzt werden muss.

Wenn man dem BGH und *Wacke* folgt,⁴² wonach sich unter den Schirm einer alten unwirksamen Vormerkung sogar ein neuer Anspruch stellen lässt, falls dessen Gläubiger, Schuldner und Anspruchsziel identisch sind, dann begegnet es noch weniger Bedenken, dass ein Anspruch, dessen Identität unverändert geblieben ist, Vormerkungsschutz unter dem Schirm der bisherigen Vormerkung erlangt. Allerdings erfordert ein Anspruchsaustausch unter dem Dach der bisherigen Vormerkung laut BGH eine neue, wenn auch formlose Bewilligung des Eigentümers nach § 885 BGB, die beim Anspruchsaustausch praktisch immer schlüssig abgegeben ist, beim bloßen von keiner Willenserklärung abhängigen Erlöschen eines Rücktrittsrechts aber nicht.⁴³ Die Gegenansicht, die einen Anspruchsaustausch unter dem Dach der alten unwirksamen Vormerkung ablehnt und für jeden neuen Anspruch eine neue Vormerkung verlangt,⁴⁴ hat dabei ebenfalls stets einen neu geschaffenen Anspruch im Auge, wie er z. B. durch Neuvernahme eines ursprünglich formunwirksamen Rechtsgeschäfts entsteht.

Davon jeweils abweichend führt das Erlöschen eines freien Rücktrittsrechts des Schuldners zu keiner Novation des Anspruchs. Der Anspruch bleibt vielmehr identisch. Er erstarkt lediglich zur Vormerkungsfähigkeit, weil der Schuldner nunmehr hinreichend gebunden ist. Eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts wäre sinnlos. Dann kann aber nach keiner der vorgenannten Ansichten eine neue Vormerkung oder eine neue Bewilligung (§ 885 BGB) einen Sinn machen. Die bisher unwirksame Vormerkung wird also ohne weiteres wirksam, sobald das freie Rücktrittsrecht des Schuldners erloschen ist, allerdings nicht *ex tunc*, sondern nur *ex nunc*. Gegen Zwischenrechte, die vor dem Erlöschen des freien Rücktrittsrechts entstanden sind, und gegen ein zwischenzeitlich eröffnetes Insolvenzverfahren vermag sie nichts auszurichten.⁴⁵

³⁸ Dasselbe gilt, wenn die Beteiligten den Vertrag unter die Potestativbedingung stellen, dass er den Verkäufer erst bindet, wenn der Verkäufer ihn durch einseitige Willenserklärung in Kraft gesetzt hat. Die Ausübung einer solchen Option ist nach herrschender Rechtsprechung formfrei möglich (BGH, NJW 2000, 2665; a. M. *Staudinger/Wufka*, 2006, § 311 b Rdnr. 90 ff.). Ein derartiges Optionsrecht oder ein freies Rücktrittsrecht des Verkäufers wird z. B. vereinbart, falls der Verkäufer den Verkauf davon abhängig macht, dass es ihm gelingt, Ersatzgrundbesitz zu erwerben.

³⁹ Dass eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB früher eingetragen werden kann, beruht auf der Sonderregelung des § 1179 BGB (vgl. oben Ziff. 1).

⁴⁰ Vgl. *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249, 255, 256, zum vergleichbaren Nachweis einer auflösenden Bedingung, die das Erlöschen einer Eigentumsvormerkung bewirkt.

⁴¹ Den Weg zu einem solchen Nachweis eröffnet z. B. eine Vereinbarung, wonach der Rücktritt nur wirksam ist, wenn der Notar davon schriftlich verständigt wird.

⁴² BGH, MittBayNot 2000, 104; *Wacke*, DNotZ 1995, 507; vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1488.

⁴³ A. a. O. (Fn. 42); abweichend *Wacke*, a. a. O.

⁴⁴ *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 Rdnr. 46 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴⁵ Ein Zurückwirken der Vormerkung in die Zeit, während der der Schuldner nicht gebunden war, lässt sich mit dem Urteil des BGH nicht vereinbaren und entgegen *Wacke* (DNotZ 2000, 646) nicht mit § 879 Abs. 2 BGB begründen, denn dieser erlaubt nur, dass die Bewilligung (§ 885 BGB) der Eintragung nachfolgen darf, jedoch kein rückwirkendes Nachschieben des vormerkungsfähigen Anspruchs (vgl. *Amann*, MittBayNot 2000, 198).

8. Ergebnis

Der BGH hat für den gesetzlichen Lösungsanspruch richtig entschieden, aber die Kriterien, an denen die Vormerkungsfähigkeit und Insolvenzfähigkeit eines künftigen oder bedingten Anspruchs scheitert, zu weit formuliert. Insbesondere bleibt es dabei, dass die in Überlassungsverträgen häufig vereinbarten von einem bestimmten Verhalten des Schuldners abhängigen Rückübereignungsansprüche vormerkungsfähig und nach Eintragung der Vormerkung insolvenzfest sind, und zwar selbst dann, wenn die maßgebliche Anspruchsvoraussetzung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt oder in der Eröffnung eines solchen Verfahrens besteht.⁴⁶ Da-

gegen sind künftige oder bedingte Ansprüche nicht vormerkungsfähig, solange der Schuldner ihre Entstehung durch einseitige Willenserklärung hindern kann. Wird gleichwohl zur Sicherung eines solchen Anspruchs verfrüht eine (unwirksame) Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so gewinnt diese ohne weitere Grundbucheintragung ex nunc ihre Wirkungskraft, sobald die Bindungsfreiheit des Schuldners entfallen ist.

⁴⁶ Darin liegt auch keine nach § 119 InsO unzulässige sog. Lösungsklausel, denn der Erwerber erhält das Grundstück bereits belastet mit der vorgemerkten bedingten Rückübereignungspflicht, vgl. *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 180; BGH, NJW 2006, 915, 917.

Zur Reichweite von Pflichtteilsklauseln: Stillschweigende Schlusserbeneinsetzung und Verbot zur Sicherung des Pflichtteilsanspruchs bis zum 2. Erbfall?

– zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG München vom 29.3.2006, 31 Wx 007/06* –

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

1. Auslegung von Pflichtteilsklauseln: ein Dauerbrenner

Die vorstehende Entscheidung betrifft schon wieder die Auslegung einer sog. Pflichtteils Klausel.¹ Im entschiedenen Fall enthielt das handschriftliche gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes eine sog. *automatisch wirkende Ausschlussklausel*.² Mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im ersten Erbfall wird der betreffende Abkömmling, gegebenenfalls auch seine Nachkommen, automatisch von der Erbfolge nach dem Tod des Längerlebenden der Ehegatten, also von der Schlusserbfolge, ausgeschlossen. Einer enterbenden Verfügung des längerlebenden Elternteils bedarf es dabei nicht mehr. Die entsprechende Schlusserbeneinsetzung ist also durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auflösend bedingt (§ 2075 BGB). In der zu besprechenden Entscheidung geht es dabei darum, dass dieser Pflichtteilsstrafklausel nicht nur diese enterbende Wirkung bei der Pflichtteilsgeltendmachung beigelegt wurde, sondern deren Anordnung Anhalt für eine Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments war, dass dieses trotz Fehlens einer ausdrücklichen Schlusserbeneinsetzung doch eine wirksame Erbeinsetzung für den Tod beider Ehegatten enthielt. Daran schließt sich die Frage an, ob die so im

Wege einer extensiven Interpretation gewonnene, und dann sogar als wechselbezüglich und damit bindend angesehene Schlusserbeneinsetzung zweier Kinder der Ehegatten wieder entfallen ist, weil sie ihren Pflichtteil im Sinne der Pflichtteils Klausel geltend gemacht haben. Die Entscheidung vermag insgesamt nicht zu überzeugen.

2. Stillschweigende Schlusserbenbestimmung

Gemeinschaftliche Testamente von Ehegatten in der Form des § 2269 BGB, wodurch sie sich gegenseitig zu Erben einsetzen und bestimmen, dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten, i. d. R. die gemeinsamen Abkömmlinge, fällt, sind in der Praxis relativ häufig. Auch wenn die Schlusserbeneinsetzung für diese Gestaltung kennzeichnend ist, so muss die Erbeinsetzung für den zweiten Erbfall doch nicht ausdrücklich erfolgt sein; vielmehr kann auch in solchen Fällen, in denen der zweite Erbfall nicht explizit geregelt ist, die Auslegung ergeben, dass die Eheleute ihr beiderseitiges Vermögen mit dem Tode des Überlebenden bestimmten Personen, insbesondere ihren gemeinschaftlichen Kindern, zuwenden wollten. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass in der Praxis die Fälle nicht selten sind, dass die Ehegatten nur die Erbfolge nach dem Tod des Erstversterbenden regeln wollten und es dem Längstlebenden freigestellt sein soll, über seinen Nachlass letztwillig zu verfügen, oder aber mangels einer solchen Regelung die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen.³

In der notariellen Praxis offenbar zu wenig beachtet wird aber, dass teilweise in der Rechtsprechung der Obergerichte, und im zu besprechenden Fall auch vom OLG München ohne besondere Problematisierung der Thematik, bei Fehlen einer Schlusserbeneinsetzung allein aufgrund der Auslegung der *Pflichtteilsausschlussklausel* angenommen wird, dass die Kinder, die ihren Pflichtteilsanspruch beim ersten Erbfall

* MittBayNot 2007, 62 (in diesem Heft).

¹ Dazu unlängst BayObLG, MittBayNot 2005, 50 m. Anm. *J. Mayer* sowie zur einschränkenden Interpretation einer Pflichtteils Klausel im Behindertentestament BGH, ZEV 2005, 117 m. krit. Anm. *Muscheler* = MittBayNot 2005, 314; dazu *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 286; zu den Konsequenzen für die Gestaltung des Behindertentestaments *Litzenburger*, RNotZ 2005, 162; bestätigt von BGH, ZEV 2006, 76 = FamRZ 2006, 194.

² Zur Systematisierung der verschiedenen Formen von Pflichtteils klauseln vgl. etwa *J. Mayer* in Dittmann/Reimann/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Syst. Teil A Rdnr. 419 ff.; vgl. auch *Weirich*, Erben und Vererben, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 917 ff. sowie BGH, ZEV 2006, 76; allgemein zu den Pflichtteils klauseln etwa MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl., § 2074 Rdnr. 39 ff.

³ LG Bremen vom 23.3.1993, 1 W 31/93.

nicht geltend machen, zu Erben des überlebenden Ehegatten eingesetzt sein sollen.⁴ Hierzu hat jedoch der 5. Senat des OLG Saarbrücken zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Annahme selbst dann nicht zwingend ist, wenn auch noch eine Wiederverheirathungsklausel angeordnet wurde. Jedoch könne beides in einem Erbvertrag *Anhaltspunkt* dafür sein, dass eine Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder im Wege der Auslegung ermittelt werde, wenn ein diesbezüglich übereinstimmender Wille der Vertragsteile bei Erbvertragsabschluss feststellbar sei.⁵ Zumindest in einer notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen ist wegen der Aufklärungs- und Formulierungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG) für eine solche Auslegung aber regelmäßig kein Raum, weil anzunehmen ist, dass der Notar eine klare und ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung beurkundet hätte, wenn diese wirklich gewollt gewesen wäre.⁶

Aber auch in einem *eigenhändigen Testament* kann m. E. in der bloßen Anordnung einer einfachen Pflichtteilsausschlussklausel regelmäßig nicht zugleich eine Schlusserbenberufung gesehen werden. Vielmehr verkennt die Gegenauffassung die Wirkung dieser Pflichtteils Klausel, die – wie ihr Name sagt – allein enterbend wirkt. Sie schließt also allein die sonst kraft gesetzlicher Erbfolge nach Tod beider Ehegatten berufenen Erben, die ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden verlangen, aus und macht im Hinblick darauf bereits einen Sinn, ohne eine gewillkürte Schlusserbenbestimmung annehmen zu müssen, weil sie primär den Überlebenden von der Pflichtteilsbelastung schützen will.⁷ Sie will aber gerade nicht den Nachlass für die Schlusserben sichern und kann auch keine gleichmäßige Verteilung zwischen ihnen gewährleisten.⁸ Die Klausel ist also grundsätzlich das „Gegenteil einer Erbeinsetzung“.⁹ Jedenfalls *besteht kein zwingender Erfahrungssatz*, dass eine solche Regelung allein auf einen übereinstimmenden Willen der Ehegatten schließen lässt, die Kin-

der als Adressaten der Strafklausel zu Schlusserben nach dem Tode des Letztversterbenden zu berufen.¹⁰ Dafür spricht insbesondere, dass es häufig auch der Wille der Ehegatten sein wird, sich gerade auch gegenüber den anderen, den Pflichtteil nicht verlangenden Kindern *nicht* zu binden.¹¹ Anders mag es allenfalls bei der sog. *Jastrowschen Klausel* liegen, welche die rein enterbende Wirkung mit einer zuteilenden Anordnung zugunsten der loyalen Kinder verbinden, die im Falle der Pflichtteilsgeltendmachung durch ein Geschwisterteil ein Vermächtnis bekommen, welches allerdings i. d. R. erst mit dem Tod des überlebenden Elternteils fällig ist.¹² Jedenfalls ist aber in derartigen Fällen zu prüfen, ob die so gewonnene Schlusserbenbestimmung auch wechselbezüglich i. S. v. § 2270 Abs. 1 BGB sein soll. Das OLG München hat dies unter Heranziehung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB bejaht, jedoch hätte wegen des Grundsatzes des Vorrangs der individuellen Auslegung zunächst diese geprüft werden müssen. Dabei wird man einer zu bindungsfreundlichen Auslegung kritisch gegenüberstehen müssen.

3. Wegfall der stillschweigenden Schlusserbeneinsetzung durch Pflichtteilsverlangen

Bejaht man mit dem OLG München das Vorliegen einer Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3, weil sich aus der Pflichtteils Klausel eine entsprechende konkludente Schlusserbeneinsetzung ergibt, so stellt sich die Frage, ob diese deshalb wieder entfallen ist, weil beide nach Eintritt des ersten Erbfalls von der Mutter ihren Pflichtteil i. S. der Verwirkungsklausel „verlangt“ haben. Wie die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen für eine Pflichtteils Klausel zu formulieren sind, ist eine schwierige Gestaltungsfrage.¹³ Meist wird eine Auslegung der Anordnung erforderlich werden. Dies gilt auch dann, falls die enterbende Wirkung erst eintreten soll, wenn der Pflichtteilsanspruch in „Verzug begründender Weise“ geltend gemacht wird,¹⁴ denn auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz setzt Verzug immer noch ein Verschulden oder zumindest „Vertreten müssen“ voraus (§ 286 Abs. 4 BGB), und angesichts der oftmals schwierigen Bewertungsfragen im Pflichtteilsrecht kann es hieran fehlen. Ausgehend von den tatsächlichen Feststellungen des LG, an die das OLG gebunden war, hat m. E. im vorliegenden Fall das OLG München das Eingreifen der Pflichtteilsverwirkungsklausel zutreffend bejaht. Zu Recht stellt dabei das Gericht auf den Zweck einer solchen Ausschlussklausel ab, welche den längerlebenden Ehegatten vor der Pflichtteilsauszahlung und den damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen bewahren will. Dies und nicht die „Sicherstellung, dass das beiderseitige Vermögen auf die gemeinsamen Kinder übergeht“ (so aber zur Auslegung als „konkludente Schlusserbenbestimmung“) ist der eigentliche Zweck dieser Art von Pflichtteils Klauseln. Sowohl der Beteiligte zu 2 wie der zu 3 haben nach dem 1. Erbfall unzweideutig ihren

⁴ OLG Frankfurt, ZEV 2002, 109, 110 = FamRZ 2002, 352; OLG Köln, FamRZ 1993, 1371, 1372 = NJW-RR 1994, 397; OLG Oldenburg, FamRZ 1999, 1537 = MDR 1999, 232 (allerdings auch mit Analogie zu § 2102); OLG Saarbrücken, NJW-RR 1994, 844; vgl. auch BayObLGZ 1959, 199, 206; 1960, 218 (in Verbindung mit besonderen Umständen, die auch außerhalb der Urkunde liegen können); RGRK-BGB/Johannsen, 12. Aufl., § 2269 Rdnr. 5; MünchKommBGB/Musielak, 4. Aufl. 2004, § 2269 Rdnr. 14; Soergel/M. Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2269 Rdnr. 14; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 2003, § 2269 Rdnr. 22 (bei besonderen Umständen); a. M. aber OLGR Celle 2003, 123 = MDR 2003, 813; OLG Hamm, DNotZ 1951, 41 m. abl. Anm. Rohs; OLG Hamm, FamRZ 2004, 1998, 2000 = NJW-RR 2004, 1520 (für eigenhändiges Testament); Staudinger/Kanzleiter, 2006, § 2269 Rdnr. 24; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 24 IV 1 c; siehe auch Haegele, Die Justiz 1958, 345; zum Folgenden J. Mayer in Bengel/Reimann/J. Mayer, § 2269 Rdnr. 11 ff.

⁵ OLG Saarbrücken, NJW-RR 1994, 844; kritisch dagegen Leipold, Erbrecht, 15. Aufl., Rdnr. 270.

⁶ So richtig OLG Saarbrücken, NJW-RR 1992, 841 bei einem Erbvertrag; zust. Gutachten, DNotI-Report 2000, 149, 150 und H.-J. Fischer, ZEV 2005, 189, 191; a. M. OLG Frankfurt, a. a. O.; konkrete Anhaltspunkte für einen vom notariellen Wortlaut abweichenden Erblasserwillen fordert auch OLG Hamm, FamRZ 2002, 201, 202 in etwas anderem Zusammenhang.

⁷ Gutachten, DNotI-Report 2000, 149, 151; AnwK-BGB/Kornelx, 2. Aufl. 2007, § 2280 Rdnr. 14; so im Ansatz auch H.-J. Fischer, ZEV 2005, 189, 191, der Indizien aufstellt, wann ausnahmsweise von einer stillschweigend mitverfügten Schlusserbeneinsetzung auszugehen sein soll.

⁸ Siehe etwa J. Mayer, MittBayNot 1999, 265; vgl. dazu auch die Berechnungsbeispiele bei J. Mayer in Bengel/Reimann/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 434.

⁹ Lübbert, NJW 1988, 2708.

¹⁰ OLG Hamm, FamRZ 2004, 1998, 2000 = NJW-RR 2004, 1520.

¹¹ OLG Hamm, a. a. O.

¹² Eingehend dazu Radke, Das Berliner Testament und die gegenseitige gemeinschaftliche Einsetzung der Ehegatten zu Vorerben in Formularsammlungen, 1999, S. 110 ff.; Seubert, Die Jastrowsche Klausel, 1999.

¹³ Dazu etwa Worm, RNotZ 2003, 535, 552; Radke, ZEV 2001, 136; ders., Das Berliner Testament und die gegenseitige gemeinschaftliche Einsetzung der Ehegatten zu Vorerben in Formularsammlungen, S. 101 ff.; J. Mayer in Bengel/Reimann/J. Mayer, Syst. Teil A Rdnr. 425.

¹⁴ Radke, ZEV 2001, 136, 137 f.

Pflichtteilsanspruch geltend gemacht. Sie haben letztlich beide, wenngleich die Beteiligte zu 3 zunächst die Initiative ergriffen hat, die Bezahlung des Pflichtteils gefordert und sich dann nur aufgrund entsprechender Verhandlungen mit der Stundung und grundbuchmäßigen Absicherung durch eine Grundschuld zufrieden gegeben. Der Beteiligte zu 2 erhielt sogar einen Teilbetrag von 10.000 DM ausgezahlt. Dadurch hat sich die Erblasserin „bedrängt gefühlt und gesundheitliche Probleme erlitten“, wie das OLG feststellt. All dies sollte aber gerade durch die Pflichtteilklausel verhindert werden. Nicht überzeugend erscheinen allerdings in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur *Grundschuldbestellung*, die den Pflichtteilsanspruch der beiden Kinder sichern sollte. Denn zutreffend hat das Schleswig-Holsteinische OLG ausgeführt, dass der Wunsch zur Absicherung des Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der künftigen Schlusserbfolge und die Verhandlungen hierüber allein noch nicht zur Annahme eines Pflichtteilsverlangens i. S. einer solchen Sanktionsklausel zwingt.¹⁵ Offenbar war den Richtern am OLG vor allem die hohe Verzinsung des gestundeten Pflichtteilsanspruchs mit 9,5 % jährlich ein Dorn im Auge. Von dieser Verzinsungsproblematik abgesehen erscheint es aber richtig, allein in der bloßen Stundung und Sicherung des Pflichtteilsanspruchs noch kein die Verwirkungsklausel auslösendes Verhalten zu sehen. Jedoch ist gerade im Hinblick auf die Entscheidung des OLG München, die sich mit der Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen OLG gar nicht auseinandersetzt, Vorsicht geboten. Das Gleiche gilt auch für die Fälle, bei denen zur Reduzierung der Erbschaftsteuerbelastung des Berliner Testaments, das sich bei größeren Vermögen tendenziell als steuerlich ungünstig erweist, bereits nach dem ersten Erbfall der Pflichtteil nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 b ErbStG geltend gemacht wird. An der grundsätzlichen Problematik ändert hier auch dann nichts, wenn anschließend eine Stundung des Pflichtteilsanspruchs vereinbart wird, falls man den Zweck der Pflichtteilklausel nicht nur in der Verhinderung einer Liquiditätsbelastung für den überlebenden Ehegatten sieht, sondern – wie auch gerade das OLG München bei der Frage der Auslegung der Pflichtteilklausel als konkludente Schlusserbeneinsetzung – in der von den Eltern angestrebten gerechten Nachlassverteilung zwischen den Kindern. Dies gilt zumindest dann, wenn nur einzelne der Kinder den Pflichtteilsanspruch zu diesem Zweck geltend machen. Hält man dieses Argument für richtig, kann es auch der Einwand, dass dies dann u. U. mit dem Einverständnis des überlebenden Elternteils erfolgt, nicht entkräften.¹⁶

4. Bindende Ersatzschlusserbenberufung

Das OLG geht mit keinem Wort darauf ein, ob nicht eine sich aus dem gemeinschaftlichen Testament ergebende bindende Ersatzschlusserbenbestimmung der vom überlebenden Ehegatten im Jahre 1995 einseitig verfügten neuen Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 entgegensteht, auch wenn die Beteiligten zu 2 und 3 aufgrund der Pflichtteilsgeltendmachung als Erben ausscheiden. Anlass hierfür hätte insoweit bestanden, als die Pflichtteilklausel nicht die an sich notwendige Klarstellung enthält, dass nicht nur das seinen Pflichtteil verlangende Kind, sondern auch seine Abkömmlinge im zweiten Erbfall damit enterbt sein sollen. Allerdings wird eine sachgerechte Auslegung regelmäßig ergeben, dass dies von den Ehegatten so gewollt war, denn die Pflichtteilsgeltendmachung durch die Enkel belastet den überlebenden Ehegatten in gleicher Weise,

wie ein solches Verlangen durch das eigene Kind. Auch würde dies zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung des betreffenden Stammes führen, der im ersten Erbfall dann seinen Pflichtteil erhält und im zweiten noch die ungekürzte Schlusserbquote. Möglich wäre aber auch die Annahme, dass die Abkömmlinge des zunächst enterbten Sohnes, des Beteiligten zu 1, zu Schlusserben bestimmt worden sind. Immerhin sagt das entsprechende Enterbungstestament von 1980 hierzu nichts Gegenteiliges aus. Und so nimmt etwa das OLG Hamm einen „Erfahrungssatz“ an, wonach davon ausgegangen werden könne, dass im Rahmen bestehender gut familiärer Bindungen zwischen den testierenden Großeltern und den Enkelkindern die Enkelkinder als Erben berufen sein können. Auf das so gewonnene Ergebnis der „individuellen Auslegung“ ist dann die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB mit einer entsprechenden Bindung anwendbar,¹⁷ während der BGH auf eine sich nur aus der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2069 BGB ergebenden Ersatzerbenbestimmung die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB zu Recht abgelehnt hat.¹⁸ Und ein Pflichtteilsverzicht kann oftmals gerade deshalb erfolgen, um etwa die Vermögensnachfolge auf die Abkömmlinge des Verzichtenden vorzubereiten, etwa wenn dieser wegen einer bei ihm drohenden Sozialhilfebelastung die Zuwendung an seine Kinder möchte. Dann stellt sich aber weiter die Frage, wie es sich mit den durch das Pflichtteilsverlangen der Beteiligten zu 2 und 3 „frei werdenden“ Erbteilen verhält. Wenn diese den Abkömmlingen des Beteiligten zu 1 anwachsen (§§ 2094 f. BGB), wovon auszugehen ist, so ist zu prüfen, ob sich die Wechselbezüglichkeit auch auf diesen anwachsenden Erbteil bezieht, wenn man nicht bezüglich der Anwachsung generell die Wechselbezüglichkeit verneint.¹⁹ „Per se“ ist jedenfalls eine Pflichtteilklausel nicht wechselbezüglich.²⁰

5. Ergebnis – Verfassungsrechtliche Überlegungen

Die in der Rechtsprechung weitverbreitete Auffassung, dass in einer rein enterbend wirkenden Pflichtteilklausel auch eine konkludente Schlusserbeneinsetzung der Kinder liegt, die nach dem ersten Erbfall ihren Pflichtteil nicht verlangen, beruht auf einem verkürzten Verständnis dieser Anordnung und lässt den i. d. R. bestehenden Wunsch der Ehegatten unberücksichtigt, sich nicht auch für den zweiten Erbfall binden zu wollen. Sie sollte daher zumindest bezüglich der Wechselbezüglichkeit nochmals kritisch überdacht werden. Dennoch muss sich die notarielle Praxis hierauf einstellen. Zum anderen zeigt die vorliegende Entscheidung, dass insbesondere auch die scheinbar „einverständliche Pflichtteilsregulierung“ mit einer Stundung des Pflichtteilsanspruchs und entsprechenden Sicherungsvereinbarungen risikobehaftet ist. Bei der Frage des Eingreifens von Pflichtteilklauseln ist vielmehr klar zu differenzieren zwischen dem (unschädlichen) Verlangen, in Verhandlungen über den Pflichtteil einzutreten, und der eigentlichen Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs. Forderungen nach einer Sicherstellung der Nachlassbeteiligung im zweiten Erbfall, und mögen sie nur einer Erhaltung des Pflichtteilsanspruchs durch Stundung und seine Sicherung

¹⁵ ZEV 1997, 331, 333 m. Anm. Lübbert.

¹⁶ Dazu bereits J. Mayer, ZEV 1998, 50, 54; ders., DStR 2004, 1241, 1245 ff.; übersehen bei Dressler, NJW 1997, 2848, 2850.

¹⁷ OLG Hamm, FGPrax 2003, 270 = ZEV 2004, 68 (LS); krit. dagegen zu Recht Keim, ZEV 2004, 245, 246; demgegenüber fordert das BayObLG – entsprechend den Vorgaben von BGHZ 149, 363 (dazu sogleich) – einen „konkreten Anhalt“, ZEV 2004, 244, 245.

¹⁸ BGHZ 149, 363, 368 ff. = NJW 2002, 1126 = ZEV 2002, 150 m. Anm. Otte = DNotZ 2002, 661 m. zust. Anm. Schmucker.

¹⁹ So etwa Keller, ZEV 2002, 439, 440.

²⁰ J. Mayer in Bengel/Reimann/J. Mayer, § 2269 Rdnr. 87; zust. BGH, NJW-RR 2006, 223, 224.

sein, sind aufgrund der o. g. Entscheidung des OLG München problematisch. Dies wird auch für die „einverständliche Pflichtteilsgeltendmachung“ zur Reduzierung der Erbschaftsteuerbelastung gelten müssen, wenn man der These der Rechtsprechung folgt, dass derartige Pflichtteilklauseln auch der Sicherung der gleichmäßigen Nachlasseteilhabe aller Kindern dient, und nicht alle in eine solche Regelung gleichermaßen einbezogen werden.

Noch nicht diskutiert wird, ob solche Pflichtteilklauseln verfassungsrechtlich zulässig sind.²¹ Bedenken hiergegen können sich aufgrund zweier Entscheidungen des BVerfG mit erbrechtlichem Bezug ergeben. So hat das Gericht festgestellt, dass das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge als unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet wird.²² Darüber hinaus hat es in der sog. Hohenzollern-Entscheidung vom 22.3.2004²³ eine Potes-tativbedingung, welche die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 GG möglicherweise unzulässig einschränkt, einer umfassen-

den verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, und damit deutlich gemacht, dass auch Verfügungen von Todes wegen einer *verfassungsrechtlichen Inhaltskontrolle* unterliegen. Diese Grundsatzentscheidungen haben offensichtlich die forensische Praxis noch nicht erreicht. Dieser für die Kautelarpraxis an sich günstige Zustand wird allerdings sicherlich nicht mehr lange währen.

²¹ Zum Problem vgl. *Weiler*, MittBayNot 2006, 296, 303.

²² Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 = MittBayNot 2006, 512 = ZEV 2005, 301 = DNotZ 2006, 60; dazu etwa *Führ*, MittBayNot 2006, 461; *Herzog*, FF 2006, 86; *Kleensang*, ZEV 2005, 277; *ders.*, DNotZ 2005, 509; *K. W. Lange*, ZErB 2005, 205; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441; *Otte*, JZ 2005, 1007; *Röthel*, ZEV 2006, 8; *Rohlfing*, FamRB 2005, 205; *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025; *Stüber*, NJW 2005, 2122; *Vahle*, DVP 2005, 432)

²³ 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008 = FamRZ 2004, 765 m. Anm. *Staudinger* = ZEV 2004, 241 = DNotZ 2004, 798; dazu insbesondere *Gutmann*, NJW 2004, 2347; *Otte*, ZEV 2004, 393; *Isensee*, DNotZ 2004, 754; *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185; *Horsch*, Rpfleger 2005, 285; *Gaier*, ZEV 2006, 2.

Verfügungen über Grundstücke im vereinfachten Insolvenzverfahren

Von Notarassessor Dr. *Christian Kessler*, Euskirchen

I. Einleitung

Mit der Einführung der Insolvenzordnung hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, in einem vereinfachten Verfahren die Insolvenzen von Verbrauchern und Kleinunternehmen abzuwickeln. Das Verfahren ist in den §§ 304 ff. InsO unter der Bezeichnung Verbraucherinsolvenzverfahren geregelt. Eine Besonderheit dieses Verfahrens gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren ist, dass ihm zwingend ein sogenanntes Schuldenbereinigungsverfahren vorausgehen muss, während dessen der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens ruht und eine gütliche Einigung mit den Gläubigern des Schuldners versucht wird. Kommt es nicht zu einer solchen Einigung, wird alsdann das vereinfachte Insolvenzverfahren mit den in §§ 311 ff. InsO geregelten Besonderheiten eröffnet. Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Regelinsolvenzverfahren werden im vereinfachten Insolvenzverfahren vom sog. Treuhänder ausgeübt, dessen Rolle sich gemäß § 313 InsO im Wesentlichen nach derjenigen des normalen Insolvenzverwalters bestimmt. § 313 InsO regelt in den Absätzen 2 und 3 allerdings einige Abweichungen im Aufgabenkreis des Treuhänders gegenüber dem regulären Insolvenzverwalter. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist die in § 313 Abs. 3 geregelte Beschränkung der Befugnisse des Treuhänders zur Verfügung über Gegenstände, an denen Absonderungsrechte der Gläubiger des Schuldners bestehen.

Der Wortlaut des § 313 Abs. 3 InsO hat in der insolvenzrechtlichen Literatur und Rechtsprechung erhebliche Verwirrung gestiftet, die hinsichtlich zweier Teilaspekte auch für die notarielle Praxis eine Rolle spielt.¹ Zum einen geht es um die

Frage, wer über zur Insolvenzmasse gehörende grundpfandrechtlich belastete Grundstücke verfügungsbefugt ist, der Insolvenzschnuldner selbst, der Treuhänder oder gar die absonderungsberechtigten Gläubiger. Daran entscheidet sich, wer und in welchem Umfang über ein grundpfandrechtlich belastetes Grundstück im laufenden Verbraucherinsolvenzverfahren verfügen kann. Die zweite Frage lautet, ob und wenn ja gegen wen eine Vollstreckungsklausel zu einem Grundpfandrecht im laufenden Verbraucherinsolvenzverfahren umzuschreiben ist.

II. Die Veräußerung belasteter Grundstücke

Heftig umstritten ist, ob der Treuhänder des Verbraucherinsolvenzverfahrens zur freihändigen Veräußerung grundpfandrechtlich belasteter Grundstücke berechtigt ist. Alles dreht sich dabei um die Auslegung des Begriffs des „Verwertens“ im § 313 Abs. 3 InsO. Unstreitig ist allein, dass grundpfandrechtlich gesicherte Gläubiger im Verbraucher- wie im Regelinsolvenzverfahren berechtigt sind, aus ihren dinglichen Titeln die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben.

1. Meinungsbild

Im Wesentlichen werden drei verschiedene Auffassungen zur Verfügungskompetenz im Verbraucherinsolvenzverfahren vertreten. Das LG Hamburg ist der Ansicht, die Veräußerung grundpfandrechtlich belasteter Grundstücke sei allein Sache der Grundpfandrechtsgläubiger.² Es geht davon aus, dass mit § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO eine Sonderstellung der Grundpfandrechtsgläubiger kreiert werden sollte, wonach allein diesen

¹ § 313 Abs. 3 InsO lautet wie folgt: „Der Treuhänder ist nicht zur Verwertung von Gegenständen berechtigt, an denen Pfandrechte oder andere Absonderungsrechte bestehen. Das Verwertungsrecht steht dem Gläubiger zu. § 173 Abs. 2 gilt entsprechend.“

² LG Hamburg, MittRhNotK 2000, 31 = Rpfleger 2000, 37. Der Wortlaut des § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO stimmte 1999 mit dem heutigen überein.

das Recht zur freihändigen Veräußerung zustehe. Diese in der Literatur heftigst kritisierte³ Entscheidung ist vereinzelt geblieben. Die wohl herrschende Auffassung geht davon aus, dass die Norm zwar ein an den Treuhänder gerichtetes (Verfügungs-)Verbot konstituiert, den Grundpfandrechtsgläubigern aber keine besondere Verfügungskompetenz zugewiesen wird. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 173 Abs. 2 InsO könne der Treuhänder freihändig veräußern, ansonsten müsse er den Gläubigern die Möglichkeit der Zwangsversteigerung überlassen.⁴ Die dritte, im Vordringen befindliche Mindermeinung sieht in § 313 Abs. 3 InsO nur das an den Treuhänder gerichtete Verbot der Einleitung des Zwangsversteigerungs- bzw. Zwangsverwaltungsverfahrens. Die freihändige Veräußerung stehe ihm wie an unbelasteten Grundstücken immer zu.⁵

2. Kann der Treuhänder verkaufen und übereignen?

Für den Notar ist es zunächst entscheidend, ob der Treuhänder richtiger Ansprechpartner für den Abschluss und die Durchführung von Kaufverträgen über Grundstücke des Schuldners ist. Es wird zu zeigen sein, dass entgegen der wohl herrschenden Auffassung dem Abschluss und der Erfüllung von Kaufverträgen mit dem Treuhänder jedenfalls § 313 Abs. 3 InsO nicht entgegensteht.

a) Sinn der Regelung

Wäre die herrschende Meinung zutreffend,⁶ wäre der freihändige Verkauf eines Grundstücks im Verbraucherinsolvenzverfahren zunächst gänzlich unmöglich. Dem Schuldner fehlte die Verwaltungs- und Verfügungsmacht, dem Treuhänder wäre sie nicht zugewiesen. Es entstünde ein „Verfügungsvakuum“, was für sich genommen schon eine recht ungewöhnliche Regelung wäre. Dies gilt umso mehr, als durch den freihändigen Verkauf ggf. mehr Erlös erzielt werden kann, als der Wert der Grundpfandrechte ausmacht, und so für die Masse Mittel realisiert werden können.⁷ Hinzu kommt, dass die freihändige Veräußerung einen höheren Erlös verspricht als die Zwangsversteigerung, die nach der herrschenden Meinung für die Gläubiger die einzige Möglichkeit der Forderungsdurchsetzung darstellt. Die Realisierung etwaiger Verwertungsgewinne hinge nach der herrschenden Auffassung allein von der Willkür der grundpfandrechtlich gesicherten Gläubiger und dem Glück im Versteigerungsverfahren ab.

Angesichts dieser erheblichen Nachteile stellt sich die Frage, welche Gründe für das Veräußerungsverbot sprechen sollen. Der Gesetzgeber rechtfertigt die eingeschränkten Kompeten-

zen des Treuhänders allgemein damit,⁸ dass der geringeren Vergütung des Treuhänders gegenüber dem Insolvenzverwalter auch ein erheblich verkleinerter Aufgabenkreis gegenüber stehen müsse.⁹ Für die ebenfalls durch § 313 InsO angeordnete Ausschließung des Treuhänders von der Geltendmachung der Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO hat dieses Kostenargument seine Berechtigung, da Anfechtungen durch den Treuhänder den gleichen Gewinn für die Masse bringen wie solche durch den Gläubiger. Insoweit wird der Treuhänder entlastet, ohne dass die Masse einen Nachteil erleidet. Dies gilt im Verhältnis von der von den Gläubigern zu betreibenden Zwangsversteigerung zur durch den Treuhänder erfolgenden freihändigen Veräußerung jedoch nicht. Führt die freihändige Veräußerung zu einem Mehrerlös, profitiert die Masse, was sich dann auch in der Vergütung des Treuhänders auswirkt. Entscheidende Größe der Bemessung der Vergütung ist nämlich der Umfang der Masse. Das Argument der Gesetzesbegründung hat nur bei der Zwangsversteigerung eine Bedeutung, da deren Ergebnis unabhängig vom Initiator das Gleiche ist. Dass der Treuhänder nicht die Zwangsversteigerung grundpfandrechtsbelasteter Grundstücke betreiben kann, ist aber ohnehin unumstritten.

Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁰ war zweiter Beweggrund für die Einschränkung der Verwertungsrechte des Treuhänders die (Verfahrens-)Kostenbelastung der dinglich gesicherten Gläubiger zu verringern. Bei der Verwertung pfandrechtsbelasteter beweglicher Sachen stehen dem Insolvenzverwalter im Regelverfahren zugunsten der Masse sogenannte Ermittlungs- und Verwertungspauschalen zu, die den Erlös der Gläubiger bei der Durchsetzung der Pfandrechte mindern. Da bei der Veräußerung von Grundstücken aber gerade keine entsprechenden Pauschalen anfallen, entsteht auch insoweit bei freihändiger Veräußerung von Grundstücken durch den Treuhänder kein Nachteil für die Gläubiger.

b) „Verwerten“

Alle Überlegungen zum Inhalt des § 313 Abs. 3 InsO drehen sich um den dort verwendeten Begriff des „Verwertens“. Der Begriff des „Verwertens“ kann im Zivilrecht durchaus unterschiedliche Bedeutungen haben, eine einheitliche Auslegung gibt es nicht. Je nach Kontext und betroffener Rechtsposition – Eigentümer, einfacher Gläubiger, Pfandrechtsinhaber –, verknüpft das Gesetz unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten damit. Im Regelinsolvenzverfahren wird darunter bei pfandrechtsbelasteten Grundstücken nicht die freihändige Veräußerung, sondern ausdrücklich nur die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (§ 165 InsO) verstanden. Anders ist dies bei der entsprechenden Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten beweglichen Sachen. § 166 InsO weist dem Verwalter bei diesen Gegenständen die eigenständige Verwertung unter Beseitigung der Pfandrechte der Gläubiger zu. Da § 313 InsO dazu dient, die Kompetenzen des Treuhänders gegenüber dem Insolvenzverwalter abzugrenzen, spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber unter der dortigen „Verwertung“ genau diejenigen Handlungen verstanden wissen wollte, die er auch im Regelverfahren darunter versteht. Damit hat aber die Verwertung bei beweglichen Sachen und Grundstücken eine unterschiedliche Bedeutung und meint bei Grundstücken nur diejenigen nach dem ZVG.

³ Vallender, MittRhNotK 2000, 31; ders., NZI 2000, 148, 150 (dort Fn. 16); Alff, Rpfleger 2000, 37; Hintzen, ZInsO 1999, 702; Lwowski/Tetzlaff, WuB 2002, 1100; Pape, ZInsO 2000, 268, 269; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Aufl. 2003, § 313 Rdnr. 105; Wenzel in Kübler/Prütting, InsO, Loseblatt Stand 2/05, § 313 Rdnr. 3 a; Landfermann in Heidelberger Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2005, § 313 Rdnr. 14.

⁴ S. dazu Hintzen, ZInsO 2003, 587, wortgleich in ZInsO 2004, 714; Wenzel in Kübler/Prütting, § 313 Rdnr. 3 b; Vallender, MittRhNotK 2000, 31, 32; ders., InVo 1999, 334, 340; ders., NZI 2000, 148, 149 ff.; wohl auch Uhlenbruck/Vallender, § 313 Rdnr. 106; AG Potsdam, ZInsO 2000, 234, 235; Wenzel, NZI 1999, 101; LG Kiel, Rpfleger 2004, 730.

⁵ Lwowski/Tetzlaff, WuB 2002, 1100; Alff, Rpfleger 2000, 37, 38; Braun/Buck, § 313 Rdnr. 5; HK/Landfermann, § 313 Rdnr. 17; Kessler, ZInsO 2006, 1029.

⁶ Nach Auffassung des LG Hamburg, NZI 1999, 504 allerdings nur ohne die Initiative der Gläubiger.

⁷ Vallender, NZI 2000, 148, 149 f.

⁸ Ein besonderes Argument gerade dafür, dass das Verfügungsrecht nicht nur bei Mobilien, sondern auch bei Grundstücken eingeschränkt wird, liefert die Gesetzesbegründung nicht. Diese wurden schlicht „in einen Topf“ geworfen.

⁹ BT-Drucks. 12/7302, S. 193 f., zu § 357 j.

¹⁰ BT-Drucks. 12/7302, S. 193 f., zu § 357 j.

Überdies lässt sich nur mit der hier vertretenen Auffassung von der Bedeutung des § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO ein Widerspruch von Satz 1 und Satz 2 der Norm vermeiden. Soll der Begriff nämlich einheitlich verstanden werden, dann muss sich aus der Verweisung der Gläubiger auf die Zwangsversteigerung gleichzeitig auch das entsprechende beschränkte Verbot an den Treuhänder ergeben. Dass der Gesetzgeber in den Sätzen 1 und 2 des § 313 Abs. 3 InsO unterschiedliche Dinge mit ein und demselben Begriff gemeint haben soll, erscheint ausgeschlossen.

c) Historie

Die Probleme bei der Auslegung des Wortlauts des § 313 Abs. 3 InsO haben ihre Ursache meines Erachtens im Wesentlichen in sprachlichen Ungenauigkeiten und Übertragungsfehlern des Gesetzgebungsverfahrens. Der Regierungsentwurf zur InsO, der für die Kleinverfahren eine Verwaltung durch den Schuldner selbst vorsah, regelte unter § 355 Abs. 2, dass das Recht, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu betreiben, dem Insolvenzschuldner nicht zustehe. Die Regelung stand dabei unter der Überschrift „Verwertung von Sicherungsgut“.¹¹ Sinn der Norm war es, die Befugnisse des selbstverwaltenden Schuldners gegenüber dem Insolvenzverwalter ebenso einzuschränken, wie dies § 313 Abs. 3 InsO heute für den Treuhänder vorsieht. Erkennbar verstand der Regierungsentwurf folglich unter dem Begriff des Verwertens bei Grundbesitz allein die Verwertungsarten des ZVG, nämlich Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.¹² Die Begründung des Rechtsausschusses für den Wortlaut des § 357 j (= § 313 InsO) hat den im Regierungsentwurf verwendeten Verwertungsbegriff aufgegriffen und weiterverwendet, ohne dabei von einem anderen Verständnis auszugehen.¹³ Die redaktionellen Straffungen im Gesetzgebungsverfahren haben den heutigen Wortlaut entstehen lassen,¹⁴ ohne dass dem Gesetzgeber dabei bewusst gewesen wäre, so Unklarheiten im Hinblick auf den Begriff der Verwertung zu verursachen.

d) Ergebnis

Unter dem Begriff der Verwertung in § 313 Abs. 3 InsO ist bei Grundstücken nur die Verwertung im Sinne des ZVG in Form der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung zu verstehen. Die freihändige Veräußerung des Grundstücks liegt allein in der Hand des Treuhänders, auf den die Verwaltungs- und Verfügungskompetenz am Grundbesitz wie auch an allen sonstigen Gegenständen der Insolvenzmasse nach § 80 InsO übergeht.

Damit werden die Gläubiger von auf dem Grundbesitz lastenden Grundpfandrechten allerdings nicht ihrer Rechte beraubt. Da eine lastenfreie Veräußerung ohne ihre Kooperation nicht möglich ist, müssen diese ebenso wie beim ganz normalen Kaufvertrag mitwirken.

III. Klauselumschreibung

Die unglückliche sprachliche Fassung des § 313 Abs. 3 InsO wirft allerdings nicht nur Fragen zur Zulässigkeit der Veräußerung von Grundstücken durch den Treuhänder auf, sie lässt auch Zweifel daran aufkommen, ob eine Umschreibung dinglicher Titel gegen den Treuhänder nötig und möglich ist.

Der durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bewirkte Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter entsprechend der Bestimmungen des § 80 InsO stellt nach absolut herrschender Auffassung einen Rechtsübergang im Sinne des § 727 ZPO dar.¹⁵ Zur Vollstreckung in Grundstücke des Insolvenzschuldners, die während des laufenden Insolvenzverfahrens stattfinden soll, ist eine Titelumschreibung auf den Insolvenzverwalter als Schuldner notwendig. Dem aus dem dinglichen Recht vorgehenden Gläubiger eines Grundpfandrechts steht nach § 49 InsO das Recht zur Befriedigung aus den ihm verhafteten Gegenständen der Masse auch während des laufenden Verfahrens zu.¹⁶ Der Antrag auf Umschreibung der Vollstreckungsklausel wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist damit grundsätzlich zulässig und auch sachgerecht, um die Vollstreckung für den Gläubiger zu ermöglichen.¹⁷

Eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel aufgrund des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an einem Gegenstand der Insolvenzmasse ist allerdings nur dann notwendig und möglich, wenn der Insolvenzbeschlagnahme geführt hat, dass die Verwaltungs- und Verfügungsmacht tatsächlich auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Im Hinblick auf das in § 313 Abs. 3 InsO geregelte Verwertungsverbot stellt sich analog zur vorstehenden Überlegung zur Veräußerung die Frage, ob auch dann von einem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsmacht gesprochen werden kann, wenn – jedenfalls nach herrschender Meinung – das Recht, über den Gegenstand zu verfügen nicht beim Treuhänder liegt. Führt das in § 313 Abs. 3 InsO geregelte Verwertungsverbot zu einer dauerhaften Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders, müsste davon ausgegangen werden, dass insoweit eine Umschreibung des Titels auf den Verwalter nicht möglich ist.

Unsere vorstehenden Überlegungen zum Veräußerungsrecht des Treuhänders haben gezeigt, dass dies gerade nicht der Fall ist, da § 313 Abs. 3 InsO dem Treuhänder die Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 165 InsO) untersagt, die freihändige Veräußerung aber möglich bleibt. Die Verfügungskompetenz des Treuhänders besteht danach uneingeschränkt, allein die besondere Berechtigung des Insolvenzverwalters, über die Befugnisse des Eigentümers hinausgehend auch die Zwangsversteigerung zu betreiben, steht ihm nicht zu. Selbst dann aber, wenn – entgegen der vorstehenden Überlegungen – mit der herrschenden Auffassung in § 33 Abs. 3 InsO ein zumindest temporäres Veräußerungsverbot gesehen wird, ist die Titelumschreibung gegen den Treuhänder notwendig und zulässig.

¹¹ § 355 RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 64.

¹² BT-Drucks. 12/2443, S. 228, zu § 355.

¹³ Die zweite Begründung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 12/7302, S. 193) für die beschränkten Treuhänderkompetenzen ist die Irrelevanz der Gesamtveräußerung von Gegenständen bei Kleininsolvenzen. Die Gesamtveräußerung von Gegenständen der Masse, die durch die besonderen Regeln der Pfandverwertung durch den Insolvenzverwalter geschaffen werden, spielen für Grundstücke aber schon deshalb keine Rolle, weil Grundpfandrechte auf diese Art nicht beseitigt werden können, ein lastenfreier Erwerb ohne Kooperation der Gläubiger vom Insolvenzverwalter nicht möglich ist.

¹⁴ BT-Drucks. 12/7302, S. 193.

¹⁵ BGH, DNotZ 2005, 840, 841; mit Hinweis auf *Stöber*, NZI 1998, 105, 108; *ders.*, ZVG, 17. Aufl., § 15 Anm. 23.9; so auch *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 80 Rdnr. 49; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., 1997, § 6 Rdnr. 96; *MünchKommInsO/Ott*, 2000, § 80 Rdnr. 96; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 80 Rdnr. 69; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 21. Aufl. 1994, § 727 Rdnr. 26; *MünchKommZPO/Wolfsteiner*, 2. Aufl. 2000, § 727 Rdnr. 26; *Kessler*, RNotZ 2004, 462, 463; *ders.*, ZInsO 2005, 418, 419.

¹⁶ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 89 N. 11; *MünchKommInsO/Breuer*, 2001, § 89 Rdnr. 21.

¹⁷ Eingehend *Kessler*, RNotZ 2004, 462.

In der alten Fassung des § 313 Abs. 3 InsO, die auf Verfahren, die vor dem 1.12.2001 eröffnet worden sind, immer noch anzuwenden ist, fehlte der neue dritte Satz der Norm, der nunmehr bestimmt, dass § 173 Abs. 2 InsO entsprechend anzuwenden ist. § 173 Abs. 2 InsO bestimmt,¹⁸ dass nach Verstreichen einer gerichtlich gesetzten Frist zur Verwertung der Grundstücke durch die Pfandgläubiger das Verwertungsrecht an den Treuhänder fällt.¹⁹ Am Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsmacht auch an solchen Grundstücken, die mit Grundpfandrechten belastet sind, auf den Treuhänder ist folglich nicht zu zweifeln. Da die Möglichkeit der Gläubiger, selbst die Pfandverwertung zu betreiben nur dann zu einer Beschränkung der Kompetenzen des Treuhänders führt, wenn diese durch Zwangsversteigerung die im Grundstück gebundenen Werte ggf. auch für die Masse realisieren, liegt das grundsätzliche Verwertungsrecht beim Treuhänder, der nach

herrschender Ansicht nur temporär von der Durchsetzung ausgeschlossen ist. Eine Umschreibung des Vollstreckungstitels gegen den Treuhänder ist damit möglich und richtig. Dieses Ergebnis entspricht der herrschenden Auffassung.²⁰

IV. Schluss

Trotz der mehrdeutigen Fassung des Wortlauts des § 313 Abs. 3 InsO ist mit der im Vordringen befindlichen Auffassung davon auszugehen, dass der Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren ebenso wie der Insolvenzverwalter im Regelverfahren dazu berechtigt ist, auch mit Grundpfandrechten belastete Grundstücke freihändig zu veräußern. Dies gilt nicht etwa erst nach Ablauf einer durch das Insolvenzgericht im Sinne des § 173 Abs. 2 InsO zu setzenden Frist, sondern bereits mit Eröffnung des Verfahrens und dadurch bedingtem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsmacht auf den Treuhänder. Dingliche Titel sind auch im Verbraucherinsolvenzverfahren zu Vollstreckungszwecken auf den Treuhänder umzuschreiben.

¹⁸ Auch wenn der Wortlaut des § 173 Abs. 2 InsO nur von beweglichem Vermögen spricht, ist dieser nach der Gesetzesbegründung auch auf Grundstückssachverhalte entsprechend anzuwenden.

¹⁹ Zur entsprechenden Anwendung auf unbewegliches Vermögen s. HK/Landfermann, § 313 Rdnr. 16; Wenzel in Kübler/Prütting, § 313 Rdnr. 3 c; Braun/Buck, § 313 Rdnr. 5, jeweils m. w. N.

²⁰ S. dazu nur Hintzen, ZInsO 2003, 586, wortlautgleich auch in ZInsO 2004, 713.

Umsetzung des Bayerischen Datenschutzgesetzes im Notariat

– zugleich Besprechung von Abel (Hrsg.): *Datenschutz in Anwaltschaft, Notariat und Justiz*. München, 2. Aufl. 2003, 432 S., 49 € –

Von Notar Hans-Ulrich Sorge, Würzburg

Wer schützt uns vor den Datenschützern? Diese Frage stellen sich ausgerechnet Berufsgeheimnisträger, zu deren elementaren Pflichten die Verschwiegenheit, also der Schutz privater Daten gehört. Das zwiespältige Verhältnis zum Datenschutzrecht wurzelt nicht etwa in einer laxen Einstellung. Allein die vom Gesetzgeber neben die Aufsicht durch die Justizverwaltung gestellte zusätzliche Kontrolle wird als generelle Misstrauensbekundung, jedenfalls aber als verzichtbare bürokratische Maßnahme empfunden.

Diese Sicht ist auch in den Beiträgen der zwölf von Abel gewonnenen Autoren aus Anwaltschaft, Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie dem Notariat (*Maaß*) mitunter zu erkennen. So legt Zuck (§ 2) Wert auf die Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)¹ gegenüber dem anwaltlichen Berufsrecht und weist auf die höchstrichterlich ungeklärte Anwendbarkeit des BDSG für die Anwaltschaft hin (Rdnr. 22 f.). Er empfiehlt dem Anwalt dennoch die Beachtung der Vorschriften des BDSG, insbesondere die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, um das Risiko einer Ordnungswidrigkeit zu vermeiden (Rdnr. 34).

OStA Kestens Darstellung des Datenschutzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (§ 10) ist geprägt vom „jahrelangen Ringen zwischen Staatsanwaltschaft und Landesdatenschutzbeauftragten“ (Rdnr. 5). Auch er betont die grds. Vorrangigkeit der strafprozessualen Vorschriften gegenüber den Landesdatenschutzgesetzen, deren Regelungen leider oft-

mals nicht zu klaren Abgrenzungen führen. Positiv hebt er die bayerische Regelung des Art. 30 Abs. 4 BayDSG hervor, die dem Landesdatenschutzbeauftragten erst nach dem Verfahrensabschluss Kontrollbefugnisse zuweist. Wurde die Datenerhebung bereits innerhalb des Ermittlungsverfahrens gerichtlich überprüft, findet eine redundante datenschutzrechtliche Kontrolle nicht mehr statt (Rdnr. 27).

1. Anwendbarkeit der Landesdatenschutzgesetze

Anderes gilt seit der Entscheidung des BGH vom 30.7.1990, NotZ 19/89² für das Notariat, wie von *Maaß* (§ 7) dargestellt (Rdnr. 9 ff.). Der BGH hatte die bis dahin verbreitete Auffassung verworfen,³ dass das notarielle Berufsrecht eine abschließende Regelung gegenüber dem BDSG bzw. den Landesdatenschutzgesetzen darstelle, die für den Notar als öffentlicher Stelle Geltungsanspruch erheben. *Maaß* arbeitet her-

¹ Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.1.2003, BGBl. I S. 66.

² MittRhNotK 1990, 227.

³ SchippellBracker, BNotO, 8. Aufl. 2006, § 2 Rdnr. 5 a.

aus, dass der BGH die Frage des Verhältnisses zwischen der Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) und den Kompetenzen des Landesdatenschutzbeauftragten nicht entschieden hat. Lediglich die Verpflichtung des Notars sei geklärt, die Landesdatenschutzgesetze zu beachten, soweit dem Landesdatenschutzbeauftragten keine personenbezogenen Daten offenbart würden. Dies sei insbesondere hinsichtlich der Verpflichtung, ein Verzeichnis der automatisierten Datenverarbeitungsverfahren zu führen, nicht der Fall.

2. Pflicht zur Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten

Maaß weist darauf hin, dass der Notar grds. auch einen internen Datenschutzbeauftragten zu bestellen habe, sofern nicht das spezifische Landesrecht etwas anderes vorsehe. Berechtigt ist seine Kritik an den meisten Landesdatenschutzgesetzen, die nicht wie das BDSG (§ 4 f.) eine Befreiung für Stellen mit nur wenigen Beschäftigten vorsehen. Das ist umso weniger verständlich, als nicht-öffentliche Stellen nach dem Willen von Bundesrat und Bundesregierung in Zukunft nur dann einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen haben, wenn sie mehr als 20 Mitarbeiter beschäftigen.⁴ Die Landesgesetzgeber sollten diesbezüglich nachziehen.

3. Keine Freistellung von der Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten

Der in Art. 28 Abs. 2 BayDSG vorgesehene Dispens von der Verpflichtung der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten aufgrund einer Freistellungsverordnung des zuständigen Staatsministeriums wird von *Maaß* vielleicht versehentlich, im Ergebnis aber zu Recht nicht besonders erwähnt. Die bayerische Verordnungsermächtigung ist so verunglückt, dass der Versuch von ihr Gebrauch zu machen einen beinahe monströsen Umfang bekommt, dessen textlicher Inhalt überdies einer ständigen Anpassung bedürfte. So wundert es nicht, dass der Entwurf einer Freistellungsverordnung an einem Normprüfungsausschuss scheitern muss; aber es wundert schon, dass Art. 28 Abs. 2 BayDSG selbst einen solchen Ausschuss einmal erfolgreich hat passieren können.

4. Praktische Umsetzung der Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten

Infolge der Rechtsprechung des BGH haben also die bayerischen Notare einen ihrer Beschäftigten zum behördlichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 BayDSG) und die von ihnen benutzten automatisierten Verfahren, mit denen personenbezogene Daten verarbeitet werden, datenschutzrechtlich freizugeben (Art. 26 BayDSG). Der behördliche Datenschutzbeauftragte wiederum hat ein Verzeichnis der automatisierten und freigegebenen Verfahren zu führen (Art. 27 BayDSG) und auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften hinzuwirken (Art. 25 Abs. 4 BayDSG).

a) Keine externen Dienstleister als Datenschutzbeauftragte im Notariat

Die Bestellung eines externen Dienstleisters zum Datenschutzbeauftragten scheidet für Notare aus. Externe Datenschutzbeauftragte können nur von nicht-öffentlichen Stellen

nach § 4 f Abs. 2 Satz 2 BDSG, wie zum Beispiel Rechtsanwälten, beauftragt und bestellt werden. Gerade durch die Beauftragung Externer wird dem Datenschutz jedoch eher ein Bärendienst erwiesen, da dies zusätzliche Risiken für die Verschwiegenheitspflicht birgt und sich deshalb gerade für Anwälte ein nach geltendem Recht kaum lösbares berufsrechtliches Konfliktfeld auftut (*Zuck*, § 2 Rdnr. 42). Eine Lösung dieses Konflikts hat die Politik für nicht-öffentliche Stellen schon ausgemacht. Sollte der oben genannte Gesetzentwurf des Bundesrates umgesetzt werden, würde in § 4 f BDSG ein neuer Absatz 6 eingefügt, der es Rechtsanwälten und ihren Beschäftigten nicht nur erlaubte, sondern sie sogar verpflichtete, an sich der Verschwiegenheit unterliegende personenbezogene Daten gegenüber einem internen oder externen Datenschutzbeauftragten zu offenbaren.⁵ Der Kostendämpfungseffekt durch das Outsourcing des lästigen Datenschutzes würde durch die damit verbundene Aufweichung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht teuer erkauft, nach meiner Auffassung zu teuer. Die Autoren konnten naturgemäß hierzu noch nicht Stellung nehmen.

b) Eigener Mitarbeiter als Datenschutzbeauftragter

Zuck weist für die Anwaltschaft auf das Problem hin, dass sich der Kontrollierte kaum selbst kontrollieren könne und deshalb Bedenken bestünden, in die Mandatsbearbeitung eingebundene Mitarbeiter zu Datenschutzbeauftragten zu bestellen (§ 2 Rdnr. 40 f.). Ein solches Verbot, das die Auswahl auf die Putzfrau und vielleicht noch die Buchhaltungskraft reduzierte, ist dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen. Vielmehr erkennt das Gesetz durchaus den potentiellen Konflikt und löst ihn, indem es in Art. 25 Abs. 3 Satz 2 BayDSG ausdrücklich die fachliche Weisungsfreiheit des Datenschutzbeauftragten gegenüber seinem Vorgesetzten statuiert. Allerdings muss die Bestellung eines eigenen Mitarbeiters als Datenschutzbeauftragter unter Aufwands- und Kostengesichtspunkten hinterfragt werden, denn das Gesetz verlangt vom Datenschutzbeauftragten Fachkunde, die ihm erst durch Schulungen vermittelt werden muss. Außerdem muss der Datenschutzbeauftragte „im erforderlichen Umfang“ von seinen sonstigen dienstlichen Aufgaben freigestellt werden.

c) Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter

Hervorzuheben ist die Möglichkeit für Notare – was auch *Maaß* tut (Rdnr. 18) –, einen ihrer Beschäftigten zum gemeinsamen Datenschutzbeauftragten zu bestellen (Art. 25 Abs. 2 Satz 2 BayDSG), um Aufwand und Kosten zu reduzieren.

Innerhalb einer Berufsausübungsgemeinschaft genügt es deshalb, nur einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten zu bestellen.

Dass mehrere Notare über die Berufsausübungsgemeinschaft hinaus einen ihrer Mitarbeiter als gemeinsamen Datenschutzbeauftragten bestellen, ist ebenfalls möglich, dürfte aber wenig praktisch sein. Der Mitarbeiter des einen Notars würde damit Einblick in die Kanzleibläufe des anderen bekommen, was häufig nicht erwünscht sein könnte, vor allem aber unter dem Gesichtspunkt der Verschwiegenheitspflicht problematisch wäre. Art. 25 Abs. 4 Satz 2 BayDSG schränkt die Befugnisse des Datenschutzbeauftragten, in Dateien und Akten Einsicht zu nehmen nämlich ein, soweit nicht gesetzliche

⁴ Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BT-Drucks. 16/31 vom 16.11.2005.

⁵ „Die verantwortliche Stelle und die bei ihr tätigen Personen können sich gegenüber dem Beauftragten für den Datenschutz, soweit er seine Aufgaben wahrnimmt, nicht auf die in § 1 Abs. 3 Satz 2 genannten Geheimhaltungspflichten berufen.“

Regelungen – wie z. B. § 18 BNotO – entgegenstehen. Es obläge dem Notar als Kontrolliertem, seine Verschwiegenheitspflicht zu beachten, so dass er während einer Kontrolle durch den gemeinsamen, nicht bei ihm beschäftigten Datenschutzbeauftragten Gefahr liefe, gegen seine Berufspflichten zu verstoßen.

d) Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter des Notars und der Notarkasse

Dieser Konflikt lässt sich dadurch lösen, dass ein Angehöriger einer über den Notar Aufsicht führenden Stelle, die ebenso dem BayDSG unterliegt, zum gemeinsamen Datenschutzbeauftragten bestellt wird. Hierfür kommen die Präsidenten der Landgerichte (theoretisch), die Notarkammer und die Notarkasse in Betracht. Bei diesen stellt sich für den Notar wegen ihrer aufsichtlichen Befugnisse (§§ 67 Abs. 1, 74, 113 Abs. 18, 93 Abs. 3 BNotO) nicht das Problem der potentiellen Verschwiegenheitspflichtverletzung.

Die Landesnotarkammer Bayern beabsichtigt, den Notaren für die typischerweise im Notariat zur Anwendung kommenden automatisierten Verfahren Vorlagen für datenschutzrechtliche Freigaben im Sinne des Art. 26 BayDSG zur Verfügung zu stellen, wobei auf umfangreiche Vorarbeiten zurückgegriffen werden kann, die beim Entwurf der bereits erwähnten Freistellungsverordnung anfielen.

Dieses Modell dürfte im Interesse der Bürger die beste Umsetzung darstellen, da ihre beim Notar gespeicherten Daten keinem erweiterten Personenkreis bekannt werden, und zugleich für den Notar die sicherste und am wenigsten aufwändige. Dennoch ist kaum einzusehen, weshalb der ohnehin von seiner Aufsichtsbehörde kontrollierte und bei Pflichtverstößen von empfindlichen Sanktionen bedrohte Notar diesen zusätzlichen Aufwand leisten muss, den die meisten anderen Berufsheimnisträger nach dem neuen Bundesrecht nicht mehr zu leisten haben werden. Der Landesgesetzgeber sollte auch hier ein Betätigungsfeld für den Abbau von Bürokratie erkennen.

5. Kompetenzen des Landesdatenschutzbeauftragten

Der bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz kontrolliert bei den öffentlichen Stellen die Einhaltung des Bayerischen Datenschutzgesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz: Art. 30 Abs. 1 BayDSG. Diese Kontrolle erstreckt sich nach dem Gesetzeswortlaut auf personenbezogene Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegen (Art. 30 Abs. 2 BayDSG). Seine Befugnisse gehen damit deutlich über die des behördlichen Datenschutzbeauftragten hinaus, dem Verschwiegenheitspflichten entgegengehalten werden können (Art. 25 Abs. 4 Satz 2 BayDSG).

Unklar ist das Verhältnis dieser Kompetenzzuweisung zu bundesrechtlich geregelten Verschwiegenheitspflichten, insbesondere zu § 18 BNotO. Die Ausführungen von *Maaß* beleuchten den hier angelegten Konflikt leider nur unzureichend, wobei zuzugestehen ist, dass die Darstellung aller 16 Einzelrechte und der spezifischen Folgeprobleme in den Ländern nicht erwartet werden kann. *Maaß* vertritt die Auf-

fassung, dass es dem Datenschutzbeauftragten verwehrt sei, die Einhaltung des spezifischen Berufsrechts des Notars zu kontrollieren. Dies sei der sachnäheren Aufsichtsbehörde vorbehalten (Rdnr. 25). Er sieht sogar das Risiko, dass der Notar, der dem Landesdatenschutzbeauftragten dennoch über das Verfahrensregister hinausgehende Auskünfte erteilt, freiwillig geheimnisgeschützte Daten offenbare und damit gegen § 18 BNotO und § 353 b StGB verstoße.

Der bayerische Gesetzgeber scheint hingegen ganz selbstverständlich davon auszugehen, dass er die Kompetenz des Landesbeauftragten für den Datenschutz auch auf die bundesgesetzlich geregelten Verschwiegenheitspflichten erstrecken kann, da er in Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BayDSG insbesondere das Steuergeheimnis nach § 30 AO in Bezug nimmt.

Die vom BGH in der oben erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1990 noch offen gelassene Frage des Verhältnisses zwischen § 2 Abs. 1 BNotO und dem Datenschutzrecht kann hier nicht mehr offen gelassen werden, weil die Regelung des Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BayDSG den „Schutzbereich“ des § 18 Abs. 1 Satz 1 BNotO „berührt“, wie es der BGH formuliert hat, und nicht nur unspezifisch an die notarielle Tätigkeit anknüpft. An dieser wichtigen Stelle hätte man sich eine eingehende Untersuchung gewünscht, wie sie zum Beispiel *Watoro* in seinem etwa zeitgleich erschienenen Beitrag „Kontrollrechte des Landesdatenschutzbeauftragten für den Datenschutz im Notariat“⁶ zu der der bayerischen Regelung inhaltsgleichen in § 37 Abs. 2 Satz 1 ThürDSG anstellt. Er kommt mit der h. M. der notarrechtlichen Literatur zu dem Ergebnis, dass § 18 BNotO eine abschließende Regelung statuiert. Ob sich ein Notar, der angesichts des klaren Wortlauts des Art. 30 Abs. 2 BayDSG dem Landesbeauftragten für den Datenschutz Auskünfte zu personenbezogenen Daten erteilt, einem strafrechtlichen Verbotsirrtum unterliegt, ist angesichts dieser unsicheren Rechtslage fraglich. In Einzelfällen mag es ein praktikabler Weg sein, die Betroffenen um die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 18 BNotO zu bitten und deren Ausbleiben als Widerspruch gegen die Kontrolle durch den Landesdatenschutzbeauftragten zu interpretieren (vgl. Art. 30 Abs. 2 Satz 2 BayDSG). Begehrt der Landesdatenschutzbeauftragte hingegen in einer Vielzahl von Fällen Auskünfte, empfiehlt es sich, die hier aufgeworfene Zweifelsfrage dem Präsidenten des Landgerichts gemäß § 18 Abs. 2 BNotO zur Entscheidung vorzulegen. Beide Lösungswege dürften in der Folge strafrechtliche und aufsichtliche Sanktionen ausschließen.

Den 14 Kapiteln auf 290 Textseiten schließt sich ein umfangreicher Anhang mit datenschutzrechtlichen Vorschriften an. Bei 13 Autoren kann das Werk nicht aus einem Guss sein. Der Rückgriff auf Autoren, die aus ihrem berufspraktischen Blickwinkel die Bedeutung des Datenschutzes darstellen, ist m. E. aber gerade die Stärke des vorliegenden Buches, da sie berufsspezifische Probleme beleuchten, die in der allgemeinen datenschutzrechtlichen Literatur nicht hinreichend Beachtung finden. Das Buch von *Abel* ist für jeden, der sich mit der Materie zu befassen hat, ein sehr hilfreiches Mittel und uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.

⁶ NotBZ 2003, 187, 189 f.

BUCHBESPRECHUNGEN

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311 b, 311 c, de Gruyter, 2006, 213 S., 94 €

Wufka hat das Manuskript zur Bearbeitung 2006 noch selbst fertig gestellt (er hat die einschlägigen Vorschriften seit der 12. Auflage des Staudinger 1978 kommentiert), das Erscheinen des Bands aber nicht mehr erlebt. Auch wenn diese Rezension posthum erscheinen muss, formuliere ich sie bewusst nicht nach dem Grundsatz „de mortuis nil nisi bene“. Der Respekt vor dem wissenschaftlichen Anspruch, den *Wufka* zeit seines Lebens an sich selbst gestellt hat, und vor der wissenschaftlichen Leistung *Wufkas* verbietet falsche Pietät. Die Kritikpunkte sind ohnehin überwiegend nur marginal.

Grundsätzlich hat *Wufka* am Aufbau der Kommentierung des § 311 b Abs. 1 gegenüber der des § 313 in der Bearbeitung 2001 nichts verändert. Sogar die Zahl der Randnummern ist exakt gleich geblieben, manchmal freilich durch eher gewaltsame Verheiratung unterschiedlicher Fragen unter einer Randnummer (Rdnr. 321). Leider enthält der Band im Gegensatz zur Voraufgabe kein eigenes Stichwortverzeichnis mehr. So ist man auf die vom Autor gestaltete alphabetische Übersicht angewiesen, die (auch beim Verfasser dieser Rezension) gerne etwas stiefmütterlich behandelt wird. So fehlt das Stichwort „Angebot“; die dazu gehörenden Probleme sind wenig anschaulich unter „Vertragsbeteiligte/Drittbeteiligung“ (Rdnr. 60 ff.) und unter „Vertragsantrag“ (Rdnr. 79 ff., auch nicht in der alphabetischen Übersicht) behandelt. Hier (und in Rdnr. 168) vermisste ich auch die Behandlung des „Angebots an noch zu benennende Dritte“.

An manchen Stellen wäre eine gewisse Durchforstung wünschenswert gewesen. So sollte Rdnr. 22 zumindest erwähnen, dass es Wohnbesitz längst nicht mehr gibt, nachdem die letzten Reste des durch das Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau vom 23.5.1976 (das Zitat des BGBl. muss richtig heißen S. 737) eingeführten Instituts bereits vor zwanzig Jahren durch das WoVereinfG vom 11.7.1985 (BGBl. I, 277) beseitigt worden sind und von der Möglichkeit des Wohnbesitzes anscheinend auch während der Gültigkeit des Gesetzes kein einziges Mal Gebrauch gemacht worden ist. Auch das bei Rdnr. 48 erwähnte II. WobauG gibt es nicht mehr; seit 1.1.2002 ist es ersetzt durch das Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz, WoFG). Erst recht hat das Preußische FluchtlinienG (Rdnr. 72) nur noch historische Bedeutung (s. dazu BVerwG, NJW 1975, 403).

Zur Formbedürftigkeit des Auftrags zum Erwerb eines Grundstücks (Rdnr. 54) konnte *Wufka* den (zu § 15 GmbHG ergangenen) Beschluss des BGH, MittBayNot 2006, 430 nicht mehr berücksichtigen; die von *Wufka* zitierte Vorgängerentscheidung, DNotZ 1999, 758 sprach nicht so eindeutig für die Beurkundungsbedürftigkeit. Jedenfalls wird man jetzt auch für § 311 b Abs. 1 BGB die Meinung, der Auftrag zum Grundstückserwerb könne formfrei sein, weil die Pflicht des Auftragnehmers, das erworbene Grundstück dem Auftraggeber zu übereignen, nicht Inhalt des Auftrags sei, sondern aus dem Gesetz folge (Rdnr. 56), nicht mehr so ungeschützt vertreten können (wie das auch *Kanzleiter* in MünchKommBGB, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 22 noch tut). Die Zweifel beziehen sich

zwangsläufig auch auf die Bürgschaft für eine Eigentumsverschaffungsverpflichtung (Rdnr. 68), die in der Praxis freilich extrem selten vorkommt.

Mit Recht korrigiert hat sich *Wufka* (Rdnr. 74) zum Umfang dessen, was bei einer Schuldübernahme beurkundungsbedürftig ist. Beschränken sich die Beteiligten auf die Erklärungen, deren es nach materiellem Recht zur Wirksamkeit bedarf, so genügt die Beurkundung eben dieser Erklärungen, bei einer Schuldübernahme also, „ich übernehme die im Vertrag vom ... begründete Übereignungsschuld des A“. Der Inhalt der übernommenen Altverpflichtung muss hingegen nicht erneut Inhalt der Schuldübernahmeerklärung sein und bedarf daher keiner erneuten Beurkundung. Dass ein „Vertragsantrag“ eine einseitige, nicht in Vertragsform eingegangene Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthalte (Rdnr. 79), kann unter dogmatischen Gesichtspunkten bezweifelt werden. Das Angebot ist beurkundungsbedürftig, weil es Teil eines freilich noch imperfekten beurkundungsbedürftigen Vertrags ist (richtig die Kommentierung von *Ludwig*, jurisPK, § 311 b BGB, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 75, die *Wufka* nicht mehr berücksichtigen konnte). Mit Recht jedenfalls tritt *Wufka* in Rdnr. 81 vermeintlichen Beurkundungserleichterungen unter dem Gesichtspunkt der Bereinigung von Abwicklungsschwierigkeiten entgegen; solange noch gar kein Vertrag zustande gekommen ist, sind uneingeschränkt die Grundsätze des Formumfangs bei Vertragsschluss einschlägig. In Rdnr. 91 ff. beugt sich *Wufka* nunmehr der herrschenden Rechtsprechung, dass die Ausübung von Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten formfrei sei. Dabei bezieht er sich im Wesentlichen auf die Gesetzgebungsgeschichte der Schuldrechtsreform, aber auch auf § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Nicht ganz befriedigend ist in Rdnr. 157 und Rdnr. 160 die Behandlung der BGH-Entscheidungen DNotZ 2003, 698 und MittBayNot 2002, 390, die bei unveränderter Kommentierung nur im Kleingedruckten – mit nur mühsam erkennbarem eigenem Standpunkt – behandelt sind. In der Form ähnlich, aber ausführlich und zutreffend behandelt *Wufka* unter Rdnr. 161 die Beurkundungsbedürftigkeit einer Baubeschreibung bei fertig gestelltem Bauwerk; entscheidend ist hier, ob die Parteien die Soll-Beschaffenheit mittels einer „Baubeschreibung“ oder in anderer Weise bestimmen wollen.

Unter Rdnr. 174 ff. baut *Wufka* seine von der Rechtsprechung übernommene Theorie zur Behandlung nur einseitig voneinander abhängiger Verträge weiter aus. Dabei verschließt er sich nicht der Kritik; insbesondere erkennt er die Gefahr, dass der Begriff der nur einseitigen Abhängigkeit zur Leerformel werden und die Beurkundungspflicht mit Hilfe der Leerformel und durch „kreative“ Gestaltung unterlaufen werden kann. Im Ergebnis bleiben deshalb auch bei *Wufka* kaum Fälle übrig, in denen wegen nur einseitiger Abhängigkeit nicht beide Verträge beurkundungspflichtig sind. In Rdnr. 227 ff. vermisste ich das Eingehen auf BGH, NJW-RR 2000, 202, wonach der Inhalt eines Verkaufsprospekts, der im beurkundeten Vertrag mit keinem Wort erwähnt war, dennoch zur Bestimmung der Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstands heranzuziehen sein soll. Auch zur Bedeutung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB, der öffentliche Äußerungen zum (nicht beurkundungsbedürftigen) Vertragsbestandteil erklärt, entdeckte ich nichts.

Ausführlich geht *Wufka* auf die Fragen der Heilung eines formnichtigen Gesellschaftsvertrags durch Auflassung und

Eintragung ein (Rdnr. 320 f.). Dass er dabei teils zu anderen Ergebnissen kommt als ich in DNotZ 2003, 626, liegt zwanglos in der Bandbreite des wissenschaftlich Vertretbaren. Auch *Wufka* muss sich mit den vom BGH nicht durchdachten Folgen der Entscheidungen zur Rechtsfähigkeit einer BGB-Gesellschaft herumschlagen (Rdnr. 322). Heilt die Auflassung an die Gesellschafter einen formnichtigen Kaufvertrag mit der Gesellschaft und umgekehrt? Eine Lösung hat *Wufka* verständlicherweise ebenso wenig gefunden wie andere.

Die Kommentierung der Absätze 2 bis 5 des § 311 b BGB hat *Wufka* gegenüber seiner Kommentierung der §§ 310 bis 312 BGB a. F. ausgebaut. Unter Abs. 3 Rdnr. 7, 10 und 14 behandelt er jetzt ausführlich den Unternehmenskauf in Form eines Asset Deals und die sonderbare Differenzierung, die die Recht-

sprechung zwischen natürlichen und juristischen Personen trifft. In der Kommentierung der Abs. 4 und 5 distanziert er sich in Rdnr. 11 mit Recht von der früheren „Erschöpfungstheorie“ zu § 319 BGB a. F. Zu Abs. 5 gibt *Wufka* jetzt erläuternde Fallbeispiele, die die Verständlichkeit verbessern.

Nicht oft nimmt sich der Leser eines Kommentars die Zeit, in ihm wie in einem Lehrbuch zu lesen, obwohl gerade der „Staudinger“, auch bei *Wufka*, oft monographische Breite erreicht. Zur Rezension die Kommentierung von *Wufka* auf diese Weise zu lesen, bringt nicht unerwarteten, aber doch selten gezogenen Gewinn. Umso schmerzlicher der Verlust durch den frühen Tod *Wufkas*. Er hat ein Denkmal hinterlassen.

Notar Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

Weirich (Hrsg.): Grundstücksrecht: Systematik und Praxis des materiellen und formellen Grundstücksrechts. 3. Aufl., Beck, 2006. 616 S., 39,80 €

Ein Jahrzehnt nach der Voraufgabe ist das von Notar a. D. Prof. *Weirich* herausgegebene und von Notar *Mackeprang* (§§ 1–13), Notarassessor *Ivo* (§§ 14–25) sowie Notar *Voltz* (§ 26) bearbeitete Lehrbuch aus der Reihe „Studium und Praxis“ in dritter Auflage erschienen. Der im Vorwort des Herausgebers geäußerte doppelte Zweck des Buches, Dogmatik und Praxis des Grundstücksrechts darzustellen, ist in 26 Kapiteln sehr anschaulich gelungen.

Nach einleitenden Erläuterungen über den Grundstücksbegriff sowie über Rechte an Grundstücken wird in § 6 der Grundstückskaufvertrag näher dargestellt. Die Kapitelüberschrift sollte nicht zur Annahme verleiten, dass Gegenstand der Erörterungen der notarielle Grundstückskaufvertrag sei. Vielmehr finden sich an dieser Stelle Ausführungen zu Mängeln des Kausalgeschäfts sowie zum Leistungsstörungenrecht, ehe sich unter Abschnitt V. anhand der Interessenlage von Käufer und Verkäufer Hinweise zur Vertragsgestaltung anschließen. Es wird nicht auf das in Bayern weit verbreitete Verfahren eingegangen, bereits im Kaufvertrag die Auflassung – ohne Eintragungsbewilligung – zu erklären und eine Bevollmächtigung des Notars aufzunehmen, durch Eigenurkunde nach Nachweis der Kaufpreiszahlung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu bewilligen (vgl. *Brambring* in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 181).

Gelungen ist die Behandlung der Vertretung im Grundstücksrecht in § 7, insbesondere die übersichtliche Behandlung der gesetzlichen Vertretung durch Vormund, Pfleger, Betreuer und Eltern unter Angabe immobiliarsachenrechtlicher Beispiele und kurzer Formulierungsvorschläge. Beim Hinweis auf die Geltung des § 181 BGB über § 1795 Abs. 2 bzw. § 1629 Abs. 2 BGB wäre ein kurzes Eingehen auf das Problem von Schenkungen durch Eltern an minderjährige Kinder, bei der auch Fragen des § 181 BGB eine Rolle spielen, angesichts der neueren Rechtsprechung des BGH zumindest weiterführend gewesen (vgl. BGH, NJW 2005, 415 und 1430).

Einen Schwerpunkt der Darstellung bildet das im Anschluss erläuterte Grundbuchrecht, das in herkömmlichen Lehrbüchern zum Sachenrecht oftmals zu kurz kommt. Neben einer Einführung in den Aufbau des Grundbuchs und in die Grundakten wird anhand zahlreicher, der Praxis und der

Rechtsprechung entnommener Beispiele das Grundbuchverfahren einschließlich der Grundprinzipien des formellen Grundstücksrechts und der Rechtsbehelfe erläutert, ehe das unrichtige Grundbuch sowie der öffentliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, insbesondere Möglichkeiten und Grenzen eines gutgläubigen Erwerbs, thematisiert werden. Nach einem zwangsläufig nur cursorisch gehaltenen Überblick über im Einzelnen unterschiedlich ausführlich behandelte Verfügungsbeschränkungen (§ 13) folgt die Darstellung des Ranges im Grundbuch. Zuzustimmen ist hierbei der Aussage, dass „das Rangproblem nur von der Zwangsversteigerung her zu verstehen“ ist (S. 237). Dementsprechend ist die Einführung in die Systematik des ZVG nebst Auswirkungen des grundbuchlichen Ranges eingetragener Rechte in der Zwangsversteigerung sehr gewinnbringend.

Die „klassischen“ sachenrechtlichen Institute – Vormerkung, Dienstbarkeiten, Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Reallast, Altenteilsrecht, Grundpfandrechte – sind Gegenstand der §§ 15–23. Aus notarieller Sicht interessant sind die Hinweise auf die Kautelarpraxis, die aber nicht durchgängig vorhanden sind, sondern sich nur vereinzelt und überwiegend in Form hinweisartiger Schilderungen der Hauptanwendungsfälle und Interessenlagen finden, so bei § 15 III (bzgl. Vormerkung), § 17 I und § 19 I (Der Nießbrauch bzw. die Reallast in der Vertragspraxis), § 20 III (Gestaltungsfragen zum Altenteilsrecht) sowie § 25 III (Vertragliche Gestaltung des Erbbaurechtsvertrages). Auch § 21 (Die Sicherung von Geldforderungen durch Grundpfandrechte) lässt sich hierin einordnen. Abschließend werden kurze Überblicke über das Wohnungseigentumsrecht (§ 24) sowie das Erbbaurecht (§ 25) gegeben und das Werk durch Hinweise auf Besonderheiten des Grundstücksrechts in den neuen Ländern (§ 26) abgerundet.

Erfreulich ist, dass sämtliche Beispiele der Thematik des Grundstücksrechts entnommen sind. Schade ist, dass von einzelnen kurzen Formulierungsvorschlägen abgesehen, keine Vertragsmuster enthalten sind. Angesichts eines Umfangs von 616 Seiten darf dies aber nicht als Kritik verstanden werden. Ein Lehrbuch kann keine erschöpfende Darstellung des Grundstücksrechts bieten, wie sie etwa im *Schöner/Stöber* zu finden ist, oder einem Vertragshandbuch Konkurrenz machen. Besonderer Hervorhebung verdienen das ausführliche Sachregister sowie die durchgängigen Verweise auf aktuelle Fundstellen in der Zeitschriftenliteratur sowie in Nachschlagewerken, insbesondere im *Schöner/Stöber*.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das vorliegende Werk durch die sehr übersichtliche Gestaltung und die Beschränkung auf klar und präzise dargestellte Grundlagen einen schnellen Zugriff auf das gesamte Spektrum der immobilienrechtlichen Fragestellungen eröffnet. Zwar handelt es sich nicht

um ein Nachschlagewerk bei der Behandlung von Zweifelsfällen. Es ist aber auch für den Praktiker geeignet, der sich einen schnellen Überblick über einzelne Themenkomplexe verschaffen will.

Notarassessor Dr. *Ingmar Wolf*, Memmingen

Renner: Die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr: Eine Untersuchung im Rechtsvergleich mit anderen Personenverbänden. Duncker & Humblot, 2005. 241 S., 68,80 €

Nichts ist so alt wie die Zeitung von gestern – so sagt man. Kann man auch sagen, nichts sei so alt wie eine Dissertation, die ein Problem behandelt, über das sich der BGH in einer (weiteren) Jahrhundertentscheidung ausgelassen hat? *Stefan Renner* mag sich diese Frage gestellt haben, als der BGH am 2.6.2005, also genau zu Beginn des Monats, in dem er das Vorwort für das vorliegend besprochene Werk verfasste, in einer neuen WEG-Jahrhundertentscheidung die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für rechtsfähig erklärte (MittBay-Not 2005, 495).

1. In der im WS 2004/05 vorgelegten Tübinger Dissertation arbeitet *Renner* zunächst in gestraffter Form zwei Befunde heraus: Die WE-Gemeinschaft sei in Bezug auf das Verwaltungsvermögen keine Bruchteilsgemeinschaft, auch keine einer besonders ausgestalteten Art, sondern wegen der Notwendigkeit einer körperschaftlichen Struktur und der Zwecksetzung des Vermögens eine Gesamthandsgemeinschaft besonderer Art mit einem gebundenen Vermögen (S. 41 ff.). Des Weiteren erfülle diese Gemeinschaft wesentliche Kriterien eines rechtsfähigen Verbandes (dazu S. 73 ff.) und sei deshalb auch rechtsfähig (S. 83 ff.). Insofern spricht er von der Verwaltungsgemeinschaft (ebd.); eine solche Begriffsbildung, für die ich mich bereits an anderer Stelle ausgesprochen habe (ZfIR 2004, 704, 707; Rpfleger 2005, 528, 529; KEHE/*Dümitig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. B 77), ist zur Abgrenzung von den anderen (nicht rechtsfähigen) Gemeinschaften des Konglomerats „WE-Gemeinschaft“ sehr zu begrüßen.

2. Ausgehend von diesen beiden Feststellungen folgt im dritten und umfangreichsten Teil eine umfassende Untersuchung einzelner Problembereiche für die Teilnahme einer rechtsfähigen Verwaltungsgemeinschaft am Rechtsleben (S. 96 ff.).

a) Besondere Bedeutung hat auch nach der Entscheidung des BGH die Darstellung der Haftungsverfassung (S. 119 ff.). Aus der strukturellen Ähnlichkeit mit der GbR folge auch die akzessorische Haftung der Mitglieder für sämtliche Verbindlichkeiten der Gemeinschaft analog § 128 HGB (S. 120 ff., 126 f.). Eine subsidiäre Haftung, wie sie *Bärmann* propagierte (Nachw. S. 120), lehnt *Renner* ab, und damit auch die ähnliche Konstruktion des BGH einer bloß mittelbaren Inanspruchnahmefähigkeit (vgl. sub III 9 b–e der Entscheidung). Gleichwohl hält er in Bezug auf vertragliche Verbindlichkeiten eine Begrenzung der Haftung aufgrund ihrer möglichen Höhe für notwendig und wegen Fehlens einer korrespondierenden spekulativen Gewinnerwartung auch für richtig (S. 121 ff.). Das Problem löst er mit der Annahme einer bloß anteiligen Außenhaftung nach der Miteigentumsanteils-

quote, und zwar für jegliche rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten, da eine Differenzierung nach der Forderungshöhe rechtsunsicher sei (S. 123); dogmatisch möchte er eine teleologisch reduzierte Analogie zum § 128 HGB bilden (ebd.). Für alle deliktischen und sonstigen gesetzlichen Verbindlichkeiten sei eine bloß quotale Haftung jedoch abzulehnen, da solche Gläubiger die „Vermögensverhältnisse“ (eher: Gemeinschaftsverhältnisse) nicht vorher zur Kenntnis nehmen können (S. 126 f.). Bei den Sozialansprüchen sieht *Renner* keinerlei Anlass, von der üblichen Betrachtungsweise des Gesellschaftsrechts abzuweichen (S. 128 f.). Eine Haftungsbeschränkung sei möglich durch eine dahingehende, sich an den Mindestumfang des § 27 Abs. 2 WEG haltende Beschränkung der „Vollmacht“ des Verwalters (S. 133), nicht jedoch durch die Satzung oder eine allgemeine Erklärung, die insbesondere dem § 307 BGB nicht standhalte (S. 133 ff. – wenig nachvollziehbar finde ich es, von einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht des Verwalters auszugehen [siehe auch S. 214 sub 3], da er als Organ doch gesetzliche Vertretungsmacht besitzt [vgl. auch S. 91, 99 f., 112]). Die Haftung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbers für Außenansprüche begründet *Renner* analog § 130 HGB, die des Erstehers einer Zwangsversteigerung lehnt er hingegen ab, während er einen Erben auf die erbrechtlichen Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung verweisen möchte (S. 144 f.). Für rückständige Sozialansprüche hafte der Ersteher wiederum nicht (S. 149), aber der rechtsgeschäftliche Erwerber aufgrund des Übergangs des Gesellschaftsanteils kraft Gesetzes als Gesamtschuldner mit dem Veräußerer (S. 148 f., 151). Letzterer könne seine Nachhaftung hier nicht ohne Zustimmung der Verwaltungsgemeinschaft ausschließen (S. 151 f.), wohl aber sei für die Verbindlichkeiten der Verwaltungsgemeinschaft gegenüber Dritten eine analoge Anwendung der §§ 156, 160 HGB, § 736 Abs. 2 BGB vorzunehmen (S. 150).

b) Weiter erwähnen möchte ich die Frage der zurzeit äußerst umstrittenen Insolvenzfähigkeit der Verwaltungsgemeinschaft (vgl. zuletzt AG Dresden, ZIP 2006, 343 f.; LG Dresden, ZIP 2006, 1210; AG Mönchengladbach, ZfIR 2006, 769; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NZI 2006, 437, je m. w. N.), die *Renner* wegen der untrennbaren Verbindung des Verwaltungsvermögens mit dem gemeinschaftlichen Eigentum am Grundstück verneint; ferner sieht er aufgrund der ständigen Refinanzierungsmöglichkeit durch Beiträge ohnehin keine Notwendigkeit (S. 185). Die Forderung, eine Verwaltungsgemeinschaft als Verwalterin eines anderen Wohnungseigentums anzuerkennen, hat möglicherweise trotz der Entscheidung des BGH, eine GbR insoweit nicht zuzulassen (Rpfleger 2006, 257), möglicherweise Erfolg, da ein tragendes Argument des V. Senats, nämlich die fehlende Publizität hinsichtlich der Mitglieder – dazu sei die Anmerkung erlaubt, dass es infolge der Rechtsfähigkeit nie um die Mitglieder, sondern stets um den Nachweis der Vertretungsmacht geht (KEHE/*Dümitig*, Einl. B 62, B 66 ff.) –, bei der Verwaltungsgemeinschaft nicht eingreift.

3. Das Werk ist trotz der eingangs genannten Entscheidung des BGH wegen seiner detaillierten Darstellung der einzelnen Facetten der Teilnahme der Verwaltungsgemeinschaft am Rechtsleben noch bedeutsam, also keineswegs eine „Zeitung von gestern“. Bei manchen ungeklärten Zweifelsfragen erhält

man auf jeden Fall genügend Anregungen für die noch notwendigen Diskussionen rund um die Folgen der Rechtsfähigkeit der Verwaltungsgemeinschaft.

Dipl.-Rpfl. Rechtsreferendar *Michael Dümig*, Koblenz

Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 8., Neubearb. u. erw. Aufl., Beck, 2005. 639 S., 68 €

Langenfeld: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 5. Aufl., Beck, 2005. 389 S., 49,50 €

In der Besprechung des bereits im Jahr 2004 erschienenen Werkes von *Münch* (Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004) hatte ich schon angedeutet, dass sich der notarielle „Klassiker“ auf dem Feld der familienrechtlichen Verträge von *Langenfeld* künftig an neuen Maßstäben wird messen lassen müssen (*Everts*, MittBayNot 2005, 119, 120). Die seinerzeit noch erhoffte Neuauflage liegt nunmehr vor. Fast gleichzeitig erschien das Werk von *Göppinger/Börger* (und sechs weiteren Co-Autoren), das praktisch ein noch größerer Klassiker ist, erschien doch diese Schrift erstmals im November 1969 (!) zur Premiere der NJW-Schriftenreihe. Im Notariat ist dieses Buch allerdings wenig bekannt, während es in der Anwaltschaft und Richterschaft weit verbreitet ist. Leider, muss man sagen, da es sich ohne weiteres von Art und Format als (auch) kautelarjuristisches Buch mit dem *Münch* und dem *Langenfeld* zu einer Trias an Literaturempfehlungen zusammenfassen lässt. Diese drei Werke scheinen mir derzeit von ihrem Ansatz, ihrem Umfang und ihrer Aktualität her auch allein am Markt vergleichbar.

Die Voraufgabe des *Langenfeldschen* Buches ist in dieser Zeitschrift ausführlich vorgestellt und besprochen worden (*G. Müller*, MittBayNot 2001, 59). Die dortigen Ausführungen, Lob wie Kritik, lassen sich unverändert in die Neuauflage übernehmen, was bei einem „Klassiker“ eher bedauerlich ist, kann man gerade an den kritisierten Punkten noch arbeiten und sich hierauf konzentrieren. Da dies nicht geschehen ist, kann man dem Buch von *Langenfeld* gegenüber 2000 keinen Qualitätssprung attestieren. Die von *Müller* kritisierte Verweisungs- und Wiederholungsproblematik existiert nach wie vor. Nachweise und Hinweise zur Vertiefung sind für ein „Handbuch“, das sich als Grundlagen- und Nachschlagewerk versteht, weiterhin etwas dünn. Zugegebenermaßen wird es in der immer größer werdenden Publikationsflut auch im Familienrecht für einen Alleinautor schwer, hier den notwendigen langen Atem zu behalten, selbst für einen Meister wie *Langenfeld*.

Positiv hervorzuheben ist weiterhin die konsistente Behandlung sog. „ehebenderter“ oder „unbenannter“ Zuwendungen (Rdnr. 1147 ff.), dabei vor allem die Gestaltung von Scheidungsklauseln mit Rückforderungsrechten (Rdnr. 1170 ff.). Ausführlich geht *Langenfeld* auch auf deren Pfändbarkeit ein (vgl. BGH, DNotZ 2004, 298), wobei er sich eng an die Anmerkung von *Berringer* (DNotZ 2004, 245) anlehnt. Allerdings kommt der Konflikt mit dem Zugewinnausgleich zu kurz, insbesondere was die „Bewertung“ von Rückforderungsrechten im Zugewinnausgleich angeht. Aufgearbeitet wird

auch die in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung immer virulenter gewordene und vom Autor so betitelte Problematik der „ehebezogenen Zuwendungen an Schwiegerkinder“ (sic!). Als besonderes und, soweit mir ersichtlich, konkurrenzloses „Schmankerl“ hält *Langenfeld* ein Ehevertragsmuster bei Heirat mit einem Muslim bereit (Rdnr. 1322 ff.). Jedoch ist die Musterfülle beim Konkurrenzwerk von *Münch* im Übrigen reicher (für mich persönlich manifestiert sich dies deutlich z. B. bei den Gestaltungsvorschlägen zum Zugewinnausgleich und zum Versorgungsausgleich).

Besonders gespannt ist man bei *Langenfeld* natürlich auf die Einarbeitung der höchstrichterlichen Vorgaben zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen (Rdnr. 37 ff.). Hier kann es sich der Autor zu Recht leicht machen und von seiner „Erfindung“ profitieren, nämlich der vertraglichen Anpassung des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts an den gelebten oder geplanten Ehety. Schon bei der Rezension der Neuauflage seines dogmatischen Grundlagenwerkes (*Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2004) hatte ich dem Autor in seiner Erkenntnis zugestimmt, dass die von ihm begründete Vertragstypenlehre ein geeignetes Gedankengebäude sei, mit dem gewissermaßen en passant einer Materialisierung bisher formal begriffener Rechte, zum Schwächerenschutz und zur richterlichen Inhaltskontrolle bei Ungleichgewichtslagen, Rechnung getragen werden könne (*Everts*, MittBayNot 2004, 350, 351). Berücksichtigt man dies, erfasst man m. E. uno actu auch die „Kernbereichslehre“, die der BGH in seinem Grundlagenurteil vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*) erfunden hat. Eine etwaige konträre Argumentation wie die, die Vertragstypenlehre sei der vom BGH – angeblich – eingeforderten Einzelfallgerechtigkeit nicht angemessen, hielt ich demgegenüber für verfehlt. Anzumerken bleibt aus meiner Sicht nur, dass eine spätere gerichtliche Ausübungskontrolle nie *vermieden* werden kann, wie es *Langenfeld* postuliert (Rdnr. 68 f.). Mit *Brandt* (MittBayNot 2005, 310) kann es nur darum gehen, sie zu *bestehen*. Aber das ist letztlich eine terminologische Spitzfindigkeit. Dafür, dass dem Buch auch eine CD-ROM beigelegt ist, kann der Preis angesichts der zudem schönen Ausstattung nur als moderat bezeichnet werden (vielleicht ein Kampfpfeis des Verlags?).

Das etwas holperig betitelte Werk von *Göppinger/Börger* hat – wenn auch ohne CD-ROM – gegenüber den Büchern von *Münch* und *Langenfeld* den inhaltlichen wie konzeptionellen Vorteil, durch seine Mehrzahl von in der Praxis spezialisierten Autoren noch weitere Themen anzubieten, die in familienrechtlichen Verträgen abgehandelt werden können. Vielleicht resultiert hieraus auch der geringe Verbreitungsgrad unter den Notaren, weil diese Punkte häufig nicht formbedürftig sind und/oder vor Gericht oder „unter Anwälten“ ausgetragen werden, so etwa die elterliche Sorge, das Umgangsrecht sowie Vereinbarungen zu Hausrat und Ehwohnung (jeweils bearbeitet von *Börger*). Letztlich gilt dies in gleicher Weise für Unterhaltsfragen, sofern wegen fehlenden auseinanderzusetzenden Vermögens kein Beurkundungszusammenhang be-

steht: über 100 Seiten Kindesunterhalt (*Miesen*) sowie über 130 Seiten starke Ausführungen der neu hinzu gekommenen Co-Autoren *Kilger* und *Pfeil* zum Ehegattenunterhalt. In diesen Dingen gilt mein erster Blick immer dem Buch von *Göppinger/Börger* statt den Werken von *Münch* oder *Langenfeld*.

Auch warten *Göppinger/Börger* jetzt sogar mit einem kurzen eigenen Abschnitt zu namensrechtlichen Vereinbarungen auf. Hier hat der Autor *Börger* klar den Regelungsbedarf erkannt, der sich daraus ergibt, dass die Neufassung des § 1355 BGB durch das Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts v. 16.12.1993 (BGBl I, 2054) und aktuell durch das Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts v. 6.2.2005 (BGBl I, 203) den Ehegatten sehr weitgehende Gestaltungsrechte einräumt. Der deutsche Adel und die Prominenz werden es ihm danken.

Das Buch enthält zudem im 9. Teil 90 Seiten zu Steuerfragen rund um die Ehescheidung (bearb. von *Märkle*). Dies ist angesichts der ähnlich strukturierten steuerlichen Ausführungen von *Münch* kein Novum, jedoch wird man wohl nirgends eine ähnlich komprimierte wie aufschlussreiche Darstellung der Steuerprobleme zum Versorgungsausgleich finden. Allerdings ist man dabei schon weit von dem entfernt, was ein Notar für seine Klienten wissen muss.

Auch vertragsgestalterisch kommt man mit dem Werk gut aus, wobei vor allem die ausführlichen Checklisten eine Hilfe sind, ohne Klippschulcharakter anzunehmen. Zwar wird man für zusammenhängende oder in sich abgeschlossene Formu-

lierungsvorschläge immer eher die Bücher der Notarkollegen zur Hand nehmen. Der *Göppinger/Börger* ist aber ein „Schatzkästchen“ für einzelne oder vertiefende Punkte. Pars pro toto seien etwa Formulierungen zum Eheprägenden Wohnvorteil genannt (5. Teil Rdnr. 165). Überhaupt ist das Werk hilfreich bei der kautelarjuristischen Erstellung der Unterhaltsgrundlagen, was bekanntlich die Notare weniger gerne, die Anwälte und Richter dafür umso lieber sehen. Zum Versorgungsausgleich würde ich aber eher den „*Münch*“ zur Hand nehmen bzw. mich von ihm an die Hand nehmen lassen. Die entsprechenden Passagen von *W. Hauptmann*, Rentenberater in Meckenheim, sind etwas für Spezialisten und warten zudem nicht mit Formulierungsvorschlägen auf.

Fazit: Wer Wert auf Vollständigkeit und/oder eine imponierende Bibliothek legt, wird sich beide Bücher (und zusätzlich den „*Münch*“) anschaffen. Die Preisgestaltung macht dies sogar für Assessoren ohne weiteres möglich. Eine persönliche statistische Auswertung gepaart mit Fragen des Geschmacks ergibt jedoch einen Vorsprung für die „Ehebezogenen Rechtsgeschäfte“ von *Münch*, gefolgt vom „*Göppinger/Börger*“. Das grundlegende Werk von *Langenfeld* leidet demgegenüber nach meinem ganz persönlichen Eindruck an einem sich merklich verbreiternden konzeptionellen Spagat zwischen Handbuch und Formularbuch. Wer seit Jahren mit diesem Klassiker unseres Standes gearbeitet hat, wird indes auch dieses Buch weiterhin mit Gewinn zur Hand nehmen.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Bergschneider: Verträge in Familiensachen – Eheverträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen. 3., neu bearb. Aufl., Giesecking, 2006. 336 S., 49 €

Bei der Neuauflage von Büchern über Eheverträge, deren viel gelobte Voraufgaben bereits mehrere Jahre zurückliegen, stellt sich insbesondere folgende Frage: Wie ist es dem Autor gelungen, die neue Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen einzuarbeiten? Die Spannung erhöht sich, wenn der Autor in einer Urteilsanmerkung kommentiert (FamRZ 2006, 1098, 1099): „Die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen erinnert an die vielköpfige Lernäische Hydra, der noch viele Köpfe abzuschlagen sind, die aber die Tücke hat, dass ihr für jeden abgeschlagenen Kopf zwei neue wachsen. Dem BGH ist die Kraft und die Wendigkeit eines Herakles zu wünschen, mit dieser Kreatur fertig zu werden.“ Wie ist der Autor selbst mit dieser Kreatur fertig geworden?

Um es vorwegzunehmen: Rechtsanwalt *Bergschneider*, der als Fachanwalt für Familienrecht und langjähriger Dozent in Aus- und Fortbildungsveranstaltungen ein ausgewiesener Kenner der Materie ist, hat die Aufgabe mit Bravour gemeistert. Die Einarbeitung der neuen Rechtsprechung ist vorzüglich gelungen. *Bergschneider* hat die Darstellung der neuen Rechtsprechung nicht in einen isolierten Abschnitt verbannt, sondern jeden Absatz des Buches auf eine Beeinflussung durch die neue Rechtsprechung untersucht und, falls erforderlich, entsprechend ergänzt. Wie er selbst im Vorwort feststellt, hat dies zur Folge, dass „diese neue Rechtsprechung schon bald auf jeder Seite des Buches zum Ausdruck kommt und alle Gebiete der familienrechtlichen Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung nunmehr in einem neuen Licht erscheinen.“

Die Darstellung der neuen Rechtsprechung ist eng an den praktischen Problemen bei der Vertragsgestaltung ausgerichtet und sehr transparent. So werden beispielsweise bei der oftmals zu klärenden Frage, welche Vereinbarungen zum Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) als wirksam (kontrollfest) beurteilt werden können, folgende Problemfelder in vier aufeinander folgenden kurzen Abschnitten behandelt (Rdnr. 490 ff.): Inwieweit sind Regelungen zum Alter des Kindes, ab dem der betreuende Elternteil eine Erwerbstätigkeit oder eine umfangreichere Erwerbstätigkeit aufzunehmen hat, ratsam? Wie ist eine höhenmäßige Begrenzung des Betreuungsunterhalts zu beurteilen? – Da das Buch im Mai 2006 erschienen ist, konnte das Urteil des BGH vom 5.7.2006, XII ZR 25/04, DNotZ 2006, 920 zur summenmäßigen Begrenzung des Betreuungsunterhalts nicht berücksichtigt werden. Kann auf Anschlussunterhalt nach Kindesbetreuung verzichtet werden? Inwieweit kann die Höhe des Anschlussunterhalts geregelt werden? Ein weiteres Beispiel für die instruktive Darstellung ist die Erörterung des Einflusses der neuen Rechtsprechung auf den Verzicht auf Versorgungsausgleich (Rdnr. 835 f.). Mit Hinblick auf den Beschluss des BGH vom 6.10.2004 (DNotZ 2005, 226), in dem der BGH die Verfahrensweise der Vorinstanz gebilligt hat, mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln, welche Versorgungsansprüche die Ehefrau gehabt hätte, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit nicht aufgegeben, sondern weitergearbeitet hätte, empfiehlt *Bergschneider* eine Vorsorge im Rahmen der Vertragsgestaltung und bietet hierfür auch einen konkreten Formulierungsvorschlag.

Bergschneider hat bei der Aktualisierung des Buches nicht nur die neue Rechtsprechung und die bei Drucklegung in Kraft getretenen Gesetzesänderungen berücksichtigt, sondern widmet sich zukunftsorientiert in einem Anhang dem Re-

gierungsentwurf des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes vom 5.4.2006 (Rdnr. 980 ff.). Neben einer kurzen Darstellung der zu erwartenden Rechtslage und der daraus resultierenden Folgen für die Vertragsgestaltung werden verschiedene Muster zur Modifizierung der Übergangsvorschrift (§ 35 EGZPO des Entwurfs) vorgestellt. Im Hinblick auf die eventuell von den Parteien nicht gewünschten Folgen und die Unwägbarkeiten, die aus der Übergangsvorschrift resultieren können, kann ein Studium dieser Muster nur empfohlen werden.

Im Übrigen knüpft die Neuauflage an die Qualitäten der Vorauflagen an. Das Buch zeichnet sich durch einen klar strukturierten Aufbau sowie eine sehr verständliche und knappe Darstellung aus, die durch 135 Vertragsmuster (jeweils einzelne Klauseln, vollständige Vertragsmuster enthält das Buch nicht), zahlreiche Beispiele und Checklisten abgerundet wird. In zwölf Kapiteln werden Eheverträge, Trennungs- und Scheidungs-

vereinbarungen einschließlich ihrer Bezüge zum Erb-, Sozial-, Versicherungs- und Steuerrecht ausführlich behandelt. Die Behandlung von Partnerschaftsverträgen wird ausdrücklich ausgeklammert. Aus notarieller Sicht bedauerlich – insbesondere für junge Notarassessoren – ist das Fehlen von Ausführungen zu wesentlichen grundbesitzbezogenen Besonderheiten von Scheidungsvereinbarungen wie z. B. der Übernahme von gemeinsamen Verbindlichkeiten aus dem Erwerb des Grundbesitzes, der Übernahme von Bausparverträgen oder der Gestaltung einer Umschreibungssperre.

Das Buch ist nicht als Nachschlagewerk für jede denkbare Gestaltungsmöglichkeit konzipiert, sondern eignet sich aufgrund des Umfangs und der Darstellungsweise sehr gut zum „Durcharbeiten“. Die Lektüre dieses Buches kann nur empfohlen werden.

Notarassessorin Dr. *Frauke Wedemann*, Berlin

Wiedenhofer: Non Performing Loans (NPL). Schäffer-Poeschl, 2006. 337 S., 79,95 €

In den letzten Jahren ist der deutsche Markt für sogenannte Problemkredite oder „non performing loans“ (häufig definiert als Darlehensforderungen, bei denen aufgrund Zahlungsverzuges oder Verschlechterung der Vermögensverhältnisse für den Gläubiger die Möglichkeit besteht, den Darlehensvertrag zu kündigen) stark gewachsen: Im Geleitwort des von *Wiedenhofer* herausgegebenen Buches ist von einem Marktvolumen im dreistelligen Milliardenbereich und „Goldgräberstimmung“ die Rede. Der vorliegende Band hat den Anspruch einen umfassenden Überblick über das gesamte Themengebiet anhand der Darstellung aller Phasen einer Transaktion zu bieten und versammelt dazu 21 Beiträge von Praktikern, überwiegend aus der Wirtschaftsprüfung, von Banken und aus der Rechtsanwaltschaft.

Der an der Entwicklung des deutschen Marktes für Problemkredite im internationalen Vergleich Interessierte findet eine übersichtliche Zusammenstellung überwiegend anschaulich aufbereiteter Informationen. Vor allem die Erläuterungen zu den strategischen Hintergründen der Transaktionen aber auch zur Bewertung und Refinanzierung sind instruktiv. Die rechtlichen Aspekte treten demgegenüber – obwohl der Untertitel „Problemkredite – Transaktionen, Recht und Steuern“ anderes vermuten lässt – eher in den Hintergrund. Für den Notar, der an einer Transaktion mitwirken soll – sei es durch Gestaltung des Übertragungsvertrages oder im Vollzug der Vereinbarung (wie etwa durch Umschreibung der Vollstreckungsklauseln mitübertragener Grundpfandrechte) –, bietet das Buch meist zu wenig. Der kurze Beitrag von *Wulfken/Grieser* zur vertragsrechtlichen Gestaltung von Kreditportfolio-Verkäufen belässt es bei einem Abriss. Der Beitrag von *Glos* liefert eine kompakte Darstellung der datenschutzrechtlichen Aspekte,

behandelt dabei aber die sensible Frage der Gestaltung der Übertragung von Kreditverbindlichkeiten ohne Verletzung des Bankgeheimnisses durch partielle Gesamtrechtsnachfolge leider nur am Rande.

Die Rechtsfragen, die den Vollzug der Übertragung der als Kreditsicherheiten „mitverkauften“ Grundpfandrechte und ihrer Verwertung betreffen, werden zu weiten Teilen nicht oder realitätsfern behandelt. So erwähnen *Aumann/Vogel* in ihrem „Immobilien als vorrangige Asset Klasse in NPL-Portfolios“ überschriebenem Beitrag mit keinem Wort, dass die Zwangsversteigerung bei grundpfandrechlich gesicherten Darlehen im Regelfall aus der vollstreckbaren Grundschuld selbst erfolgen kann. Vielmehr wird auf die Notwendigkeit eines (zumindest vorläufig vollstreckbaren) Urteiles verwiesen. In soweit konsequenterweise wird auf die – für den in diesem Bereich tätigen Notar interessante und nicht unproblematische – Umschreibung der Vollstreckungsklauseln nicht eingegangen. Auch die von *Aumann/Vogel* als Alternative zur Zwangsversteigerung angesprochene Möglichkeit des freihändigen Verkaufs hätte eine vertiefende Bearbeitung verdient. Die in zwei kurzen Sätzen vorgeschlagene „Koordination“ des Verkaufs durch den mit notarieller Verkaufsvollmacht ausgestatteten Gläubiger bietet eine Vielzahl von Problemen, nicht nur des Verbraucherschutzes.

Die Anschaffung des Werkes kann demjenigen, der eine übersichtliche und anschauliche Einführung in die wirtschaftlichen Hintergründe von Kreditportfolio-Transaktionen sucht, empfohlen werden. Antworten auf die für die notarielle Tätigkeit in diesem Bereich wichtigen Fragen sucht man besser anderswo.

Notar *Till Franzmann*,
M. Jur., Maître en droit, Mindelheim

Knott/Mielke: Unternehmenskauf. 2. Aufl., RWS-Verl., 2006. 476 S., 85 €

Die zweite Auflage des von den Rechtsanwälten *Knott, Mielke* und *Scheffler* neu bearbeiteten Werkes erscheint zu einer Zeit, in der sich das Klima für M&A-Transaktionen nicht nur in der notariellen Praxis spürbar verbessert. Die Neuauflage berücksichtigt die seit der ersten Auflage in Kraft getretenen gesetzlichen Neuerungen und die seither ergangene Rechtsprechung auf den für den Unternehmenskauf relevanten Gebieten des Vertrags-, Aktien-, Kapitalmarkt-, Steuer- und Bilanzrechts. Auch der wichtige, wenngleich für den Bereich des Notariats weniger bedeutsame Entwurf des Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetzes ist berücksichtigt; die Ausführungen zur Fusionskontrolle sind erheblich erweitert worden. Dem Konzept der Voraufgabe folgend werden alle gängigen Formen des Unternehmenskaufs in fünf Mustern und dazugehörigen Erläuterungen unter Bezugnahme auf Gestaltungsempfehlungen ausführlich dargestellt.

Den Mustern ist ein einführender Teil vorgeschaltet, der einen vollständigen Überblick über die den Unternehmenskauf im Allgemeinen betreffenden Fragen aus Veräußerer- und Erwerbersicht liefert. Darin sind insbesondere die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf eine M&A-Transaktion eingearbeitet worden. Vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform ergab sich bei der Behandlung von Unternehmenskäufen eine Vielzahl systematischer und praktischer Probleme. Vor allem die Frage nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln im Hinblick auf den Unternehmenskauf und bestimmte Mängel des Unternehmens in Abgrenzung zum Institut der *Culpa in Contrahendo* führte zu Wertungswidersprüchen zwischen allgemeinem und besonderem Leistungsstörungenrecht. Dies zeigte sich besonders deutlich im Bereich der Verjährung, der Begrenzung der Schadensersatzpflicht im Gewährleistungsrecht auf arglistiges Verhalten oder das Fehlen zugesicherter Eigenschaften sowie hinsichtlich der sofortigen Möglichkeit der Wandelung. Der Gesetzgeber hat versucht, durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Rechtsfolgen beider Haftungstatbestände auch für den Bereich des Unternehmenskaufs zu vereinheitlichen, um ein einheitliches Leistungsstörungenrecht zu schaffen und beim Unternehmenskauf ein Zurückgreifen auf eine Pflichtverletzung im vorvertraglichen Bereich überflüssig zu machen. Gleichwohl ist es ihm nicht gelungen, sämtliche Unsicherheiten zu beseitigen, insbesondere im Hinblick darauf, welche Eigenschaften einen Mangel des Unternehmens i. S. von § 434 BGB begründen (Rdnr. 60 ff.). Der Empfehlung von *Knott*, an dem in der Praxis weithin üblichen Garantiekatalog betreffend das Zielunternehmen trotz der Neuregelungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festzuhalten und die Rechtsfolgen seiner Verletzung im Vertrag autonom festzulegen, ist daher uneingeschränkt zuzustimmen.

Den Ausführungen zum allgemeinen Zivilrecht schließen sich Erläuterungen zu wichtigen Spezialbereichen der Rechnungslegung und Unternehmensbewertung, den steuerlichen Auswirkungen und zu arbeitsrechtlichen Aspekten an, die in der Praxis zwar meist im Vorfeld der Beurkundung zwischen den Vertragsteilen und deren Rechtsberatern geklärt werden, für den Notar jedoch auch wegen des Verständnisses für die wirtschaftlichen Zusammenhänge einer M&A-Transaktion von wesentlicher Bedeutung sind. Entsprechendes gilt für die – für die notarielle Praxis fast zu breite – Darstellung der kartellrechtlichen Fragen (Rdnr. 130 ff.). Denn der Anwendungs-

bereich des Kartellrechts kann nicht nur bei einem Share Deal, sondern – was in der Praxis nicht immer gesehen wird – auch bei einem Asset Deal eröffnet sein (vgl. § 37 Abs. 1 GWB) und zu einer Zusammenschlusskontrolle führen.

Die Erläuterungen zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen, namentlich zu etwaigen öffentlich- und privatrechtlichen Genehmigungserfordernissen sowie zu möglichen Formerfordernissen, dürften für den Notar bei der Vertragsvorbereitung und -durchführung nichtsdestotrotz von größerem Interesse sein. *Knott* gelingt es sehr gut, diesen Bereich knapp, aber dennoch mit dem Blick für die wesentlichen Fallstricke einer Unternehmenstransaktion darzustellen und dabei auch wichtige Rechtsprechungsänderungen einzuarbeiten, wie beispielsweise die Auswirkungen der „Gelatine“-Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH auf die „Holzmüller“-Doktrin im Bereich des Aktienrechts (Rdnr. 201 ff.). Der unkritischen Bemerkung zu den wesentlich geringeren Notarkosten bei Auslandsbeurkundungen ist entgegenzuhalten, dass angesichts der Vielzahl der hierbei festzustellenden Beurkundungsfehler und der damit verbundenen Zusatzkosten in der Praxis eine Beurkundung in Deutschland nicht zwangsläufig die teurere Alternative sein muss. Interessant und lesenswert sind schließlich die Erläuterungen zu den besonderen Formen des Unternehmenskaufs (Rdnr. 234 ff.). Hier seien nur der Management Buy-Out, der Kauf aus der Insolvenz oder im Wege der Kapitalerhöhung beispielhaft erwähnt.

Die auf Grundlage der einführenden Bemerkungen aufbauenden Muster (GmbH-Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag, Kauf- und Abtretungsvertrag über einen Geschäfts- und einen Kommanditanteil, Kaufvertrag über Wirtschaftsgüter [Asset Deal], Aktienkaufvertrag und Übernahmeangebot) stellen die Interessen der Vertragsteile grundsätzlich ausgewogen dar. Die Darstellung der Vertragstexte ist nicht nur wegen der Querverweise auf die theoretischen Ausführungen gelungen, vielmehr vermitteln die Bearbeiter dem Leser auch wichtige Hinweise auf die wirtschaftliche Interessenlage der Vertragsteile, was der Verwendung der Muster durch den Notar entgegenkommt.

Gleichwohl muss einschränkend gesagt werden, dass die Vertragstexte mehr für Rechtsanwälte als für Notare konzipiert sind, was sich beispielsweise darin zeigt, dass jedenfalls zwei der fünf Muster keiner notariellen Beurkundung bedürfen. Dies soll jedoch nicht als Kritik an der Qualität der Konzeption des Werkes verstanden werden, da es nicht den Anspruch eines Notarhandbuchs erhebt. Schließlich können auch die nicht beurkundungsbedürftigen Vertragstexte – mit Ausnahme des Musters zum Übernahmeangebot – dem Notar Hilfestellungen geben, wenn ausnahmsweise doch eine notarielle Beurkundung gewählt oder – wie beim Asset Deal im Anwendungsbereich des § 311 b Abs. 3 BGB – gesetzlich vorgeschrieben ist. Der Gesamteindruck des Werks wird nur leicht dadurch getrübt, dass das Muster zum Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag eine Reihe der bei Unternehmenskäufen vorkommenden Szenarien ausklammert. In der Praxis ist beispielsweise bei komplexen Transaktionen häufig ein Closing vorgesehen, zu dem ein Mustertext ebenso fehlt wie Bestimmungen zur Ablösung von Verbindlichkeiten oder Sicherheiten. Hier kann vielleicht in der Folgeauflage Abhilfe geschaffen werden.

Insgesamt kann das Werk jedoch allen mit M&A-Transaktionen befassten Notaren zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *David König*, München

Singhof/Seiler/Schlitt: Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen. RWS-Verl., 2004. 332 S., 49 €

Mittelbare Beteiligungen an Unternehmen nehmen in der Gesellschaftspraxis einen immer größeren Stellenwert ein. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass ein „Teilhaber“ weder unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, noch nach außen als Gesellschafter am Unternehmen in Erscheinung tritt. An der Gesellschaft, einem Teil dieser oder einem Mitglied der Gesellschaft besteht vielmehr eine ausschließlich „wirtschaftliche“ Beteiligung. Die häufigsten Formen sind die stille Gesellschaft, die Unterbeteiligung und die Treuhand, aber auch der Nießbrauch wird zu den mittelbaren Gesellschaftsbeteiligungen gerechnet. Aufgrund ihrer rechtlichen Gestaltungsvielfalt können diese unterschiedlichen wirtschaftlichen oder steuerlichen Zielen dienen, ohne den formalen Voraussetzungen unmittelbarer Beteiligungen unterworfen zu sein.

Die Literaturlauswahl zu mittelbaren Gesellschaftsbeteiligungen war in der Vergangenheit jenseits von HGB-Kommentaren oder Formularbüchern spärlich; einzelne Formen mittelbarer Beteiligungen sind zwar monographisch aufgearbeitet – insbesondere von *Blaurock* –, für den Praktiker fehlte aber ein umfassendes Werk, das diese Art der Unternehmensbeteiligung systematisierte sowie Parallelen und Verzahnungen darlegte. In diese Lücke stößt das hier anzuzeigende Handbuch. Das Autorenteam (*Singhof, Seiler* und *Schlitt*) stellt darin detailliert die stille Gesellschaft, die Unterbeteiligung und die Treuhand vor und zeigt Lösungswege für gängige Praxisprobleme auf. Ausgehend von der Begründung der einzelnen Beteiligungsarten stellen die Autoren die Rechte und Pflichten der Beteiligten dar, gehen auf atypische Ausgestaltungen ein, erörtern Beendigungstatbestände und untersuchen die Auswirkungen der Zwangsvollstreckung und Insolvenz auf die jeweilige mittelbare Beteiligungsform. Unberücksichtigt bleibt leider die mittelbare Beteiligung in Form des Nießbrauchs an Einzelunternehmen, Personen- und Kapitalgesellschaften – eine Beteiligungsform, die insbesondere bei vorweggenommenen Erbfolgen häufig in Betracht gezogen wird.

Für die notarielle Gestaltungspraxis sind eine Vielzahl wichtiger Hinweise im Buch enthalten. So differenziert *Singhof* zutreffend hinsichtlich der Abschlusskompetenz bei stillen Beteiligungen an einer GmbH nach der Art; nur bei einer atypischen stillen Gesellschaft, bei der eine Substanzbeteiligung oder erweiterte Mitsprache- und Geschäftsführungsrechte besteht, ist im Außenverhältnis die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen. Im Übrigen reicht die organschaftliche Kompetenz des Geschäftsführers aus (Rdnr. 43 f.). Die Eintragung von stillen Beteiligungen im Handelsregister wird – ohne nähere Auseinandersetzung mit entgegenstehenden Literaturstimmen – verneint.

Aus der Gestaltungsperspektive ist die Frage der Form des Gründungsakts wesentlich. Grundsätzlich unterliegen mittelbare Beteiligungen keinen Formvorschriften. Anders liegt es bei Schenkungen mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen. Die Autoren lehnen dabei die Ansicht ab, dass bereits die Einbuchung der stillen Einlage durch Umbuchung in den Geschäftsbüchern einen Schenkungsvollzug i. S. v. § 518 Abs. 2 BGB darstelle, der eine formnichtige Schenkung heilen würde.

Die weitergehende Meinung, wonach bereits die Einräumung einer mitgliedschaftlichen Rechtsstellung des stillen Gesellschafters für einen Schenkungsvollzug genüge, überzeugt nicht. Eine nicht der Form des § 518 Abs. 1 BGB unterliegende schenkungsweise eingeräumte Gesellschaftsstellung räumt keine wirksame Rechtsposition ein, die Basis für ein Bewirken einer versprochenen Leistung sein könnte. Den Autoren ist daher wieder beizupflichten, wenn sie zur Wirksamkeit der Begründung – und insbesondere zur damit zusammenhängenden steuerlichen Anerkennung – die Beurkundung der Schenkung einer stillen Beteiligung empfehlen (Rdnr. 28–30). Dies gilt auch für die Unterbeteiligung (Rdnr. 382) und die Treuhand (Rdnr. 530).

Hinsichtlich der Formbedürftigkeit der Treuhandbegründung an GmbH-Geschäftsanteilen weisen *Singhof/Seiler* zutreffend auf die fragliche Differenzierung nach der Art der Treuhand als Gradmesser der Beurkundungsbedürftigkeit nach § 15 Abs. 4 GmbHG hin. Bereits vor einiger Zeit hatte der BGH geurteilt, dass mit der Herausgabepflicht des Treuguts „Geschäftsanteil“ kraft Gesetzes nach § 667 BGB nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen sei, ob wegen dieser zwangsläufigen Rechtsfolge des Treuhandvertrages das Geschäft beurkundungsbedürftig sei, oder nicht (vgl. BGHZ 141, 207 = MittBayNot 1999, 489; jüngst bekräftigt vom BGH, MittBayNot 2006, 430). Soweit eine Treuhandabrede nicht im Stadium der Vorgründungsgesellschaft, also vor Errichtung der GmbH nach § 2 GmbHG, getroffen ist, ist daher von der Beurkundungsbedürftigkeit der Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand an GmbH-Geschäftsanteilen auszugehen.

Ausführlich wird im Handbuch die Behandlung mittelbarer Beteiligungen bei Umwandlungsvorgängen des Geschäftsinhabers bzw. der Hauptgesellschaft thematisiert. So ist bei Verschmelzungsvorgängen fraglich, ob die stille Beteiligung ein Sonderrecht nach § 23 UmwG darstellt und daher als solche im Verschmelzungsvertrag (§ 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG) anzugeben ist. *Singhof* lehnt dies mit überzeugenden Gründen gegen eine verbreitete Meinung in der Literatur ab (Rdnr. 180). Bei Umwandlungen stellt sich ferner die Frage nach Anpassungs- oder Kündigungsrechten mittelbarer Gesellschafter, wenn diese nicht – zumindest im Innenverhältnis – der Strukturmaßnahme zugestimmt haben. Hierzu geben die Autoren individuelle Hinweise, je nach Art und Ausgestaltung der Beteiligung.

Das Handbuch verzichtet auf Formulierungshinweise, was durch einen Rückgriff auf entsprechende Musterverträge oder Formularbücher ausgeglichen werden kann. Problematischer erscheint mir aber der Verzicht auf jegliche steuerrechtlichen Ausführungen. Mittelbare Unternehmensbeteiligungen sind sehr häufig (auch) steuerlich motiviert, so dass hier zumindest eine Darstellung in Grundzügen wünschenswert gewesen wäre. Abgesehen von diesem kleinen Petitum für künftige Auflagen kann das Handbuch uneingeschränkt dem gesellschaftsrechtlichen Praktiker zur Anschaffung empfohlen werden. Eine vergleichbar kompakte und dennoch umfassende Darstellung des Rechts mittelbarer Beteiligungen an Gesellschaften sucht man sonst vergebens.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

Schippel/Bracker: Bundesnotarordnung. 8. Aufl., Vahlen, 2006. 952 S., 138 €

Die Neuauflage dieses traditionsreichen Kommentars zur BNotO liegt zu einem Zeitpunkt vor, der nicht glücklicher hätte gewählt werden können. Nachdem die Föderalismusreform die Bundeszuständigkeit für das Notariat zur Erleichterung aller innerhalb und außerhalb des Berufsstandes stehenden Beobachter der bis in die letzten Tage des Gesetzgebungsverfahrens offenen Debatte erhalten hat, erscheint das nunmehr von *Bracker*, dem Präsidenten der Landesnotarkammer Bayern, in 8. Auflage herausgegebene Werk als eine wissenschaftliche Reaktion auf die Entscheidung des Verfassungsgebers mit einer berufspolitischen Aussage: Die Bundesnotarordnung ist und bleibt der für alle Notare verbindliche länderübergreifende Kodex, der Rechte und Pflichten der Urkundspersonen regelt und damit ein einheitliches Berufsbild aller Amtsträger postuliert, und zwar unabhängig von der jeweiligen Notariatsform.

Das auf neun Personen gewachsene Autorenteam führt in neuer Verantwortung die Arbeit von *Schippel* fort, der in jeder Hinsicht für das deutsche Notariat Maßstäbe gesetzt hat. Die Kommentierung ist nicht nur um 150 Seiten umfangreicher ausgefallen, sondern hat auch inhaltlich hinzugewonnen. So ist auf die wieder in das Werk integrierte Kommentierung der DONot zu verweisen, die von *Bracker* und *Vollhardt* bearbeitet wurde. Die Einleitung hierzu arbeitet zum einen die Rechtsgrundlage der DONot zutreffend und klar heraus, nämlich das Recht und die Pflicht der Landesjustizverwaltung zur Aufsicht über die Notare, und erläutert im Übrigen anschaulich das Rangverhältnis zwischen BNotO, den von den Kammern im Rahmen des § 67 Abs. 2 BNotO erlassenen Richtlinien und der Dienstordnung als allgemeine Verwaltungsvorschrift. Darüber hinaus haben die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer eine eigenständige Kommentierung von *Görk* erfahren. In der Voraufgabe wurden die Bestimmungen noch bei den jeweiligen Vorschriften der BNotO erläutert, was nur eingeschränkt möglich und der besseren Übersicht nicht dienlich ist. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Klarstellung, dass Finanzierungsgrundschulden keine Vollzugsgeschäfte darstellen (Abschnitt II Rdnr. 21). Diese Auffassung sollte nunmehr vom Süden bis zum Norden der Republik anerkannt werden. Abgerundet wird die Kommentierung durch einen Abdruck der Satzung der Bundesnotarkammer sowie der Vorsorgeregister-Verordnung nebst Gebührensatzung.

Zurück zum Hauptteil des Werks, der Kommentierung der Bundesnotarordnung: Das Spannungsverhältnis zwischen dem Amt des Notars und seiner Berufsfreiheit ist erwartungsgemäß ein Thema, dem sich *Bracker* mit eindeutiger Positionsbestimmung stellt. Das Amt ist kein „Mythos“, sondern eine Kurzbezeichnung für die vom Notar ausgeübten vielfältigen hoheitlichen Funktionen (§ 1 Rdnr. 15 a). Dies ist eine ebenso einfache wie richtige Feststellung, die die gesamte Kommentierung prägt. Ob das Notaramt in Zukunft mehr Berufsausübungsfreiheit verträgt als bisher angenommen (*Frenz* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 2 BNotO Rdnr. 19), bleibt die für den Berufsstand entscheidende Frage, die auszuloten erforderlich und risikoreich zugleich ist. Hierbei sollte eines nicht übersehen werden: Die Protagonisten weitgehender berufsrechtlicher Freiheiten (*Kleine-Cosack*, DNNotZ 2004, 327; *Kämmerer*, NJW 2006, 2727) meinen nicht nur die Regelungsausübungsfreiheiten, sondern zielen im Kern auf die Regelungen zum Berufszugang selbst. Dann allerdings ist das Maß der Verträglichkeit erschöpft und das Amt dauerhaft beschädigt. *Bracker* verweist zutreffend auf

den europarechtlichen Hintergrund dieser Diskussion und kommt zu dem Ergebnis, dass der Staat verpflichtet ist, durch die Ausgestaltung des Berufsrechts sicherzustellen, dass die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare nach einheitlichen normativen Vorgaben erfolgt, deren Einhaltung der Kontrolle des Staates unterliegt.

Von aktuellem Interesse sind die Anmerkungen zu § 5 BNotO mit umfangreichen Nachweisen, wonach der Staatsangehörigkeitsvorbehalt eben nicht gemeinschaftsrechtswidrig ist. Die in diesem Zusammenhang relevante Rechtsprechung des BGH und des BVerfG – letztere hat in den letzten Jahren auch manche Irritation ausgelöst – wird umfassend und sorgfältig dargestellt. Die vielfach unscharfe Grenze zwischen zulässiger Regulierung des Notarberufs und unzulässigem Eingriff in verfassungs garantierte Freiheiten wird an vielen Stellen nachgezeichnet. Besonders hervorzuheben ist die Auswertung der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 1 BNotO (Beschl. v. 28.4.2005, DNNotZ 2005, 473). Mit dieser Entscheidung, nach der die sog. Landeskinderklausel verfassungskonform ist, wurde Klarheit in einem Bereich geschaffen, der für die Nachwuchsgewinnung im hauptberuflichen Notariat große Bedeutung hat (vgl. die Ausführungen von *Bracker* bei § 7 Rdnr. 8). Der Regelvorrang kann zwar nicht schematisch angewendet werden, *Bracker* stellt aber zutreffend klar (Rdnr. 19 f.), dass die Justizverwaltung das Recht hat, von dem Regelvorrang Gebrauch zu machen, wenn die in jedem Einzelfall anzustellende sachliche Prüfung ergibt, dass die Belange der Personalbedarfsplanung den Regelvorrang des landeseigenen Notarassessors rechtfertigen. Auch die Möglichkeit der Aufforderung zur Abgabe einer Bewerbung nach § 7 Abs. 7 Nr. 3 BNotO wird von *Bracker* in Erinnerung gerufen. Seiner Auffassung, wonach die Rechtsprechung des BVerfG das Aufforderungsverfahren nicht leer laufen lässt, ist zuzustimmen.

Gut gelungen ist auch die Kommentierung zu § 6 BNotO. Hier hat *Görk*, jetzt Notar in München, die Fülle seiner Erfahrungen aus seiner Tätigkeit als ehemaliger Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer eingebracht. Dies kommt nicht nur seiner Darstellung der Merkmale persönlicher und fachlicher Eignung für die Bestellung zum Notar zugute, sondern auch und besonders seinen Erläuterungen zur Auswahl unter mehreren Bewerbern. Die besonderen Probleme der Auswahlentscheidung bei mehreren Bewerbern – insbesondere im Bereich des Anwaltsnotariats – werden ausführlich erläutert. So kommentiert *Görk* nicht nur die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen Zugangsregelungen im Bereich des Anwaltsnotariats und deren Folgen, sondern skizziert zugleich auch die Perspektiven einer gesetzlichen Neuregelung, die – so ist zu hoffen – schon die nächste Auflage des Kommentars beschäftigen wird.

Püls, Präsident der Notarkammer Sachsen, lenkt den Blick auf notarielle Amtstätigkeiten aus dem Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs. Im Anhang zu § 24 BNotO behandelt er einen bunten Strauß von Fragen, die sich dem Notar im Zusammenhang mit dem elektronischen Rechtsverkehr stellen. Neben sehr informativen Ausführungen zur elektronischen Urkunde und zur elektronischen Beglaubigung findet sich hier auch ein Überblick zum Zentralen Vorsorgeregister, dessen Einzelheiten von *Görk* in der Kommentierung zu den §§ 78 a ff. BNotO ausführlich behandelt werden.

Aktuelle Bezüge haben auch die Ausführungen von *Schäfer*, dem Präsidenten der Westfälischen Notarkammer, zum Thema „Werbung“ durch Notare (§ 29 BNotO). Festzuhalten ist, dass dieser Bereich in der Diskussion bleibt und durch die Rechtsprechung des BVerfG in Bewegung gehalten wird (vgl.

hierzu *Vollhardt*, MittBayNot 2006, 205). Angesichts dessen ist die umfassende Darstellung von *Schäfer*, die keine Wünsche offen lässt, für den Praktiker wie auch für Verantwortsträger in den Kammern, die dem Gesamtinteresse aller Kolleginnen und Kollegen verpflichtet sind, besonders wertvoll. Zutreffenderweise wendet er sich gegen gelegentlich vertretene Auffassungen (vgl. etwa *Kleine-Cosack*, DNotZ 2004, 327), die unter Hinweis auf diese Rechtsprechung eine weitgehende Werbefreiheit für Notare reklamieren. Hier schließt sich der Kreis zu den Ausführungen von *Bracker* zu § 1. *Schäfer* engagiert sich nicht ganz überraschend für die Freigabe einer Angabe von Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkten durch die Notare. *Schippel* hatte bereits in der Vorauflage diese Auffassung vertreten, die im Berufsstand jedoch kein großes Echo erhielt. Die Argumente für und wider eine fortschrittlich erscheinende Selbstdarstellung in diesem Sinne sind bekannt. Mir erscheint der Nutzen einer solchen Angabe für die rechtsuchende Bevölkerung eher zweifelhaft. Kriterien, wann eine solche Angabe zulässig sein soll und wann diese auf eine unzulässige Selbstbewertung des Notars hinausläuft, werden sich kaum finden lassen. *Schäfer* wendet sich im Übrigen sehr engagiert gegen die Rechtsprechung, nach der die Verwendung der Bezeichnung „Notariat“ unzulässig ist (vgl. BGH, DNotZ 1986, 186; DNotZ 2003, 376 mit Anm. *Görk*; jüngst DNotZ 2006, 72). Seine Mitkommentatoren *Bracker* (§ 1 Rdnr. 9) und *Vollhardt* (§ 3 DONot Rdnr. 4) hingegen verweisen darauf, dass die Verwendung dieses Begriffes geeignet ist, bei der rechtsuchenden Bevölkerung Fehlvorstellungen über die Personenbezogenheit des Notarates hervorzurufen. Schicksalhafte Bedeutung hat diese Diskussion nicht; praktische Probleme im Bereich des Anwaltsnotariats mögen hier federführend gewesen sein. Das besondere Spannungsfeld zwischen dem anwaltlichen und notariellen Standesrecht wird durch *Schäfer* umfassend dargestellt. Uneingeschränkt zuzustimmen ist seiner Kritik an der in der „Logo“-Entscheidung des BVerfG enthaltenen Behauptung, zwischen dem Anwaltsnotar und dem hauptberuflichen Notar habe sich ein unterschiedliches Berufsbild entwickelt. Diese Behauptung ist nicht nur rechtstatsächlich falsch, sondern ebenso als Begründung für eine verfassungsrechtliche Entscheidung zurückzuweisen.

Knapp und bündig ist die Kommentierung der §§ 48 b und 48 c BNotO zur vorübergehenden Amtsniederlegung von *Püls* gehalten. Dies kann nicht überraschen, sind doch diese erst 1998 in das Gesetz eingefügten Bestimmungen bislang noch nicht Gegenstand von gerichtlichen Verfahren gewesen. Die Vorschriften sollen die Vereinbarkeit von Beruf und Familie erleichtern. Dieser gesellschaftspolitischen Zielvorgabe wird man schnell zustimmen können, dennoch werfen die neuen Regelungen Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind. So stellt *Püls* zutreffend fest, dass der sein Amt vorübergehend niederlegende Notar in seinem Antrag Angaben über die vermutliche Dauer der Amtsniederlegung machen muss. Begründet wird diese Auffassung unter Hinweis auf die Notwendigkeit, die Verwaltung zeitlich organisieren zu müssen. Dieser in der Kommentierung zu § 48 b BNotO gegebene Hinweis gilt jedoch wohl eher für den Fall des § 48 c BNotO, da in der Regel nur bei einer Niederlegung des Amtes für maximal ein Jahr ein Verwalter bestellt werden wird. Nur in diesem Fall besteht ein Anspruch auf Wiederbestellung am bisherigen Amtssitz. Die Voraussetzungen einer Wiederbestellung sind im Übrigen alles andere als gesetzlich klar geregelt. In diesem Bereich wird noch manche Streitfrage zu lösen sein. So vertritt *Püls* die Auffassung, dass ein Antrag nicht mit der Begründung mangelnden Bedürfnisses abgelehnt werden könne, da andernfalls eine vorübergehende Amtsniederlegung

kaum erfolgen würde. Mit *Custodis* (in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 48 b, c BNotO Rdnr. 11) wird man diese Position kritisch hinterfragen müssen. Soll hier eine Bewerbung außerhalb eines Bewerbungsverfahrens nach § 6 b BNotO möglich sein? Die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege (§ 4 BNotO) sollten auch in dieser Konfliktlage nicht ausgeblendet werden. In welchem Konkurrenzverhältnis nach § 48 b BNotO ausgeschiedene Notare zu Notarassessoren innerhalb eines Bewerbungsverfahrens stehen, ist eine ganz andere Frage. Hier werden die gesellschaftspolitischen Erwägungen des Gesetzgebers zu §§ 48 b und 48 c ein starkes Gewicht haben.

Püls kommentiert auch die Vorschriften zur Amtsenthebung nach § 50 BNotO, eine Maßnahme, die glücklicherweise nur selten erforderlich wird, dann aber in ihren Voraussetzungen eindeutig geregelt sein sollte. Die Kommentierung stellt die möglichen Amtsenthebungsgründe umfassend dar, und zwar unter sorgfältiger Auswertung der aktuellen, vielfach noch nicht veröffentlichten Rechtsprechung des BGH. Die Ausführungen zum Amtsenthebungsgrund des Vermögensverfalls (§ 50 Abs. 1 Ziff. 6 BNotO) berücksichtigen bereits den Beschluss des BVerfG vom 31.8.2005 (NJW 2005, 3057). Diese Entscheidung referiert *Püls* zu Recht mit dem Inhalt, dass im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG sehr sorgfältig zu prüfen ist, ob nicht die Vermutung des Vermögensverfalls, die das Gesetz an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Notars knüpft, aufgrund der Umstände des Einzelfalls widerlegt ist (§ 50 Rdnr. 22). Der Entscheidung lässt sich hingegen nicht entnehmen, was in der Literatur gelegentlich anklingt (vgl. etwa *Schmittmann*, ZInsO 2006, 419, 423), wonach der von der Amtsenthebung bedrohte Notar mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Inaussichtnahme eines Insolvenzplans generell einen „sicheren Hafen“ erreicht habe. In seiner Kommentierung zur vorläufigen Amtsenthebung, § 54 BNotO, weist *Bracker* übrigens zu Recht darauf hin, dass die Entscheidung des BVerfG vom 31.8.2005 zwar die Belange des betroffenen Notars und seiner Gläubiger, nicht aber den Schutz des Rechtsverkehrs berücksichtigt habe (§ 54 Rdnr. 11). Ohnehin dürfte in den Fällen, in denen ein Vermögensverfall im Raum steht, nicht selten auch eine Amtsenthebung nach § 50 Abs. 1 Ziff. 8 BNotO geboten sein, weil die wirtschaftlichen Verhältnisse des Notars, die Art seiner Wirtschaftsführung oder die Durchführung von Verwahrungsgeschäften die Interessen der Rechtsuchenden gefährden. In diesem Zusammenhang noch offen ist die Frage, wie ein gemäß §§ 80 ff. InsO in seinen Verfügungsrechten beschränkter Notar überhaupt eine ordnungsgemäße Durchführung von Verwahrungsgeschäften gewährleisten kann.

Im Rahmen der Besprechung eines so umfangreichen Werkes kann leider nicht jede Kommentierung angemessen gewürdigt werden. Hinzuweisen ist noch auf die Ausführungen von *Kanzleiter* (§§ 14, 18, 25–27, 30–32, 65, 66, 69 a, 72, 73, 117 a), *Lemke* (§§ 64 a, 92–111) und *Reithmann* (§§ 15, 20–24), die in bewährter Weise ihre Kommentierungen aus der 7. Auflage fortgeführt und ergänzt haben. *Kanzleiter* hat zudem einen Teil der zuvor von *Schippel* bearbeiteten Passagen übernommen. *Schramm* hat die in der 7. Auflage im Wesentlichen von *Haug* bearbeitete Kommentierung aus dem Bereich der Berufshaftpflicht (§§ 19, 19 a, 46, 61) fortgeführt. Mit der üblicherweise abschließenden Empfehlung, das besprochene Werk möge in keiner notariellen Bibliothek fehlen, würde man seinen hohen Wert nur unzureichend zum Ausdruck bringen. Berufrechtliche Fragen umfassend zu beantworten, wird nur mit Unterstützung dieses Kommentars gelingen, der den Leser in bewährter Weise, aber auch mit neuen gedanklichen Ansätzen zu sicheren Erkenntnissen führt.

Notar Dr. *Hans-Christoph Schüller*, Düsseldorf

Lerch: Beurkundungsgesetz. 3. Aufl., O. Schmidt, 2006. 475 S., 59,80 €

Auf den ersten Blick erscheint einem die nach immerhin 15 Jahren erscheinende dritte Auflage als völlig neues Buch. Deutlich aufwendiger ist die Ausstattung gegenüber der seinerzeit noch unter dem Namen „Mecke/Lerch“ bei Vahlen erschienenen Voraufgabe. Inhaltlich sind dann die Änderungen gar nicht so umfangreich ausgefallen. Die erheblich angestiegene Seitenzahl ist vor allen Dingen auf ein größeres Schriftbild zurückzuführen, das allerdings zu einer wesentlich leserfreundlicheren Handhabung beiträgt.

Neben dem Beurkundungsgesetz enthält der Band im Anschluss an die eigentliche Kommentierung den Text der DONot, die Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer, das Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 28.4.2003 mit den praktischen Anwendungsempfehlungen zu § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG und die Bedingungen für Anderkonten von Notaren. Dies ist ausgesprochen nützlich, weil keine Kommentierung des Beurkundungsgesetzes ohne häufige Verweisung auf diese Vorschriften und Materialien auskommt.

Schon laut Verlagsankündigung beansprucht der Kommentar nicht, dem Leser dogmatische Grundsatzfragen in aller Breite nahe zu bringen. Die Ausrichtung sei in erster Linie praktisch und darauf gerichtet, dem Notar in täglichen Zweifelsfällen rasch zu einer tragfähigen Lösung zu verhelfen. Diesem Anspruch wird das Werk im Großen und Ganzen auch gerecht. Die gängigen Standardprobleme findet man durchgehend behandelt und zuverlässig gelöst. Sehr praxisnah geht *Lerch* dabei beispielsweise mit den Fragen um, die sich im Zusammenhang mit der Neuverlesung von textlichen Änderungen während der Beurkundungsverhandlung stellen (§ 13 Rdnr. 5 ff.). Es überzeugt, wenn er dabei von der Prämisse ausgeht, durch den Notar sei vor allen Dingen die Übereinstimmung zwischen dem verlesenen Text und der endgültigen Urkunde sicherzustellen. Die Frage, ob sich dieser Text auf einem bestimmten Stück Papier befunden hat, sei demgegenüber zweitrangig. Entscheidend ist die inhaltliche, nicht die körperliche Identität. Als Träger eines öffentlichen Amtes müsse dem Notar auch das Vertrauen entgegengebracht werden, dass die auf dem Medium Papier festgehaltenen Worte auch verlesen wurden.

An einigen Stellen der Kommentierung der zentralen Vorschrift des § 17 BeurkG könnten nach meiner Auffassung die Schwerpunkte etwas anders gesetzt sein. So spielt z. B. die vergleichsweise breit behandelte Frage der Einbeziehung der

VOB/B in Bauverträge in der notariellen Praxis kaum eine Rolle (§ 17 Rdnr. 22). Man vermisst ein mindestens kurzes Wort über die aktuell brisante Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (§ 17 Rdnr. 25), während die schon ältere Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle beim Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag über neu errichtete Gebäude ausführlich behandelt ist (§ 17 Rdnr. 42). In seiner Kommentierung zu § 17 Abs. 2 a BeurkG (§ 17 Rdnr. 49 ff.) schließt sich auch *Lerch* der häufig geäußerten Kritik an Formulierung und Zweckmäßigkeit dieser Vorschriften an (§ 17 Rdnr. 53). Dabei plädiert er im Grundsatz für eine großzügige Handhabung der 2-Wochenfrist des § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG (§ 17 Rdnr. 62). Bei der Frage der „Vertrauensperson“ schließt sich *Lerch* der eher strengeren Auffassung an, dass die Mitarbeiter des Notars als solche ausscheiden (§ 17 Rdnr. 60). Zu Recht hält er auch die Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten nicht für ein zulässigerweise mit Mitarbeitern zu beurkundendes Vollzugsgeschäft (§ 17 Rdnr. 63).

Vergleicht man die Erläuterungen zu § 14 BeurkG, so sind sie gegenüber der Voraufgabe nahezu unverändert. Sie beziehen sich fast ausschließlich auf die in eine Anlage ausgelagerten „weiteren Bedingungen“ der Grundschuldfomulare. Die Änderung des Beurkundungsgesetzes vom 31.8.1998 hat aber die Ausnahme von der allgemeinen Verlesungspflicht auch auf Bilanzen, Inventare, Nachlassverzeichnisse und sonstige Bestandsverzeichnisse über Sachen, Rechte und Rechtsverhältnisse erweitert. Dies hat in der notariellen Praxis durchaus erhebliche Bedeutung, z. B. für die Handhabbarkeit von Unternehmenskäufen und wirft einige Zweifelsfragen auf; hierzu erschienen einige Erläuterungen durchaus sinnvoll. In anderen Einzelfällen sind Kommentierungen ohne die inhaltlich notwendige Überarbeitung aus der Voraufgabe übernommen worden. So ist zum Beispiel das AGB-Gesetz zwischenzeitlich in das BGB integriert und beträgt die Gewährleistungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB für Bauwerke nicht mehr zwei, sondern vier Jahre (§ 17 Rdnr. 22). Auch das Vorkaufsrecht nach § 11 Reichsheimstättengesetz entfiel bereits 1993 mit der Aufhebung dieses Gesetzes (§ 20 Rdnr. 4).

Diese kurzen Kritikpunkte können den grundsätzlich positiven Gesamteindruck nicht schmälern. Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Kommentar auch in der Neuauflage nur eine echte Kurzkomentierung bietet. Einzelheiten sucht man auch jenseits dogmatischer Untiefen oft vergebens und muss dann doch zu einem der ausführlicheren Standardwerke greifen.

Notar Dr. Jens Eue, Bamberg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 631 (*Zulässige Schadenspauschalierung bei Kündigung eines Werkvertrags*)

Die Klausel in einem Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses, wonach bei Kündigung des Vertrags, ohne dass sie vom Unternehmer zu vertreten ist, der Unternehmer eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalieren Schadensersatz in Höhe von 10 % des vereinbarten Gesamtpreises verlangen kann, ist zulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 27.4.2006, VII ZR 175/05

Die Klägerin verlangt Zahlung einer Pauschale nach Kündigung eines Vertrages über die schlüsselfertige Errichtung eines Fertighauses.

Die Beklagten unterzeichneten am 23.3.2002 einen Werkvertrag über den Bau des Fertighauses zum Gesamtpreis von 394.788 €, der zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung durch die Klägerin bedurfte. Die Klägerin bestätigte am 2.4.2002 den Vertrag unter Zugrundelegung einer teilweise modifizierten, aktuelleren Baubeschreibung sowie der ergänzenden Übersendung der Baubeschreibung für eine Garage mit der Bitte um Unterschrift. Die Beklagten sandten die Baubeschreibung für die Garage unterschrieben zurück und zahlten die vertraglich vorgesehene erste Rate. Für anschließende Ausstattungsünsche der Beklagten veranschlagte die Klägerin zusätzliche Kosten von 42.220 €. Da die Beklagten die Ansicht vertraten, die gewünschte Ausstattung sei bereits in der vertraglich geschuldeten Leistung enthalten, kam es zwischen den Parteien zum Streit. Die Beklagten erklärten die Anfechtung des Vertrages, hilfsweise kündigten sie fristlos. Später erklärten sie auch den Widerruf des Vertrages.

Die Klägerin verlangt Zahlung von 10 % der Vergütung abzüglich der bereits gezahlten Rate, gestützt auf § 11 Nr. 3 des Vertrages, welcher lautet:

„Erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie von W. Haus (= Klägerin) zu vertreten ist, hat W. Haus das Recht, eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalieren Schadensersatz in Höhe von 10 % des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder W. Haus im Einzelfall andere Nachweise erbringen.“

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

(...)

II.

Dagegen wenden sich die Beklagten ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Beklagten nicht berechtigt waren, ihre auf den Abschluss des Vertrages über die Lieferung und Errichtung des Fertighauses gerichteten Willenserklärungen zu widerrufen. Ein Vertrag, mit dem sich ein Unternehmer zur Lieferung und Errichtung eines Fertighauses verpflichtet, ist ein Werkvertrag (BGHZ 87, 112). An dieser Qualifizierung ändert sich auch nichts aufgrund der Entscheidung des Senats vom 15.4.2004 (MDR 2004, 987), in der es um die Verpflichtung ging, ein standardisiertes und serienmäßig ausgestattetes Mobilheim zu liefern und auf vom Erwerber zu errichtende Fundamente zu stellen

(BGH, DNotZ 2006, 355). In der zuletzt genannten, nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidung hat der Senat ausgeführt, dass ein Verbraucher den Werkvertrag über die Errichtung eines Fertighauses weder nach §§ 505 Abs. 1 Nr. 1, 355 Abs. 1 BGB (Ratenlieferungsvertrag) noch nach §§ 501 Satz 1, 499 Abs. 2, 495 Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB (Teilzahlungsgeschäfte) widerrufen kann.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten auch dagegen, dass das Berufungsgericht die Pauschalierung des Anspruchs in § 11 Nr. 3 des Vertrags für wirksam hält.

a) Das Berufungsgericht legt die Vertragsklausel richtig dahin aus, dass die Pauschale nur für den Fall der freien Kündigung des Bestellers gilt und nicht die Kündigung aus wichtigem Grund erfasst. Dies ergibt sich bereits aus ihrem Wortlaut sowie aus § 11 Nr. 1 des Vertrags, der auf die Kündigung aus § 8 VOB/B verweist. Die Vertragsklausel des § 11 Nr. 3 befasst sich entgegen der Ansicht der Revision ihrem eindeutigen Wortlaut nach auch nicht mit Ansprüchen bei Unmöglichkeit oder bei Wegfall der Geschäftsgrundlage.

b) Zutreffend ist auch die Erwägung des Berufungsgerichts, die anderweitige Nachweismöglichkeit in § 11 Nr. 3 des Vertrags sei dahingehend zu verstehen, dass die Klägerin nicht generell, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine andere Berechnung vornehmen dürfe. Dieses Verständnis entspricht der Rechtsprechung des Senats (BGH, NJW 2000, 3498; insofern in BGHZ 144, 133 nicht abgedruckt).

Von Rechts wegen nicht zu beanstanden ist auch die auf die Senatsrechtsprechung (BGH, NJW 1983, 1491) gestützte weitere Erwägung des Berufungsgerichts, die Vertragsklausel sei dahin zu verstehen, dass der Unternehmer bei Kündigung nach teilweise durchgeführtem Vertrag, wenn er die konkrete Berechnung der Vergütung wählt, nicht ergänzend auf die Pauschale zurückgreifen kann, da bei Wahl der Pauschale der gesamte Anspruch abgegolten ist.

c) Mit diesem Verständnis ihres Inhalts gewährt die Pauschalierungsklausel auch bei Überprüfung in entsprechender Anwendung des § 308 Nr. 7 a BGB keine unangemessen hohe Vergütung.

Der BGH hat zur analogen Anwendung des § 10 Nr. 7 a AGBG, der mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz inhaltsgleich als § 308 Nr. 7 a BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist, ausgeführt, dass 5 % der Auftragssumme als Pauschale ohne weiteres hinnehmbar sind (BGH, DNotZ 1985, 298). Eine Pauschale von 18 % hat der BGH als äußerst zweifelhaft bezeichnet. Die Entscheidung, ob eine Vergütungsklausel von 10 % angemessen ist, hat der Senat bisher offengelassen (BGH, BauR 1995, 546 = ZfBR 1995, 199). Insoweit hat er es auch für bedeutsam gehalten, dass der Unternehmer in jenem Fall insgesamt mehr als 10 % des „endgültigen Kaufpreises“ verlangte, nämlich neben der Pauschale zusätzliche Kosten für bereits im Vertragspreis enthaltene Zeichnungen.

Da die Klägerin hier keine zusätzlichen Kosten verlangt und nach dem zutreffenden Verständnis der Klausel auch nicht verlangen kann, ist nur die Angemessenheit einer Pauschale von 10 % zu beurteilen. Prüfungsmaßstab für die Angemessenheit ist, was ohne die Klausel vom Besteller geschuldet wäre. Im Falle der freien Kündigung hat der Unternehmer

gemäß § 649 BGB Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben unterlässt. Bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise weicht eine Pauschale von 10 % nicht unangemessen davon ab, was der Unternehmer in Anwendung des § 649 BGB zu beanspruchen hätte. Bei Abrechnung nach § 649 BGB sind neben den bereits geleisteten vertragsbezogenen Personal- und Sachkosten auch der kalkulierte Gewinn (vgl. BGH, MDR 1998, 151) und die allgemeinen Gemeinkosten (BGHZ 140, 263, 269 = NJW 1999, 1253) zu erstatten. Die Pauschalierung dieser Kosten mit 10 % des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises, gegen dessen Bestimmtheit entgegen dem Vorbringen der Revision keine Bedenken bestehen, ist nicht unangemessen. Weiterer Feststellungen zu den typischerweise anfallenden Aufwendungen, als sie bereits vom Berufungsgericht getroffen worden sind, bedarf es nicht.

2. BGB §§ 95, 917, 918; SachenRBERG §§ 2, 116 Abs. 1 (*Kein Notwegrecht für Besitzer eines zugangslosen Grundstücks*)

- a) **Der Besitzer eines zugangslosen Grundstücks kann nicht die Einräumung eines Notwegrechts nach § 917 Abs. 1 BGB verlangen; das gilt auch dann, wenn der Besitzer Eigentümer von Scheinbestandteilen ist, die sich auf einem solchen Grundstück befinden (Fortführung von RGZ 79, 116, 118).**
- b) **§ 116 Abs. 1 SachenRBERG ist nicht anwendbar, wenn ein Grundstück am 2.10.1990 zu Freizeit Zwecken genutzt wurde (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SachenRBERG).**

BGH, Urteil vom 5.5.2006, V ZR 139/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Das Land Mecklenburg-Vorpommern (Land) ist Eigentümer des früher volkseigenen Carwitzer Sees. Im Bereich der Falladabucht grenzt der See an das Grundstück der Beklagten. Die Uferlinie bildet die Grundstücksgrenze.

Durch Verträge vom 12.10.1999 bzw. 11.2.2000 vermietete das Land Teile der Seefläche in der Falladabucht den Klägern zur Nutzung als Boots- und Bootshaus bzw. Bootssteg bis zum 31.12.2011. Nach den Mietverträgen ist der „Vermieter nicht für die Zuwegung zu dem Pachtgrundstück verantwortlich“. Die Bootshäuser und der Bootssteg waren in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts von den Klägern auf in den Seegrund gerammten Pfählen errichtet worden. Hierzu waren die Kläger aufgrund von Verträgen berechtigt, die sie mit dem Verwalter des damaligen Volkseigentums geschlossen hatten. Landseitig erfolgt der Zugang zu den Liegeplätzen, Bootshäusern und dem Bootssteg über Bohlen von dem Grundstück der Beklagten aus. Die Beklagten sind nicht mehr bereit, dies hinzunehmen.

Mit der Klage verlangen die Kläger ein Notwegrecht an dem Grundstück der Beklagten. Das AG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist nur insoweit erfolgreich gewesen, als das LG das Notwegrecht auf die Dauer der Mietverhältnisse beschränkt hat. Mit der von dem LG zugelassenen Revision möchten die Beklagten eine vollständige Klageabweisung erreichen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, den Klägern stehe in entsprechender Anwendung von § 917 BGB für die Dauer des Beste-

hens ihrer Vertragsverhältnisse mit dem Land das Recht zu, die Bootshäuser und den Bootssteg über das Grundstück der Beklagten zu erreichen. Eine sachgerechte Nutzung der als Scheinbestandteile des Seegrundstücks zu qualifizierenden Pfahlbauten sei allein durch einen landseitigen Zugang über das Grundstück der Beklagten gewährleistet. Auf den Streit der Parteien, ob die Kläger zur Geltendmachung eines dem Land zustehenden Notwegrechts ermächtigt seien, komme es daher nicht an.

II.

1. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Eine Berechtigung aus § 917 Abs. 1 BGB sieht das Gesetz für den Besitzer eines zugangslosen Grundstücks nicht vor (RGZ 79, 116, 118; *Staudinger/Roth*, [2002], § 917 BGB Rdnr. 32 m. w. N.; vgl. auch BGH, NJW 1963, 1917, 1918; a. A. für dinglich Nutzungsberechtigte MünchKommBGB/Säcker, 4. Aufl., § 917 Rdnr. 16). Für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift besteht kein Bedürfnis, weil die Frage des Zugangs zu einem gemieteten oder gepachteten Grundstück im Verhältnis zwischen Mieter/Pächter und Vermieter/Verpächter zu klären ist. Ein vermietender Eigentümer ist dem Mieter gegenüber aus dem Mietvertrag regelmäßig verpflichtet, ein begründetes Notwegrecht gegen den Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks durchzusetzen. Soweit der Eigentümer des angrenzenden Grundstücks den Zugang über sein Grundstück zu dulden hat, kann der Mieter des zugangslosen Grundstücks ein bereits bestehendes Notwegrecht dem Eigentümer des duldungspflichtigen Grundstücks entsprechend § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGH, NJW 1958, 2061, 2062) entgegen halten (BGH, NJW 1963, 1917, 1918). Ein eigenes Recht des Besitzers folgt daraus nicht, weil das Verlangen des Eigentümers nach § 917 Abs. 1 BGB Tatbestandsmerkmal sowohl für das Entstehen des Notwegrechts als auch für die Verpflichtung zur Errichtung der Notwegrente ist (BGHZ 94, 160, 162 f. = MittBayNot 1985, 188).

Am Fehlen eines eigenen Rechts des Mieters auf Inanspruchnahme eines fremden Grundstücks als Zuwegung ändert sich nicht dadurch etwas, dass auf einem gemieteten Grundstück von einem Mieter ein als Scheinbestandteil zu qualifizierendes Gebäude errichtet wird. Ein solches Gebäude ist rechtlich eine bewegliche Sache (vgl. BGHZ 23, 57, 59; BGH, NJW 1987, 774 = DNotZ 1987, 212), deren Nutzung von dem Mietverhältnis bestimmt wird, die bei Beendigung des Mietverhältnisses grundsätzlich zu entfernen ist und die der dinglichen Belastung mit der Notwegrente (§§ 917 Abs. 2, 914 Abs. 2 BGB) – einem einer Reallast ähnlichen Recht (BGH, NJW 1963, 1917, 1918) – nicht zugänglich ist.

2. Der geltend gemachte Anspruch steht den Klägern auch nicht aus anderen Gründen – weder aus eigenem (a) noch aus fremdem Recht (b) – zu.

a) aa) § 116 Abs. 1 SachenRBERG bietet keine Anspruchgrundlage, die der Klage zum Erfolg verhelfen könnte. Das Sachenrechtsbereinigungsgesetz ist nicht anwendbar, weil die Kläger die gepachtete Seefläche am 2.10.1990 zur Erholung oder Freizeitgestaltung genutzt haben (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. SachenRBERG), die Pfahlbauten damals zwar persönlichen, nicht aber Wohnzwecken dienten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. SachenRBERG) und solche Bauten nicht von den Regelungsbereichen der §§ 4 bis 7 SachenRBERG erfasst werden.

bb) Aus den Grundsätzen über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis lässt sich jedenfalls deshalb nichts zugunsten der Kläger herleiten, weil dieses Rechtsinstitut die Herrschaftsmacht des Eigentümers nach § 242 BGB nur in zwingenden Ausnahmefällen einschränkt (BGH, NJW 1990, 2555,

2556). Ein solcher Ausnahmefall liegt schon deshalb nicht vor, weil den Klägern nach dem in den Mietverträgen vereinbarten Ausschluss einer Haftung des Landes für das Bestehen eines landseitigen Zugangs klar sein musste, dass ein solcher Zugang möglicherweise nicht rechtlich gesichert war.

b) Auch aus fremdem Recht ist die Klage nicht begründet. Dabei kann offenbleiben, ob das Land die Kläger ermächtigt hat, ein Recht des Landes auf Zuwegung gegen die Beklagten gerichtlich geltend zu machen. Ein solches Recht besteht nicht.

aa) Dem vermietenden Land steht kein Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts zu. Nach § 917 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer den Zugang zu seinem Grundstück über ein fremdes Grundstück nur verlangen, wenn er zur ordnungsgemäßen unmittelbaren Nutzung seines Grundstücks hierauf angewiesen ist. Dagegen kann der Eigentümer die Verpflichtung zur Duldung eines Notwegs nicht damit begründen, dass er das Grundstück nur mit einem solchen Weg (zu einem angemessenen Preis) vermieten oder verpachten kann (RGZ 79, 116, 119). So verhält es sich aber hier.

Das Land hat einen Zugang zu dem ihm gehörenden Carwitzer See, soweit das Eigentum des Landes das an den See grenzende Ufer umfasst oder der See an öffentliche Wege oder Straßen grenzt. Damit ist dem Land eine ordnungsgemäße Nutzung des Sees (auch) als Freizeiteinrichtung möglich (vgl. BGH, MDR 1967, 749, 750 für den Zugang zu einem Inselgrundstück). Daran ändert sich nichts dadurch, dass das Seegrundstück in der Falladabucht keinen Uferstreifen umfasst. Das Bedürfnis nach einem Zugang zum See an dieser Stelle ergibt sich in der Bucht allein daraus, dass das Land dort Seeflächen mit Bootsliegplätzen vermietet hat. Die Verpflichtung zur Duldung eines Zugangs kann aber nach dem in § 918 Abs. 1 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken nicht mit einem Zustand begründet werden, den der Eigentümer durch Maßnahmen auf seinem Grundstück erst herbeiführt (RG, a. a. O.). Wenn das Land diesen Teil des Sees durch die Vermietung von Bootsliegplätzen mit landseitigem Zugang nutzen will, muss es mit den Eigentümern der angrenzenden Ufergrundstücke eine Vereinbarung über den Zugang treffen. Erzwingen kann es ihn nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten den Zugang zum See über sein Grundstück gestattet hat. An diese Gestattung sind die Beklagten nicht gebunden (vgl. BGH, DNotZ 1979, 24, 25).

bb) Schließlich greifen die Grundsätze des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses auch nicht zugunsten des Landes ein. Es bestehen keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines zwingenden Ausnahmefalls im Sinne der Senatsrechtsprechung (BGH, NJW 1990, 2555, 2556).

3. Nach allem hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist im Sinne von § 563 Abs. 3 ZPO. Weitere Feststellungen kommen nicht in Betracht.

3. BGB §§ 917 Abs. 1, 918 Abs. 1, 1011 (*Einräumung eines Notwegrechts für Miteigentümer*)

1. Miteigentümer eines Grundstücks können den Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts nur gemeinsam geltend machen.

2. Die baurechtliche Genehmigung zur Errichtung eines Gebäudes ist bei der Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Benutzung eines Grundstücks zu beachten.

3. Dass ein Gebäude so errichtet wird, dass es zu einem Teil nicht ohne einen Zugang über ein Nachbargrundstück genutzt werden kann, schließt den Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts nicht notwendig aus.

BGH, Urteil vom 7.7.2006, V ZR 159/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin und die an dem Revisionsverfahren nicht beteiligte Widerbeklagte sind Miteigentümer des in der Innenstadt von H gelegenen Grundstücks F-Straße 21a. Das nach dem WEG aufgeteilte Grundstück ist mit einem mehrgeschossigen Gebäude bebaut. Es grenzt an die L-Straße und die Z-Gasse und hat insoweit eine ausreichende Verbindung mit einem öffentlichen Weg. Das Gebäude ist jedoch in der Weise errichtet, dass die Zuwegung zu den jetzt der Klägerin gehörenden 19 Eigentumswohnungen, die in den Geschossen über dem – ebenso wie das Erdgeschoss gewerblich genutzten – ersten Obergeschoss liegen, nicht zur L-Straße oder zur Z-Gasse, sondern über das Nachbargrundstück F-Straße 21 verläuft, dessen Eigentümer nunmehr die Beklagten sind. Ein dinglich gesichertes Wegerecht besteht nicht.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Einräumung eines Notwegrechts für die jeweiligen Eigentümer der Eigentumswohnungen, hilfsweise gegen Zahlung einer jährlichen Notwegrente von 1.200 €. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision wollen die Beklagten die Abweisung der Klage erreichen.

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. Das Berufungsurteil unterliegt der Aufhebung, weil die Klage derzeit unzulässig ist.

Der Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts (§ 917 Abs. 1 BGB) steht dem Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks zu. Mehrere Miteigentümer können ihn – in Abweichung von § 1011 BGB – nur gemeinsam geltend machen; verlangt ein einzelner Miteigentümer die Gestattung der Benutzung des Nachbargrundstücks als Notweg, benötigt er die Ermächtigung der anderen Miteigentümer. Denn anderenfalls könnte ein einzelner Miteigentümer die Verpflichtung der anderen Miteigentümer zur Zahlung der gemeinsam geschuldeten Notwegrente begründen, die nach § 917 Abs. 2 Satz 1 BGB mit dem Notwegrecht entsteht und für die nach §§ 917 Abs. 2 Satz 2, 914 Abs. 3, 1107 BGB das gemeinsame Grundstück haftet. Eine solche Rechtsmacht räumt § 1011 BGB den einzelnen Miteigentümern nicht ein (*Erman/Lorenz*, BGB, 11. Aufl., § 917 Rdnr. 5; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 917 Rdnr. 8; *PWW/Lemke*, BGB, § 917 Rdnr. 4; *Soergel/J. F. Baur*, BGB, 13. Aufl., § 917 Rdnr. 7; *Staudinger/Roth*, BGB, [2002], § 917 Rdnr. 32; a. A. *MünchKommBGB/Säcker*, 4. Aufl., § 917 Rdnr. 16; offen gelassen BGH, WM 1976, 1061, 1062). Daran ändert sich nicht dadurch etwas, dass das zuwegungslose Grundstück nach dem WEG geteilt ist (vgl. *MünchKommBGB/K. Schmidt*, § 1011 Rdnr. 3; *RGRK-BGB/Augustin*, 12. Aufl., § 917 Rdnr. 7). Das Recht auf einen Notweg wird durch die Lage des Grundstücks und nicht durch das mit den Miteigentumsanteilen an dem Grundstück verbundene Sondereigentum an den Wohnungen oder den zu anderen Zwecken genutzten Räumen in dem aufstehenden Gebäude begründet. Danach ist die Klägerin ohne die Mitwirkung der Widerbeklagten nicht zur Führung des

vorliegenden Rechtsstreits befugt. Ihre Klage ist deshalb derzeit unzulässig (BGHZ 92, 351, 353).

2. Gleichwohl kann der Senat keine abschließende Entscheidung in der Sache treffen. Denn die fehlende Prozessführungsbefugnis der Klägerin ist bisher nicht gesehen worden. Der Klägerin ist deshalb Gelegenheit zu geben, unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts ihren Vortrag zu ergänzen. Das führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

III.

Für den Fall, dass das Berufungsgericht aufgrund der neuen Verhandlung zur Zulässigkeit der Klage gelangen sollte, weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Der bestehende Zugang des Grundstücks F-Straße 21a zur L-Straße und zur Z-Gasse schließt das von der Klägerin geltend gemachte Notwegrecht nicht von vornherein aus. Einem Grundstück fehlt der erforderliche Zugang nämlich auch dann, wenn nur ein Teil des Grundstücks keinen zur ordnungsgemäßen Nutzung hinreichenden Zugang hat (BGH, NJW 1954, 1321; RGZ 79, 116, 120 f.; *Reinicke*, MDR 1948, 358 f.) und dem Grundstückseigentümer nicht zugemutet werden kann, dem zugewegungslosen Teil seines Grundstücks über die übrigen, mit dem öffentlichen Weg verbundenen Teile des Grundstücks einen Zugang zu dem öffentlichen Weg zu verschaffen (BGH, a. a. O.).

a) Die Nutzung des Grundstücks F-Straße 21a durch das Wohn- und Geschäftszwecken dienende Gebäude ist ordnungsgemäß im Sinne von § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hieran ändert sich nicht dadurch etwas, dass die Bebauung des Grundstücks in der vorhandenen Weise wegen der fehlenden Absicherung des Zugangs zu den Eigentumswohnungen durch eine Dienstbarkeit oder durch eine Baulast nach dem öffentlichen Baurecht nicht hätte genehmigt werden dürfen. Die zur Errichtung des Gebäudes erforderliche Baugenehmigung ist nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin erteilt worden. Dieser Umstand kann nicht unberücksichtigt bleiben, sondern führt dazu, dass insoweit von der Ordnungsmäßigkeit der Nutzung des Grundstücks auszugehen ist (BVerwGE 50, 282, 289 f.). Insoweit wirkt das öffentliche Baurecht auf das Zivilrecht zurück (*Staudinger/Roth*, § 917 BGB Rdnr. 25).

b) Es fehlen jedoch ausreichende Feststellungen für die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin sei es nicht zumutbar, selbst für einen Zugang zu ihren Eigentumswohnungen auf dem Grundstück F-Straße 21a Sorge zu tragen.

Grundsätzlich muss der Grundstückseigentümer den Zugang von dem öffentlichen Weg zu abgeschnittenen Grundstücksteilen auf dem eigenen Grundstück schaffen. Dies gilt auch dann, wenn das für den Grundstückseigentümer umständlicher, weniger bequem oder kostspieliger ist als die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks (BGHZ 75, 315, 319; OLG Brandenburg, DtZ 1996, 389). Der Eigentümer muss deshalb grundsätzlich Umbaumaßnahmen vornehmen, um eine vorhandene Verbindung seines Grundstücks zu einem öffentlichen Weg nutzen zu können (vgl. RGZ 157, 305, 308; BGH, NJW 1964, 1321, 1322). Erst wenn die mit der Schaffung eines Zugangs auf dem eigenen Grundstück verbundenen Erschwernisse so groß sind, dass die Wirtschaftlichkeit der Grundstücksbenutzung aufgehoben oder in unzumutbarer Weise geschmälert wird, ist der Nachbar zur Duldung der Benutzung seines Grundstücks als Zugang verpflichtet. Die Grenze der Zumutbarkeit für den Grundstückseigentümer ist nicht durch einen Vergleich zwischen der Beeinträchtigung des auf Duldung eines Notwegs in Anspruch genommenen Nachbarn und den Kosten zu bestimmen, die durch die Schaf-

fung eines Zugangs auf dem eigenen Grundstück entstehen. Maßgeblich ist vielmehr das Verhältnis der für die Schaffung einer Zuwegung notwendigen Kosten zu der Wirtschaftlichkeit der Nutzung des Grundstücks (BGH, NJW 1964, 1321, 1322).

Diese Grundsätze gelten auch für die Zuwegung zu Eigentumswohnungen, die keinen Zugang zu einem öffentlichen Weg des für die Bebauung verwendeten Grundstücks haben. Die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum kann die Herstellung eines Zugangs auf dem eigenen Grundstück in einem solchen Fall schwieriger machen, wenn sie – wie hier – bauliche Veränderungen erfordert. Denn ein Miteigentümer kann von den anderen Miteigentümern nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG bauliche Veränderungen grundsätzlich nicht verlangen. Das gilt jedoch nicht für Maßnahmen, die zur erstmaligen ordnungsgemäßen Herstellung erforderlich sind (*Erman/Grziwotz*, BGB, 11. Aufl., § 22 WEG Rdnr. 4 m. w. N.). Dazu gehört grundsätzlich die Schaffung eines Zugangs zu einem öffentlichen Weg über das gemeinschaftliche Grundstück. Da es an einem solchen fehlt, kann die Klägerin von der Widerbeklagten die Mitwirkung an den dafür notwendigen Maßnahmen verlangen (§ 21 Abs. 4 WEG). Gegenüber ihrer Mitwirkungspflicht kann sich die Widerbeklagte nicht ohne weiteres auf fehlende oder entgegengesetzte Bestimmungen in der Teilungserklärung berufen. Denn Wohnungs- und Teileigentümer sind zur Mitwirkung an Änderungen der Teilungserklärung verpflichtet, wenn ihre Beibehaltung zu grob unbilligen, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führt (BGHZ 130, 304, 312; 156, 192, 196, 202 = DNotZ 2004, 366; BGHZ 160, 354, 358 = DNotZ 2005, 218). So verhält es sich, wenn Wohnungen durch die Gestaltung des Bauwerks und eine dieser entsprechenden Teilungserklärung von einem Zugang zu dem öffentlichen Weg über das eigene Grundstück abgeschnitten sind und es mit zumutbaren Mitteln möglich ist, unter Änderung der Teilungserklärung einen solchen Zugang zu schaffen. Der Hinweis der Klägerin auf die fehlende Bereitschaft der Widerbeklagten, an Umbaumaßnahmen mitzuwirken oder diese zu dulden, geht daher ins Leere. Die Klägerin ist gehalten, die Widerbeklagte auf Mitwirkung und Duldung der zur Schaffung eines Zugangs auf dem Grundstück F-Straße 21a notwendigen wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen in Anspruch zu nehmen, wozu auch die Herbeiführung einer Änderung der Teilungserklärung oder einer anderweitigen Gestattung gehört (vgl. BGH, ZMR 1975, 115, 116 = MittBayNot 1975, 95).

c) Dass der fehlende Zugang zu den Eigentumswohnungen der Klägerin auf der baulichen Gestaltung des Gebäudes beruht, schließt den Anspruch auf Begründung eines Notwegrechts entgegen der Meinung der Revision nicht notwendig aus.

Die Verpflichtung des Nachbarn, einen Notweg zu dulden, entfällt gemäß § 918 Abs. 1 BGB, wenn die Verbindung des Grundstücks durch eine willkürliche Handlung, auch eines früheren Eigentümers, aufgehoben wurde (BGH, ZMR 1975, 115, 116 = MittBayNot 1975, 95). Dasselbe gilt, wenn durch eine Maßnahme des Grundstückseigentümers ein Grundstücksteil keine Verbindung mit dem öffentlichen Weg mehr hat. Nicht jedes bewusste Handeln des Grundstückseigentümers, durch das die Verbindung eines Teils seines Grundstücks zu einem öffentlichen Weg aufgehoben wird, ist indessen willkürlich im Sinne von § 918 Abs. 1 BGB. Willkürlich im Sinne der Vorschrift ist vielmehr nur eine auf freier Entscheidung beruhende Maßnahme, die der ordnungsgemäßen Grundstücksbenutzung widerspricht und die gebotene Rücksichtnahme auf nachbarliche Interessen außer Acht lässt (AnwKommBGB/Ring, § 918 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Fritzsche*,

BGB, § 918 Rdnr. 4; *Erman/Lorenz*, § 918 Rdnr. 3; *Palandt/Bassenge*, § 918 Rdnr. 1; *PWW/Lemke*, § 918 Rdnr. 1; *Staudinger/Roth*, § 918 Rdnr. 2). Danach ist es in der Regel willkürlich, wenn der Eigentümer unter den verschiedenen Möglichkeiten der ordnungsgemäßen Nutzung seines Grundstücks eine Gestaltung wählt, die einen Notweg erfordert [BGH, MittBayNot 2007, 40 (in diesem Heft)], oder wenn er bei der Bebauung seines Grundstücks nicht darauf achtet, dass die Verbindung sämtlicher Teile des Grundstücks zu dem öffentlichen Weg erhalten bleibt (BGH, ZMR 1975, 115, 116 = MittBayNot 1975, 95). Dass ein Nachbar duldet, dass sein Grundstück als Zugang benutzt wird, ändert hieran nichts (*Staudinger/Roth*, § 918 Rdnr. 3).

So liegt es nach dem Vorbringen der Klägerin aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles indessen nicht. Zwar war es nicht notwendig, das Gebäude so zu errichten, dass die Eigentumswohnungen nur über das Grundstück der Beklagten einen Zugang zu dem öffentlichen Weg haben. Die Notwendigkeit dieses Zugangs hat sich auch nicht erst im Nachhinein durch eine wirtschaftliche Entwicklung ergeben, die das Grundstück F-Straße 21a genommen hat (vgl. RG, JW 1914, 529; 1925, 474). Die beiderseitigen Grundstücke sind jedoch gleichzeitig in aufeinander abgestimmter Weise bebaut worden. Zu diesem Zweck sind die Grenzen der Grundstücke verändert worden. Die Nutzung des ersten Obergeschosses in beiden Gebäuden greift bestimmungsgemäß über die Grundstücksgrenze hinweg. Die Beklagten verfügen über einen Zugang zu der unter dem gesamten Gebäudekomplex oder der unter dem Gebäude auf dem Grundstück F-Straße 21a und auf weiteren Grundstücken erstellten Tiefgarage. Die frühere Eigentümerin des Grundstücks der Beklagten war Miteigentümerin des Grundstücks F-Straße 21a. Verhält es sich so, bestand bei der Errichtung des Gebäudes Grund für die schützenswerte Erwartung, dass der Zugang zu den Eigentumswohnungen über das Grundstück der Beklagten auch ohne eine dingliche Sicherung dauerhaft möglich sein werde. Damit aber bedeutet der Abschluss der Wohnungen auf dem Grundstück F-Straße 21a von einem Zugang zur Z-Gasse oder zur L-Straße keine willkürliche Maßnahme.

4. WEG §§ 8 Abs. 2, 10 Abs. 2; BGB §§ 242, 309 Nr. 9 a; AGBG § 11 Nr. 12 a (*Zulässige Gebrauchsregelung für betreutes Wohnen*)

- a) **Es steht dem teilenden Eigentümer frei, in der Teilungserklärung eine Gebrauchsregelung vorzugeben, wonach Wohnungen nur im Sinne betreuten Wohnens genutzt werden dürfen.**
- b) **Eine in der Teilungserklärung enthaltene Verpflichtung der Wohnungseigentümer, einen Betreuungsvertrag mit einer zeitlichen Bindung von mehr als zwei Jahren abzuschließen, ist unwirksam.**

BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagten sind Eigentümer einer Wohnung in einer Anlage, die nach dem WEG aufgeteilt wurde und nach der Teilungserklärung dem betreuten Wohnen dient. Die Teilungserklärung enthält hierzu Regelungen, die die Nutzung der Wohnungen auf einen betreuungsbedürftigen Personenkreis einschränken und die Sondereigentümer verpflichten, mit der Klägerin jeweils einen Betreuungsvertrag über sog. Regelleistungen abzuschließen. Unter Bezugnahme auf die zuletzt genannte Bestimmung schlossen die Parteien Ende 1997 einen solchen Vertrag. In dem von der Klägerin gestellten Formularvertrag

heißt es unter § 5 (Dauer dieses Vertrages): „Tritt dauernde schwere Pflegebedürftigkeit ein, ... so ist der Bewohner/Mieter zum Umzug in ein Pflegeheim verpflichtet.“

Der Beklagte zu 1 erklärte die Kündigung des Vertrags. Die Klägerin hat die Kündigung mit der Begründung zurückgewiesen, der Betreuungsvertrag sei nicht ordentlich kündbar; die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung lägen nicht vor.

Die Klägerin verlangt Vergütung für die Zeit von Mai 2000 bis Ende Dezember 2001 in Höhe von insgesamt 2.556,46 € nebst Zinsen. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Vergütungsansprüche für die Zeit ab Mai 2000 stehen der Klägerin nicht zu, weil die Beklagten den Betreuungsvertrag wirksam nach §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 3 BGB gekündigt haben.

1. Die Berechtigung zur ordentlichen Kündigung beruht auf § 620 Abs. 2 BGB.

a) Für die Beendigung des Vertragsverhältnisses ist das Recht des Dienstvertrags maßgeblich. Zwar sind die durch den Betreuungsvertrag begründeten Vertragspflichten der Klägerin nicht ausschließlich dienstvertraglicher Natur (§ 611 BGB). Vielmehr liegt ein gemischter Vertrag vor, der auch werk- und mietvertragsrechtliche Elemente enthält. Die Anwendung von § 620 Abs. 2 BGB folgt jedoch daraus, dass gemischte Verträge dem Recht des Vertragstyps zu unterstellen sind, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts liegt (etwa BGH, NJW 1981, 341, 342; NJW 2005, 2008, 2010). Diesen Schwerpunkt hat das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision unbeanstandet im Dienstvertragsrecht gesehen.

b) Ein Dienstvertrag ist ordentlich kündbar, wenn seine Dauer weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist (§ 620 Abs. 2 BGB) und die Vertragsparteien das Recht auf ordentliche Kündigung nicht wirksam abbedungen haben. So liegt es hier.

aa) Eine kalendermäßig bestimmte Vertragsdauer haben die Parteien nicht vereinbart. Ob die Auslegung des Formularvertrags mit Blick auf die Bezugnahme der in der Teilungserklärung festgeschriebenen Verpflichtung der Wohnungseigentümer, zur Realisierung eines betreuten Wohnens einen Betreuungsvertrag mit der Klägerin abzuschließen, die Abrede einer unter § 620 Abs. 2 BGB fallenden Zweckbefristung oder Zweckbedingung mit der Folge ergibt, dass die Dauer des Betreuungsvertrags – abgesehen von dem in § 5 geregelten Eintritt dauernder Pflegebedürftigkeit – an die Stellung der Beklagten als Wohnungseigentümer geknüpft ist, kann offenbleiben. Denn selbst wenn man diese Frage bejahen wollte, hielte eine solche Bestimmung der Vertragsdauer nicht einer AGB-Kontrolle nach § 11 Nr. 12 a AGBG, der zum 1.1.2002 durch den inhaltsgleichen § 309 Nr. 9 a BGB abgelöst wurde, stand. Eine wirksame – zum Ausschluss des Rechts auf ordentliche Kündigung führende – Bestimmung der Vertragsdauer durch den Zweck der Dienste läge dann nicht vor.

(1) Der dagegen von der Revision erhobene Einwand, es fehle an einer der AGB-Kontrolle unterliegenden Vertragsklausel, weil sich der Ausschluss der ordentlichen Kündi-

gungsmöglichkeit allein aus dem Zweck der Dienste ergebe, greift nicht durch. Soll das Ende eines Dienstvertrags an eine Zweckbefristung oder Zweckbedingung geknüpft, also von dem sicheren oder unsicheren Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht werden, so bedarf auch eine solche Bestimmung der Vertragsdauer einer Einigung der Vertragsparteien (*Palandt/Weidenkaff*, BGB, 65. Aufl., § 620 Rdnr. 8; vgl. auch BAG, NJW 2006, 1084, 1086; *AnwK-BGB/Franzen*, § 620 Rdnr. 6). Das führt bei formularmäßiger Regelung zur Inhaltskontrolle nach den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften (vgl. *Staudinger/Preis*, BGB [2002], § 620 Rdnr. 8), da die Regelung über eine unmittelbare Festlegung der Hauptleistungen des Vertrages (§ 307 Abs. 3 BGB, § 8 AGBG) hinausgeht.

(2) Nach § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 a AGBG) kann der Dienstberechtigte höchstens für einen Zeitraum von zwei Jahren vertraglich gebunden werden. Unzulässig sind damit zunächst die von dem Wortlaut der Norm ausdrücklich erfassten kalendarischen Befristungen für mehr als zwei Jahre. Darüber hinaus erfasst die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck aber auch Verträge, deren Beendigung von einem bestimmten Ereignis abhängt, sofern die Parteien nicht den Eintritt dieses Ereignisses innerhalb von zwei Jahren als sicher vorausgesetzt haben (ähnlich BGH, NJW 1958, 2062, 2063 zu § 566 BGB a. F.). Für eine solche Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluss ist vorliegend nichts ersichtlich. Aber selbst bei Vorliegen einer derartigen Vorstellung führte das gesetzgeberische Anliegen, eine durch allgemeine Geschäftsbedingungen begründete vertragliche Bindung des Dienstberechtigten über zwei Jahre hinaus zu unterbinden, dazu, dass es dem Verwender nach Treu und Glauben versagt wäre, einer – wie hier – erst nach Ablauf von zwei Jahren erklärten ordentlichen Kündigung entgegen zu halten, das für die Zweckbefristung oder Zweckbedingung maßgebliche Ereignis sei entgegen den Erwartungen der Parteien nun doch nicht eingetreten (§ 242 BGB).

(3) Soweit das Berufungsgericht meint, bei Vorliegen eines aner kennenswerten Interesses könne eine mehr als zweijährige Vertragsbindung nach § 242 BGB hinzunehmen sein, und sich für diesen rechtlichen Ausgangspunkt auf das Urteil des BGH vom 10.2.1993 (NJW 1993, 1133, 1134) bezieht, wird nicht bedacht, dass die zitierte Entscheidung zur Abwägung nach § 9 AGBG (nunmehr § 307 BGB) ergangen ist. Bei § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 a AGBG) handelt es sich dagegen um ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, so dass die Billigung einer über zwei Jahre hinausreichenden Vertragsbindung schon bei Vorliegen eines aner kennenswerten Interesses auf eine den Gerichten versagte Gesetzeskorrektur hinausliefe.

bb) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Formularvertrag kein Ausschluss des Rechts auf ordentliche Kündigung zu entnehmen. Ob hiergegen revisionsrechtlich etwas einzuwenden ist, kann dahin gestellt bleiben, weil nach den obigen Ausführungen auch eine solche Klausel nach § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 a AGBG) keinen Bestand haben könnte.

cc) Auch ist die Befugnis zur ordentlichen Kündigung nicht nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt ausgeschlossen, dass die ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses regelmäßig treuwidrig ist, wenn der Gekündigte bei Beendigung des Vertrags einen Anspruch auf dessen Neuabschluss hätte (BGH, VersR 1982, 259, 260; BAG, NJW 1987, 1100, 1101; OLG Brandenburg, NJW 2001, 450, 451). § 242 BGB greift unter diesem Blickwinkel schon deshalb nicht ein, weil ein Kontrahierungszwang der Wohnungseigen-

tümer zum Abschluss eines Betreuungsvertrags mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren nicht besteht.

Allerdings lässt das Wohnungseigentumsrecht den Wohnungseigentümern weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen (BGHZ 37, 203, 207; BGH, NJW 1994, 2950, 2951 = MittBayNot 1994, 219). Daher steht es auch dem teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i. V. m. § 15 Abs. 1, § 10 Abs. 2 WEG frei, in der Teilungserklärung eine Gebrauchsregelung vorzugeben, wonach Wohnungen nur im Sinne betreuten Wohnens genutzt werden dürfen und demgemäß die Wohnungsnutzer ein bestimmtes Mindestalter erreicht haben oder betreuungsbedürftig sein müssen. Auch sind keine grundsätzlichen Einwände dagegen zu erheben, wenn zur Umsetzung der Gebrauchsregelung mit Bindungswirkung nach § 10 Abs. 2 WEG eine Verpflichtung sämtlicher Wohnungseigentümer festgeschrieben wird, einen Betreuungsvertrag abzuschließen (vgl. *Forst*, RNotZ 2003, 292, 295 f.; ähnlich *Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., § 10 Rdnr. 38 zur Verpflichtung, dem Abschluss eines bestimmten Verwaltervertrages zuzustimmen), um auf diese Weise die Grundlage für eine möglichst kostengünstige Betreuung zu schaffen. Auf durchgreifende Bedenken stößt ein solcher Kontrahierungszwang indessen jedenfalls dann, wenn die Wohnungseigentümer zum Abschluss von Verträgen mit einer Bindung von mehr als zwei Jahren verpflichtet werden sollen und weder den einzelnen Wohnungseigentümern noch der Wohnungseigentümergeinschaft wirkliche Spielräume für die Ausgestaltung der Verträge verbleiben. Dabei kann offenbleiben, ob von dem teilenden Eigentümer einseitig gesetzte Bestimmungen in der Teilungserklärung der Inhaltskontrolle nach den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB (§§ 9 ff. AGBG) in entsprechender Anwendung unterliegen oder ob sich diese Kontrolle unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszurichten hat (vgl. dazu BGHZ 151, 164, 173 f. = DNotZ 2002, 945 m. w. N auch zum Streitstand). Beide Standpunkte führen vorliegend zu demselben Ergebnis.

(1) Dass die entsprechende Anwendung von § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 a AGBG) die Unwirksamkeit des hier in Rede stehenden Kontrahierungszwangs zur Folge hat, bedarf nach den obigen Ausführungen zur unmittelbaren Anwendung der Vorschrift keiner weiteren Ausführungen.

(2) Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Kontrahierungszwang an den Vorgaben von Treu und Glauben misst, weil eine von dem teilenden Eigentümer einseitig gesetzte Verpflichtung zur Eingehung von Betreuungsverträgen mit mehr als zweijähriger Bindung die Wohnungseigentümer in unangemessener Weise benachteiligt. Dabei ist das Anliegen durchaus anzuerkennen, durch eine Verpflichtung sämtlicher Wohnungseigentümer eine möglichst kostengünstige Betreuung zu ermöglichen. Indessen ist zu berücksichtigen, dass selbst das Interesse der Wohnungseigentümer an einer kontinuierlichen Verwaltung keine dauerhafte Bindung an einen bestimmten Verwalter zulässt (§ 26 Abs. 1 Satz 2 WEG). Im Rahmen betreuten Wohnens kann nichts anderes gelten. Die Vorgabe einer dauerhaften Bindung an ein bestimmtes Betreuungsunternehmen ohne die Möglichkeit, Einzelheiten auszuhandeln, würde in nicht hinnehmbarer Weise die rechtliche Stellung der Wohnungseigentümer und ihre Entscheidungsfreiheit beschneiden. Dazu käme es jedoch, wenn der teilende Baulastträger die Wohnungseigentümer über die Teilungserklärung unbefristet, unwiderruflich oder über Jahrzehnte hinweg an ein bestimmtes Unternehmen binden könnte. Gerade im Bereich des betreuten Wohnens besteht jedoch

nicht zuletzt wegen des personalen Bezugs von Betreuungsleistungen ein gesteigertes Bedürfnis, sich von Unternehmen trennen zu können, die den Erwartungen nicht entsprochen haben. Dem hat der teilende Wohnungseigentümer bei der Ausgestaltung eines Kontrahierungszwangs Rechnung zu tragen. Da das Gesetz für den Bereich des betreuten Wohnens keine Sonderregelung enthält, liegt es im Hinblick auf die einseitige Gestaltung des Kontrahierungszwangs und den personalen Bezug, den Betreuungsleistungen – anders als die von einem Verwalter zu erbringenden Dienstleistungen – aufweisen, nahe, das zulässige zeitliche Höchstmaß nicht an der für die Verwaltertätigkeit geltenden Höchstfrist von fünf Jahren auszurichten, sondern in Anlehnung an die allgemeine Vorschrift des § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 lit. a AGBG) mit zwei Jahren zu bestimmen. Ob im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB eine großzügigere Beurteilung angezeigt sein kann, wenn das Interesse der Wohnungseigentümer zwingend eine höhere Mindestlaufzeit erfordert, weil bestimmte Betreuungsleistungen – etwa wegen eines herausgehobenen Investitionsaufwands – anders nicht zu erlangen sind, kann offenbleiben, weil eine solche Fallgestaltung hier nicht vorliegt.

5. InsO §§ 91, 106 Abs. 1; BGB § 1179 a Abs. 1 Satz 3, § 1192 Abs. 1 (*Keine Insolvenzfähigkeit des gesetzlichen Lösungsanspruchs vor Zusammenfallen von Grundstückeigentum und vorrangiger Sicherungsgrundschuld*)

- a) **Die allgemein für die Vormerkungsfähigkeit künftiger Ansprüche erforderlichen Voraussetzungen gelten auch für den gesetzlichen Vormerkungsschutz des nachrangigen Grundschuldgläubigers.**
- b) **Der gesetzliche Lösungsanspruch des nachrangigen Grundschuldgläubigers ist nicht insolvenzfest, wenn die vorrangige Sicherungsgrundschuld zwar zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr valutiert ist, das Eigentum an dem Grundstück und die Grundschuld jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht zusammengefallen sind.**

BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 11/05

Der Beklagte ist Verwalter in dem am 20.2.2002 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des Horst D. (fortan: Schuldner). Die klagende Bank hat einer Erlöszuteilung an den Beklagten in der Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks des Schuldners widersprochen. Es war in Abteilung III Nr. 18 des Grundbuchs für die D. Bank AG (fortan: D. Bank) mit einer Briefgrundschuld über 50.000 DM und in Abteilung III Nr. 19 mit einer Buchgrundschuld über 100.000 DM ebenfalls für die D. Bank belastet. Im Jahre 1989 trat die D. Bank das Recht aus Abteilung III Nr. 19 an die Klägerin ab. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens valutierte die Grundschuld Nr. 18 nicht mehr. Am 5.7.2002 erklärte die D. Bank unter gleichzeitiger Übergabe des Grundschuldbriefes die Abtretung der Grundschuld Nr. 18 an den Schuldner. Durch Beschluss des Vollstreckungsgerichts vom 2.9.2003 wurde das am 8.7.2002 beschlagnahmte Grundstück auf ein Bargebot von 285.000 € zugeschlagen. Keines der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Rechte blieb bestehen.

Die Klägerin meldete auf die in Abteilung III Nr. 19 eingetragene Grundschuld einschließlich Zinsen und Kosten einen Betrag von 95.149,71 € an. Ferner meldete sie ihren „gesetzlichen Lösungsanspruch bezüglich vor- und gleichrangiger Grundpfandrechte und die Ansprüche aus eingetragenen Lösungsansprüchen“ an. Der Beklagte machte für die Insolvenzmasse unter Bezugnahme auf die Abtretungserklärung der D. Bank die Ansprüche aus dem in Abteilung III Nr. 18 eingetragenen Recht über umgerechnet 25.564,59 €

geltend. Auf der Grundlage dieser Anmeldungen stellte das Vollstreckungsgericht einen Teilungsplan auf. Darin wurde dem Beklagten als Insolvenzverwalter auf die Briefgrundschuld der angemeldete Betrag zugeteilt. Auf die Buchgrundschuld der Klägerin entfielen noch 10.898,65 €; im Übrigen fiel die Klägerin in der Verteilung aus. Unter Berufung auf gesetzliche Lösungsansprüche verlangt sie die Zuteilung des auf den Beklagten entfallenen Betrages.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage. (...)

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte an dem Erlös gegenüber der Klägerin die besseren Rechte. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), und die Klage ist abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

1. Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung davon aus, dass der subjektiv-dingliche Lösungsanspruch als Ausfluss einer Ranganwartschaft zum Inhalt des begünstigten Grundpfandrechts gehört und durchgesetzt werden kann, sobald das Eigentum am Grundstück und ein vor- oder gleichrangiges Grundpfandrecht in einer Person zusammenfallen.

a) Dies träfe auf die in Abt. III Nr. 18 eingetragene Grundschuld und das Eigentum an dem Betriebsgrundstück allenfalls dann zu, wenn die Abtretungserklärung der D. Bank vom 5.7.2002 von dem beklagten Insolvenzverwalter, auf den das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners nach § 80 Abs. 1 InsO übergegangen war, vor Erteilung des Zuschlags am 2.9.2003 wirksam angenommen worden ist. Die Ranganwartschaft durch Aufrückung und der Lösungsanspruch sind nach § 1192 Abs. 1, § 1179 a Abs. 1 Satz 3 BGB so gesichert, als wäre gleichzeitig mit der begünstigten Grundschuld eine Lösungsvormerkung für den Grundschuldgläubiger in das Grundbuch eingetragen worden. Bleibt in der Zwangsversteigerung das begünstigte Recht – wie hier – nicht bestehen, so erlischt damit auch die in ihm liegende Ranganwartschaft. Nur wenn die Rechtsbedingung für den Lösungsanspruch zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten ist, kann der Gläubiger nach § 91 Abs. 4 ZVG, § 883 Abs. 2 Satz 1, § 888 Abs. 1 BGB sein Recht im Rahmen der Erlösverteilung weiterverfolgen, soweit er aus dem Grundstück nicht befriedigt wird (BGHZ 99, 363, 366 f.; 108, 237, 244 f.; 160, 168, 170 f.).

b) Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht als gegeben angesehen, weil die D. Bank die Grundschuld Nr. 18 am 5.7.2002 an den Beklagten abgetreten habe. Nach den vom LG getroffenen und von dem Berufungsgericht als bindend angesehenen Feststellungen (vgl. § 529 Abs. 1 ZPO) sei die Grundschuld an diesem Tage unter gleichzeitiger Übergabe des Grundschuldbriefes an den damaligen Grundstückseigentümer abgetreten worden. Deshalb sei es „weit vor Erteilung des Zuschlages“ zu einer Vereinigung von Grundstückseigentum und Grundpfandrecht gekommen.

2. Ob die Annahme des Angebots auf Abschluss eines Abtretungsvertrages (vgl. § 398 Satz 1 BGB) verfahrensfehlerhaft festgestellt worden ist, wie die Revision meint, mag dahinstehen. Der Senat kann unterstellen, dass der Abtretungsvertrag vor Erteilung des Zuschlags zustande gekommen ist. Denn die Klägerin hat den im Verteilungsverfahren angemel-

deten gesetzlichen Lösungsanspruch aus § 1179 a BGB selbst dann nicht insolvenzfest erworben, wenn das Eigentum an dem Grundstück und die Grundschuld Nr. 18 vor Erteilung des Zuschlages am 2.9.2003 zusammengefallen sind. Dies kann der Senat selbst entscheiden, weil der Sachverhalt insoweit hinreichend geklärt ist.

a) Lag einer im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung ein in notariell beurkundeter Form abgegebenes unwiderrufliches Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages über ein Grundstück zugrunde, welches der Käufer erst nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen eines der Miteigentümer angenommen hat, so ist ein solcher künftiger, durch eine vor Verfahrenseröffnung eingetragene Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch insolvenzfest (BGH, DNotZ 2005, 275).

aa) Dieser Rechtsprechung liegt die Wertung zugrunde, dass der vom Gesetz zugelassene Vormerkungsschutz für künftige Ansprüche (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB) sinnentleert wäre, wollte man ihn erst von dem Zeitpunkt an eintreten lassen, in dem die gesicherten Ansprüche entstehen (BGH, a. a. O.). Die Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs schaffe keine nur künftige Sicherung, der § 15 KO (§ 91 InsO) einen Riegel vorschiebe; es handele sich vielmehr um die gegenwärtige Sicherung eines künftigen Anspruchs, auch wenn dieser erst nach seiner Entstehung geltend gemacht werden könne (BGH, a. a. O.). Der BGH hat die Insolvenzfestigkeit des vormerkungsgesicherten künftigen Anspruchs indes nicht generell anerkannt, sondern davon abhängig gemacht, dass der Anspruch nicht nur möglich, sondern der für dessen Vormerkungsfähigkeit zwingend erforderliche sichere Rechtsboden bereits gelegt ist. Nur in diesem Fall kann die für die Insolvenzfestigkeit notwendige Seriosität des künftigen Anspruchs gegeben sein (vgl. BGH, a. a. O.; ferner BGHZ 12, 115, 117 f.; 134, 182, 185; MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl., § 883 Rdnr. 24; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 173–176; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 24 Rdnr. 18; *Uhlenbruck/Berscheid*, InsO, 12. Aufl., § 106 Rdnr. 7; *Preuß*, AcP 201 [2001], 580, 591 f.; *dies.*, DNotZ 2002, 283, 286; gegen Insolvenzfestigkeit *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 91 Rdnr. 38).

bb) Eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage, die zu einer Vormerkungsfähigkeit des künftigen Anspruchs führt, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere dann angenommen worden, wenn die Entstehung des Anspruchs nur noch von dem Willen des künftigen Berechtigten abhängt (vgl. RGZ 151, 75, 77; BGHZ 12, 115, 118; 149, 1, 9). Unterschiedliche Auffassungen bestehen hinsichtlich der Frage, ob weitere Fallgruppen anzuerkennen sind (vgl. BGHZ 134, 182, 184 f.; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 175 f.; *Preuß*, AcP 201 [2001], 580, 588 ff.). Jedenfalls ist die Vormerkungsfähigkeit eines künftigen Anspruchs zu verneinen, wenn seine Entstehung ausschließlich vom Willen des Schuldners oder davon abhängt, dass dieser ein Rechtsgeschäft überhaupt erst vornimmt (BGHZ 134, 182, 184 f.; 184 f.; 149, 1, 3). Ebenso wie es nicht Sinn der Vormerkung sein kann, einen künftigen Gläubiger in der Einzelzwangsvollstreckung gegen Zwangsmaßnahmen Dritter zu schützen, solange er nicht einmal gegen die Willensentscheidung des Schuldners geschützt ist (vgl. BGHZ 134, 182, 185; MünchKommBGB/Wacke, § 883 Rdnr. 24), zielt § 106 InsO im Insolvenzfall nicht darauf ab, den mehr oder weniger aussichtsreichen tatsächlichen Erwerbsmöglichkeiten des künftigen Gläubigers Insolvenzfestigkeit zu verschaffen. In der Insolvenz des Schuldners soll diese Vorschrift – ähnlich wie § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO für den Fall der Aufrechnung – nur den

Gläubiger schützen, dessen Anspruch in seinem rechtlichen Kern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder vertraglicher Vereinbarungen bereits gesichert ist (vgl. BGHZ 160, 1, 4).

b) Diese Grundsätze sind auf den gesetzlichen Lösungsanspruch des nachrangigen Grundschuldgläubigers zu übertragen, der nach §§ 1179 a Abs. 1 Satz 3, 1192 Abs. 1 BGB in gleicher Weise gesichert ist, als wenn zu seiner Sicherung gleichzeitig mit der begünstigten Grundschuld eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen worden wäre.

aa) Aus dem Umstand, dass eine an sich nach § 883 Abs. 1 BGB erforderliche Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch entbehrlich ist, kann entgegen der Auffassung der Revisionserwidrer nicht geschlossen werden, der Begünstigte solle, ohne dass die Voraussetzungen der §§ 883, 885 BGB zu prüfen seien, im Insolvenzfall so gestellt werden, als sei mit der Entstehung des Grundpfandrechts eine Vormerkung für den Lösungsanspruch eingetragen worden. Die Vorschrift des § 106 Abs. 1 InsO gibt keinen Anhalt dafür, dass künftige Ansprüche insolvenzrechtlichen Schutz schon deshalb genießen sollen, weil sie in den gegenständlichen Anwendungsbereich des § 1179 a BGB fallen. Jedenfalls insoweit ist § 1179 a Abs. 1 Satz 3 BGB Rechtsgrund- und nicht Rechtsfolgenverweisung.

bb) Der gesetzliche Lösungsanspruch der Klägerin als der begünstigten – nachrangigen – Gläubigerin gehört im Streitfall nicht zu den nach § 106 InsO geschützten Ansprüchen.

(1) Der Inhaber eines nachrangigen Grundpfandrechts hat keinen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer, sich so zu verhalten, dass der Vereinigungsfall eintritt (BGHZ 108, 237, 244 f.; 160, 168, 172; vgl. auch *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2002, § 1179 a Rdnr. 19, 40, 64). Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Schuldner den gegen den vorrangig gesicherten Gläubiger gerichteten Rückgewähranspruch grundsätzlich auch an einen Dritten abtreten. Der nachrangige Gläubiger ist insoweit nicht gesichert. Dieser kann auch nicht widersprechen, wenn der vorrangige Gläubiger die Grundschuld vor ihrer Rückabtretung für weitere Kredite nutzt. Wenn aber der Inhaber des nachrangigen Grundpfandrechts seine Erwerbsaussicht nicht einmal gegen die Willensentscheidungen des Schuldners oder des vorrangigen Gläubigers durchsetzen kann, ist er auch nicht gegenüber den übrigen Gläubigern zu bevorzugen (vgl. *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 173; *Preuß*, AcP 201 [2001], 580, 591 f.).

Dies verdeutlicht auch der Vergleich mit dem dinglichen Vorkaufsrecht, dem ebenfalls die Wirkung einer Vormerkung zukommt, welches aber grundsätzlich nicht gemäß § 106 InsO geschützt ist, wenn der Vorkaufsfall bei Verfahrenseröffnung noch nicht eingetreten ist (vgl. *Braun/Kroth*, InsO, 2. Aufl., § 106 Rdnr. 12; *Kübler/Prütting/Tintelnot*, § 106 Rdnr. 7; *FrankKommInsO/Wegener*, 4. Aufl., § 106 Rdnr. 8). Die ausdrückliche Regelung des § 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB wäre überflüssig, wenn § 24 KO (§ 106 InsO) auf das mittels gesetzlicher Vormerkungswirkung versehene dingliche Vorkaufsrecht anwendbar wäre.

(2) Allerdings hat der Schuldner die ihm zustehenden Ansprüche auf Rückgewähr vorrangiger oder gleichrangiger Grundpfandrechte am 29.9.1998 an die Klägerin abgetreten. Ob die Abtretung wirksam war oder – worauf das Schreiben der D. Bank vom 10.11.1995 an die Klägerin hindeuten könnte – nicht, weil die Abtretung vertraglich ausgeschlossen war (vgl. § 399 BGB), kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die Abtretung im Verfahren der Widerspruchsklage (§ 878 ZPO) noch Berücksichtigung finden kann, wenn die Klägerin – wie hier – in dem Verteilungsverfahren keine

Rechte aus der Abtretung des Rückgewähranspruchs geltend gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in Verfahren der Widerspruchsklage grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zur Zeit der Feststellung des Teilungsplans zugrunde zu legen (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1974, V ZR 68/72, WM 1974, 371, 372; siehe ferner BGHZ 113, 169, 174 ff.; Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 878 Rdnr. 14; a. A. MünchKommZPO/Eickmann, 2. Aufl., § 878 Rdnr. 26). Unentschieden bleiben kann schließlich, ob es diese Rechtsprechung – wie der Beklagte in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht hat – ausschließt, die Seriosität des künftigen Lösungsanspruchs erst im Klageverfahren mit der Abtretung des schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs zu begründen.

Selbst eine wirksame Abtretung der Ansprüche des Schuldners auf Rückübertragung vor- oder gleichrangiger Grundschulden kann nicht verhindern, dass der Schuldner vor der Durchsetzung des Rückgewähranspruchs erneut Darlehen aufnimmt oder der vorrangige Gläubiger die Grundschuld mit Zustimmung des Schuldners zur Absicherung anderer Ansprüche nutzt. Denn die Vorschrift des § 1179 a BGB soll nicht verhindern, dass einer ganz oder teilweise nicht valuierten Fremddrugschuld andere Forderungen unterlegt werden, der Eigentümer also den durch den Rang des Grundpfandrechts mitbestimmten Sicherungsrahmen voll ausschöpft (BGHZ 108, 237, 244). Dies muss der Zessionar des Rückgewähranspruchs hinnehmen. Deshalb ist auch die Abtretung nicht geeignet, dem künftigen gesetzlichen Lösungsanspruch die erforderliche Insolvenzbeständigkeit zu verleihen.

Hinweis der Schrifteleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von Amann, MittBayNot 2007, 13 (in diesem Heft).

6. BGB §§ 874, 1092 Abs. 1; ZPO § 857 Abs. 3; InsO §§ 36 Abs. 1, 81 Abs. 1 (*Pfändbarkeit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bei aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Ausübungsgestattung*)

- a) **Auch eine nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Ausübungsgestattung führt zur Pfändbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; die Eintragung ist nur bedeutsam für die Frage, ob sich ein Grundstückserwerber die Befugnis zur Übertragung der Ausübung entgegenhalten lassen muss.**
- b) **Für die Bindung des Erwerbers genügt eine allgemeine Bezugnahme des Grundbucheintrags auf die eine Gestattung enthaltende Eintragungsbewilligung.**

BGH, Urteil vom 29.9.2006, V ZR 25/06

Der klagende Insolvenzverwalter nimmt die Beklagte auf Grundbuchberichtigung in Anspruch. Im Jahr 1997 waren zugunsten der Schuldnerin fünf Grundstücke mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet worden. Die Grundbucheintragen lauten:

„Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Betreiben und Unterhalten einer Windkraftanlage) für Ö.; gemäß Bewilligung vom ...; eingetragen am ...“

In den Bewilligungen heißt es jeweils, die Schuldnerin dürfe „die Ausübung der Dienstbarkeit auf ihre Rechtsnachfolger, die in die Rechte und Pflichten des zwischen den Grundstückseigentümern und der Berechtigten geschlossenen Nutzungsvertrages ... eintreten, übertragen sowie an Dritte weiterveräußern“. Am 4.6.2002 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit notarieller Ur-

kunde vom 11.6.2002 beantragte und bewilligte die Schuldnerin die Löschung der Dienstbarkeiten. Für sie handelte ihr damaliger Geschäftsführer, der in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer auch der Beklagten für diese bereits mit notarieller Urkunde vom 24.5.2002 die Eintragung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten („Bau-, Betriebs-, Unterhaltungs- und Veränderungsrecht einer Anlage; Bauvorhaben: Windkraftanlage“) beantragt hatte, die von den Eigentümern der Grundstücke bewilligt worden waren. Beiden Anträgen entsprach das Grundbuchamt am 17.7.2002. Nachdem der Kläger gegen die Löschung der zugunsten der Schuldnerin eingetragenen Dienstbarkeiten remonstriert hatte, trug das Grundbuchamt die gelöschten Rechte wieder ein, allerdings im Rang nach den Dienstbarkeiten der Beklagten. Die Beklagte verweigert die Abgabe der von dem Kläger geforderten – auf Rangrücktritt gerichteten – Bewilligungserklärungen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen von dem Kläger eingelegte Berufung ist erfolgreich gewesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend von einem Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB ausgegangen; eine Prozessstandschaft auf Beklagtenseite zur Geltendmachung fremder Gegenforderungen hat es jedoch zu Unrecht verneint.

1. Die Voraussetzungen des § 894 BGB sind erfüllt. Entgegen der Grundbuchlage kommt den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten der Schuldnerin der Vorrang vor denjenigen der Beklagten zu. Die von der Schuldnerin nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgegebenen Löschungsbewilligungen und die darin bei verständiger Würdigung jeweils auch enthaltenen Aufgabenerklärungen im Sinne von § 875 Satz 1 BGB waren nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO unwirksam, weil die Dienstbarkeiten zur Insolvenzmasse gehören (§ 35 InsO). Bei dieser Sachlage konnten zugunsten der Beklagten nur beschränkte persönliche Dienstbarkeiten begründet werden, die denjenigen der Schuldnerin im Range nachstehen.

a) Allerdings sind beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nach § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht übertragbar und deshalb mangels Pfändbarkeit (§ 857 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich nicht Gegenstand der Insolvenzmasse (§ 36 Abs. 1 Satz 1 InsO). Etwas anderes gilt nach § 857 Abs. 3 ZPO jedoch dann, wenn die Ausübung des Rechts – wie hier – einem anderen überlassen werden kann. Eine zur Pfändbarkeit führende Ausübungsgestattung nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt vor. Nach dem Inhalt der durch die Grundbucheintragen in Bezug genommenen Bewilligungen war es der Schuldnerin gestattet, die Ausübung der Dienstbarkeiten auf Dritte zu übertragen. Diese Gestattungen sind wirksam.

aa) Soweit nach Eintragung der zugunsten der Schuldnerin bestellten Dienstbarkeiten die Eigentümer der Grundstücke identisch geblieben sind, stellt sich die von dem Berufungsgericht verneinte Frage, ob sich die Ausübungsgestattung unmittelbar aus dem Grundbuch ergeben muss oder ob es genügt, dass diese in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung enthalten ist, nicht. Der Senat hat bereits entschieden, dass auch eine nicht im Grundbuch eingetragene Gestattung zur Pfändbarkeit führt und die Eintragung nur insoweit bedeutsam ist, ob sich ein Grundstückserwerber die Befugnis zur Übertragung der Ausübung entgegenhalten lassen muss (BGH, NJW 1962, 1392, 1393; NJW 1963, 2319; RGZ 159,

193, 204; OLG Karlsruhe, BB 1989, 942, 943; *Bauer/v. Oefele/Kohler*, GBO, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 29; MünchKommInsO/*Lwowski*, 2001, § 35 Rdnr. 455; vgl. auch *Meikel/Bestelmeyer/Morvilius*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Einl. C Rdnr. 256 b; a. A. KG, NJW 1968, 1882, 1883; *Hintzen*, JurBüro 1991, 755, 757; *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 1092 Rdnr. 2; RGRK-BGB/*Rothe*, 12. Aufl., § 1092 Rdnr. 5; *Wieczorek/Schütze/Lüke*, ZPO, 3. Aufl., § 857 Rdnr. 76; *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 857 Rdnr. 12). Daran hält der Senat fest. Durch die Gestattung wird zum Ausdruck gebracht, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die aus dem dinglichen Recht folgenden Befugnisse nicht höchstpersönlich ausüben muss. Dann aber werden keine schutzwürdigen Belange berührt, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung – etwa aufgrund einer nach § 857 Abs. 4 ZPO angeordneten Zwangsverwaltung (vgl. BGHZ 62, 133, 137) – einem Dritten gegen Entgelt überlassen wird, um den Vollstreckungsgläubiger aus dem Erlös zu befriedigen. Dass es für die fehlende Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange keine Rolle spielt, in welcher Form die Übertragung der Ausübung gestattet wird, liegt auf der Hand.

Kommt es für die Pfändbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 857 Abs. 3 ZPO nicht auf die Form der Gestattung an, so führt dies – in Übereinstimmung mit dem eindeutigen Wortlaut der Norm – in allen Fällen zur Pfändbarkeit des dinglichen Rechts selbst (BGH, NJW 1962, 1392, 1393; vgl. auch KG, NJW 1968, 1882 f.; *Musielak/Becker*, ZPO, 4. Aufl., § 857 Rdnr. 14; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1264; ebenso für den Nießbrauch BGHZ 62, 133, 136 f.; OLG Bremen, NJW 1969, 2147 f.; a. A. *Staudinger/Mayer*, BGB, 2002, § 1092 Rdnr. 11) und nicht, wie die Revision meint, bei Fehlen einer unmittelbar aus dem Grundbuch ersichtlichen Gestattung nur zur Pfändbarkeit einer „rein schuldrechtlichen Befugnis“, die Ausübung der Dienstbarkeit einem Dritten zu überlassen. Dass die Vorschrift des § 1059 b BGB, auf die § 1092 Abs. 2 BGB verweist, nicht der Pfändbarkeit des dinglichen Rechts selbst entgegensteht, hat der Bundesgerichtshof bereits für den Nießbrauch entschieden (BGHZ 62, 133, 138). Für eine zur Ausübung übertragbare beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nichts anderes gelten. § 1059 b BGB stellt lediglich klar, dass die Pfändbarkeit durch § 1059 a BGB nicht erweitert wird (BGH, a. a. O.).

bb) Auch soweit ein Eigentumswechsel stattgefunden hat, liegt eine Gestattung vor, die sich die jetzigen Eigentümer entgegenhalten lassen müssen. Für die Bindung des Erwerbers genügt eine allgemeine Bezugnahme der Grundbucheintragung auf die eine Gestattung enthaltende Eintragungsbewilligung (vgl. BayObLGZ 1982, 246, 250; KG, JFG 15, 30, 33; AnwK-BGB/*Otto*, 2004, § 1092 Rdnr. 6; *Erman/Grziwotz*, BGB, 11. Aufl., § 1092 Rdnr. 2; *Meikel/Bestelmeyer/Morvilius*, Einl. C Rdnr. 256 b; MünchKomm-BGB/*Joost*, 4. Aufl., § 1092 Rdnr. 7; RGRK-BGB/*Rothe*, § 1092 Rdnr. 3; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 1092 Rdnr. 8; *Wieczorek/Schütze/Lüke*, § 857 Rdnr. 76; *Stöber*, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rdnr. 1518 Fn. 6). § 874 BGB lässt zur Entlastung des Grundbuchs eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes zu (vgl. BGHZ 35, 378, 382). Aus dem Grundbuch selbst muss nur der wesentliche Inhalt des Rechts ersichtlich sein. Da das Gesetz bei Dienstbarkeiten drei verschiedene Arten der Belastung eines Grundstücks vorsieht (§§ 1090 Abs. 1, 1018 BGB), genügt es zwar nicht, dass das Recht lediglich mit „Grunddienstbarkeit“ oder „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ im Grundbuch bezeichnet und im Übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Vielmehr muss der jeweilige Inhalt des Rechts zumindest schlagwortartig als

Wegerecht, Wasserentnahmerecht usw. gekennzeichnet werden. Wegen der weiteren inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtes kann jedoch auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (BGH, a. a. O.). Dem genügen die hier in Rede stehenden Grundbucheintragungen. Die Rechte sind ausreichend mit „Dienstbarkeit (Betreiben und Unterhalten einer Windkraftanlage)“ gekennzeichnet. Die Befugnis, die Ausübung dieser Rechte auf Dritte zu übertragen, ändert als bloße Modalität der Rechtsausübung nichts daran, dass sich dem Rechtsverkehr der wesentliche Inhalt der Dienstbarkeiten bereits aus der schlagwortartigen Grundbucheintragung erschließt und durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung deutlich gemacht wird, dass das Grundbuch selbst den Inhalt des Rechts nicht vollständig ausweist.

b) Entgegen der Auffassung der Revision sind die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten der Schuldnerin nicht durch Eintritt einer auflösenden Bedingung mit der Folge erloschen, dass ein vorrangiges Recht der Schuldnerin nicht mehr bestünde. Die Dienstbarkeiten sind nicht nach §§ 873 Abs. 1, 158 Abs. 2 BGB auflösend bedingt bestellt worden.

aa) Die zur Entstehung einer Grunddienstbarkeit erforderliche Grundbucheintragung bringt eine auflösende Bedingung selbst nicht zum Ausdruck. Fasst man Bedingungen ebenso wie Befristungen nicht als Inhaltsbestimmungen im Sinne von § 874 BGB auf (BayObLG, NJW 1998, 1025 f.; *Demharter*, § 44 Rdnr. 20 m. w. N.) oder zählt man sie zum wesentlichen Rechtsinhalt (MünchKommBGB/*Wacke*, § 874 Rdnr. 4), hätte eine auflösende Bedingung – woran es hier fehlt – in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden müssen (§ 873 Abs. 1 BGB).

Qualifiziert man Bedingung und Befristung dagegen als lediglich den näheren Inhalt des dinglichen Rechts in zeitlicher Hinsicht konkretisierende Elemente, wäre zwar eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig (§ 874 BGB). Doch wäre dann nach den allgemeinen Grundsätzen, die für die Auslegung von Grundbucheintragungen und Eintragungsbewilligungen gelten, nur auf den Wortlaut und den Sinn des im Grundbuch Eingetragenen abzustellen, und zwar so, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (std. Rspr., vgl. etwa BGHZ 47, 190, 195 f.; 59, 205, 208 f.; DNotZ 2005, 218 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, der Eintragungsbewilligung lasse sich eine auflösende Bedingung nicht entnehmen.

bb) Entgegen der Auffassung der Revision hat sich die Schuldnerin auch nicht mit den Eigentümern auf die Begründung – aus dem Grundbuch nicht ersichtlicher – auflösend bedingter Rechte mit der Folge teilweiser Grundbuchunrichtigkeit geeinigt. Dienstbarkeiten sind abstrakt und in ihrem rechtlichen Bestand grundsätzlich unabhängig von schuldrechtlichen Kausal- und Sicherungsabreden. Daher bedarf die Annahme einer Verknüpfung durch eine Bedingung deutlicher Anhaltspunkte (vgl. auch BGH, DNotZ 1988, 572 m. Anm. *Amann*; DNotZ 1990, 169; DNotZ 1992, 665). Solche zeigt die Revision nicht auf. Insbesondere lässt sich den Nutzungsverträgen keine auflösend bedingte Einigung entnehmen, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Schuldnerin, wie die Revision meint, in die mit der E. GmbH geschlossenen Verträge konkludent eingetreten ist. Dabei mag es durchaus sein, dass es sich bei den zugunsten der Schuldnerin bestellten Rechten um „Sicherungsdienstbarkeiten“ handelt. Nur ergibt sich allein aus dieser Qualifikation nicht die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung mit der Folge, dass das dingliche Recht bei Bedingungseintritt erlischt (§§ 873 Abs. 1, 158

Abs. 2 BGB), sondern in der Regel nur, dass die Eigentümer bei Erledigung des Sicherungszwecks schuldrechtlich Rückgewähr verlangen können. Dass die E. GmbH in § 4 der Nutzungsverträge für den Fall der Vertragsbeendigung „bereits jetzt“ die Löschung der Dienstbarkeiten bewilligt hat, rechtfertigt selbst bei unterstelltem Vertragseintritt der Schuldnerin nicht ohne weiteres die Annahme, Eigentümer und Schuldnerin hätten sich entgegen der Grundbuchlage (§ 891 Abs. 1 BGB) lediglich auflösend bedingt geeinigt.

c) Ein gutgläubig rangbesserer Erwerb der Beklagten nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 892 BGB scheidet schon deshalb aus, weil die Revision nicht auf Vorbringen verweist, aus dem sich ergeben könnte, dass die Dienstbarkeiten der Schuldnerin unter Verstoß gegen § 17 GBO vor Eintragung der zugunsten der Beklagten bestellten Dienstbarkeiten gelöscht wurden.

2. Bei der Frage, ob die Beklagte dem Anspruch aus § 894 BGB mit Erfolg entgegenhalten kann, die Schuldnerin sei den Eigentümern gegenüber zur Aufhebung der Dienstbarkeiten und Erteilung von entsprechenden Löschungsbewilligungen verpflichtet (§ 242 BGB), geht das Berufungsgericht noch zutreffend davon aus, dass es einem Beklagten nicht verwehrt ist, unter den Voraussetzungen einer Prozessstandschaft fremde Gegenansprüche im eigenen Namen geltend zu machen (BGH, GRUR 1995, 505, 506; *Zöller/Vollkommer*, vor § 50 ZPO Rdnr. 43). (*wird ausgeführt [...]*).

4. Nach allem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da der Rechtsstreit mangels ausreichender Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

7. GBO § 19 (*Auslegung von Eintragungsbewilligungen*)

1. **Entspricht die rechtliche Bezeichnung einer in notarieller Urkunde enthaltenen Eintragungsbewilligung für eine Grundstücksbelastung nicht dem tatsächlichen Inhalt der Verpflichtung, so bedarf die gesamte Erklärung der Auslegung.**
2. **Bei dieser Auslegung kann das Grundbuchamt statt der in der Urkunde fehlerhaft bezeichneten Belastung für die Eintragung die zutreffende wählen.**

OLG München, Beschluss vom 21.9.2006, 32 Wx 108/06; eingesandt von Notar Dr. *Hans-Hermann Wörner*, Kemnath, und mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Die Eltern des Beteiligten zu 1 erwarben zu notarieller Urkunde vom 19.8.1958 von der Beteiligten zu 2 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz. In dem Kaufvertrag räumte die Beteiligte zu 2 den Erwerbern auf ihren angrenzenden Grundstücken je ein unentgeltliches Geh- und Fahrrecht ein. An diesen Grundstücken wurde zugunsten der Käufer je eine Grunddienstbarkeit bestellt. Die Käufer verpflichteten sich ihrerseits als Eigentümer in „für sich und ihre Besitz- und Rechtsnachfolger im Eigentum dieses Grundstückes in verbindlicher Weise den jeweiligen Eigentümern der zuvor verpflichteten Grundstücke gegenüber, das in Frage kommende Wegegrundstück auf eigene Kosten in gut befahrbaren Zustand zu erhalten und zwar die Wegflächen von der Abzweigung eines Weges bis zum verfahrensgegenständlichen Grundstück“. Zur Sicherung dieser Verpflichtung räumten die Käufer in der notariellen Urkunde den jeweiligen Eigentümern der vorgenannten Grundstücke eine Grunddienstbarkeit ein und bewilligten und beantragten den Eintrag derselben an dem

Im Grundbuch des verfahrensgegenständlichen Grundstücks wurde in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragen:

„Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wegestückes für jeweilige Eigentümer von Flst. Nr. 1, 2, 3 je Gemarkung A; gemäß Bewilligung vom 19.8.1958 – ...“

Der Beteiligte zu 1 erwarb 1995 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz gegen Einräumung eines Wohnungs- und Benutzungsrechts zugunsten seiner Eltern von diesen. Er beantragte am 14.9.2005 die Löschung der oben bezeichneten Eintragung. Die Beteiligte zu 3 stimmte diesem Antrag zu, die Beteiligte zu 2 jedoch nicht. Das AG – Grundbuchamt – stellte daraufhin am 14.3.2006 fest, dass die im Grundbuch in Abteilung II unter Nr. 1 eingetragene Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wegestückes gegenstandslos ist, § 87 Buchst. c) GBO.

Gegen diesen Beschluss legte die Beteiligte zu 2 Beschwerde ein, welche das LG mit Beschluss vom 18.5.2006 zurückwies. Gegen diesen ihr am 1.6.2006 zugestellten Beschluss legte die Beteiligte zu 2 weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. (...)

2. Diese Ausführungen halten – jedoch nur im Ergebnis – rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Der Senat ist mit dem BayObLG (MittBayNot 2005, 307) der Auffassung, dass eine Grunddienstbarkeit, die eine positive Leistungspflicht des Verpflichteten enthält, einen unzulässigen Inhalt hat und deswegen zu löschen ist. Diese Voraussetzungen liegen jedoch nach Ansicht des Senats nicht vor. Der Grundbucheintrag bezeichnet die Art der Belastung nicht. Dies ist an sich nicht schädlich, weil lediglich der wesentliche Inhalt der Verpflichtung sich aus der Eintragung ergeben muss. Der wesentliche Inhalt der Verpflichtung spricht nach dem Wortlaut der Eintragung eher für eine Reallast als für eine Grunddienstbarkeit. Auch sie ist in Abt. II des Grundbuchs einzutragen und kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (§ 1105 Abs. 2 BGB). Die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung ergibt sich demnach nicht direkt aus ihrem im Grundbuch verlautbarten Inhalt.

Sie ergibt sich auch nicht aus einem durch Auslegung nicht aufzulösenden Widerspruch zwischen dem Eintragungsvermerk und der dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Bewilligungsurkunde. Die Bewilligung in der Urkunde enthält zwei Teile: Zum einen wird die Verpflichtung der jeweiligen Eigentümer zur Wegeunterhaltung wiedergegeben, zum anderen wird dies als Grunddienstbarkeit bezeichnet und als solche zur Eintragung bewilligt. Der Senat ist der Auffassung, dass dieser zweite Teil der Erklärung auslegungsfähig ist, weil er nur die rechtliche Bewertung der Verpflichtung seitens des Notars enthält.

Die Auslegung von Eintragungsbewilligungen ist grundsätzlich möglich und kann auch vom Gericht der weiteren Beschwerde vorgenommen werden, da es sich um eine Grundbucheintragung handelt (vgl. BayObLGZ 1984, 158). Bei der Auslegung ist – wie bei der von Grundbucheintragungen – auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (vgl. hierzu *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Wie der beurkundende Notar die rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung auslegt, ist unerheblich (vgl. hierzu BayObLGZ 2002, 263, 265). Auch der Umstand, dass die Erklärung gegenüber einem Notar abgegeben und von diesem aufgenommen wurde, hindert nicht eine Auslegung dahingehend, dass eigentlich eine Reallast gewollt war

und nicht eine Grunddienstbarkeit. Dass auch Notare rechtlichen Fehlern unterliegen, ergibt sich aus dem vorliegenden Fall ohne weiteres.

Die Auslegung der Erklärung hat in der Weise zu erfolgen, dass dem wirklichen Willen der Beteiligten Rechnung getragen wird und demgegenüber die rechtliche Bezeichnung der Belastung in den Hintergrund tritt. Gewollt war eine Verpflichtung der Eigentümer zu positivem Tun. Dies hat das Grundbuchamt so auslegen und im Eintragungsvermerk – mit dem auch für eine Reallast geeigneten Eintragungstext – wiedergeben können. Eine inhaltliche unzulässige Eintragung ist demnach entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht vorhanden.

b) Die zunächst wirksame Reallast ist jedoch nachträglich durch eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse an den begünstigten Grundstücken im Sinne des § 87 Buchst. a) GBO gegenstandslos geworden. Sie stand nämlich im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Dienstbarkeit zugunsten der Eigentümer ihrerseits per Dienstbarkeit verpflichteten Grundstück, die ihnen ein Geh- und Fahrrecht sicherte. Diese Grunddienstbarkeit wurde dadurch gegenstandslos, dass diejenige Fläche, auf die sie sich bezog, Teil einer öffentlichen Straße wurde und in das Eigentum der Gemeinde gelangte (OLG Düsseldorf, MDR 1995, 471; die in BayObLGZ 1971, 1 genannte Ausnahme liegt hier nicht vor, weil der Eigentumsübergang durch das Grundbuchamt im Amtsverfahren wirksam festgestellt wurde).

Es kann nun dahinstehen, ob die Reallast wegen des Wegfalls der mit ihr korrespondierenden Grunddienstbarkeit gegenstandslos wurde oder ob insoweit § 1109 Abs. 3 BGB eingreift. Die Beteiligte zu 3 hat der Löschung der Belastung zugestimmt. Sie ist diejenige, die allein aus der Wegeunterhaltsverpflichtung Vorteile ziehen könnte. Die Beteiligte zu 2 kann dies deswegen nicht, weil der Teil des jetzigen Grundstücks, dem die Reallast zum Vorteil gereichen sollte – der Weg also – nunmehr im Eigentum der Beteiligten zu 3 steht. Hinsichtlich des restlichen Teils ist jedenfalls die Reallast gegenstandslos geworden.

Da festzustellen ist, dass die Voraussetzungen des § 87 Buchst. a) GBO vorliegen, erweist sich die weitere Beschwerde im Ergebnis als unbegründet. Die Alternativen des § 87 GBO stehen zueinander in einem Subsidiaritätsverhältnis (*Bauer/von Oefele/Kohler*, GBO, § 87 Rdnr. 8). Die Alternative des § 87 Buchst. c) GBO ist vor allem für den Fall gedacht, dass der Betroffene unbekannt ist (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, § 87 Rdnr. 1) oder der Löschung widerspricht. Prüfungsmaßstab für die Begründetheit der Beschwerde ist aber immer die Gegenstandslosigkeit im Sinne des Buchst. a).

8. GBO § 19; BGB § 133 (*Bezeichnung des Belastungsgegenstands*)

Ist bei der notariellen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts über eine Grundbuchbelastung der Belastungsgegenstand im Hinblick auf den übereinstimmenden Parteiwillen nicht vollständig bezeichnet, so kann dies in materiell-rechtlicher Hinsicht zwar zu einer Bindung der Parteien an das eigentlich Gewollte führen, doch bleibt dies für die Grundbucheintragung unerheblich.

OLG München, 32. Zivilsenat, Beschluss vom 4.10.2006, 32 Wx 144/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Die Beteiligten sind Eigentümer des Grundstücks Fl.Nr. 84/1 der verfahrensgegenständlichen Gemarkung. Zur notariellen Urkunde vom 9.9.1993 bestellte die damalige Eigentümerin der Grundstücke Fl.Nrn. 84 und 77 der betroffenen Gemarkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Fl.Nr. 84/1 verschiedene Grunddienstbarkeiten. Unter anderem wurde unter Ziff. III. 4. folgende Grunddienstbarkeit bestellt:

„Am Grundstück Fl.Nr. 84 werden zugunsten des jeweiligen Eigentümers von Fl.Nr. 84/1 folgende Grunddienstbarkeiten bestellt:

3. Die im Plan 3 braun eingezeichnete Fläche darf nicht über den bisherigen Bestand hinaus mit Bäumen bepflanzt werden und/oder mit Bauwerken bebaut werden.

Es wird bewilligt und beantragt, am Grundstück Fl.Nr. 84 zugunsten des jeweiligen Eigentümers von Fl.Nr. 84/1 die in Abs. 1., 2., 3. und 4. vereinbarten Rechte und Pflichten jeweils als Grunddienstbarkeit im Gleichrang mit den sonst in dieser Urkunde bestellten Dienstbarkeiten einzutragen und im Vorrang vor der eingetragenen Grundschild, und zwar mit Aktivvermerk für Fl.Nr. 84/1“

Mit Schreiben vom 15.10.1993 beantragte der beurkundende Notar beim Grundbuchamt gemäß § 15 GBO den Vollzug der Urkunde. Daraufhin wurde vom Grundbuchamt in Abteilung II unter lfd. Nr. 28 zu Lasten des Grundstücks Fl.Nr. 84 die Grunddienstbarkeit als Bepflanzungs- und Bebauungsbeschränkung zugunsten des Grundstücks Fl.Nr. 84/1 antragsgemäß eingetragen. Mit Schreiben vom 19.7.2006 beantragte der Amtsnachfolger des beurkundenden Notars unter Vorlage nachfolgender „Berichtigung eines Schreibversehens“ den Vollzug einer Schreibfehlerberichtigung im Grundbuch:

„(...) In Abschnitt III. 4. der vorgenannten Urkunde ist formuliert:

„Am Grundstück Fl.Nr. 84 werden zugunsten des jeweiligen Eigentümers von Fl.Nr. 84/1 folgende Grunddienstbarkeiten bestellt: (...)“

Tatsächlich wurde diese Grunddienstbarkeit mit der genannten Urkunde nicht nur an Fl.Nr. 84 bestellt, sondern auch an Fl.Nr. 77. Dies ergibt sich daraus, dass der – insoweit maßgebliche – Lageplan (Anlage 3 der Urkunde) die Dienstbarkeitsausübungsfläche auch auf der Fl.Nr. 77 ausweist und in Abschnitt I.3. c) festgestellt ist, dass dieser Plan als Urkundsbestandteil für die Flächen existiert, an denen Nutzungsrechte oder Nutzungsbeschränkungen bestehen sollen. Diese Lagepläne wurden zudem unter Mitwirkung der Beteiligten gefertigt und den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt, was mit öffentlichem Glauben in der Notarsurkunde niedergelegt ist.“

Der Rechtspfleger wies den Eintragungsantrag zurück. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde der Beteiligten wies das LG zurück. Die Beteiligten verfolgen ihr Beschwerdeziel mit der vom Urkundsnotar eingelegten weiteren Beschwerde fort. Die gemäß § 78 GBO statthafte und auch im Sinne des § 80 GBO zulässige weitere Beschwerde hatte in der Sache keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand:

a) Die von den Beschwerdeführern vertretene Auffassung, eine Falschbezeichnung des Vertragsgegenstandes müsse nicht notwendig dazu führen, dass lediglich das objektiv Erklärte Vertragsgegenstand werde, trifft zu. Die Rechtsprechung hat dies sowohl für das schuldrechtliche beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft (vgl. BGH, NJW 1983, 1610 und OLG Frankfurt am Main, MittBayNot 2005, 40) wie auch für das dingliche Rechtsgeschäft der Auflassung (vgl. BGH, NJW 2002, 1038) bejaht. Voraussetzung für die Wirksamkeit des tatsächlich gewollten Rechtsgeschäftes ist es, dass das wirklich Gewollte zur Überzeugung des Gerichts feststeht. Ob dies bereits durch eine Erklärung des Amtsnachfolgers des ursprüng-

lichen Urkundsnotars, der selbst bei der Beurkundung nicht zugegen war, erfolgen kann, kann dahinstehen, weil es auf die Frage nicht ankommt. Soweit nämlich die Eintragung in das Grundbuch betroffen ist, ist ausschließlich auf die verfahrensrechtliche Seite abzustellen (vgl. *Meikel/Böhringer*, GBO, Einl. G 44 a. E.).

b) Die grundbuchrechtliche Situation wird dadurch gekennzeichnet, dass eine Grunddienstbarkeit nur am Grundstück Fl.Nr. 84 eingetragen ist, nicht aber am Grundstück Fl.Nr. 77. Die Eintragung am erstgenannten Grundstück ist auch nicht etwa auslegungsfähig in dem Sinne, dass die eingetragene Grunddienstbarkeit sich auch auf das Grundstück Fl.Nr. 77 bezöge. Dafür gibt es weder einen Anhaltspunkt in der Eintragung selbst noch in der Eintragungsbewilligung, soweit auf diese überhaupt Bezug genommen werden darf. Hierbei ist nämlich zu berücksichtigen, dass nach § 874 BGB – wie das LG bereits zutreffend festgestellt hat – nur wegen des Inhalts eines Rechtes, nicht aber wegen des Belastungsgegenstandes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. Bei der Auslegung einer Eintragung wiederum ist unerheblich, was derjenige gewollt hat, auf dessen Bewilligung sich die Eintragung gründet (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 53 Rdnr. 4).

Eine Auslegung der Eintragung in dem von den Antragstellern gewünschten Sinne, die einen Berichtigungsvermerk erlauben würde, scheidet also schon deswegen aus, weil das dienende Grundstück in der Eintragung eindeutig bezeichnet ist (vgl. BGHZ 123, 297 = DNotZ 1994, 230; BayObLGZ 1992, 204; BayObLG, DNotZ 1998, 295).

c) Darauf, ob die Eintragungsbewilligung anders als vom Grundbuchamt geschehen auszulegen oder gar umzudeuten sei, kann es nicht ankommen: Zwar ist die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung grundsätzlich auslegungsfähig, es sei denn, dass ihre Eindeutigkeit eine Auslegung ausschließt (vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 28). Das Grundbuchamt ist zur Auslegung auch nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Bei der Auslegung ist – wie bei der von Grundbucheintragungen – auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (vgl. BGHZ 113, 374).

Wäre nun entsprechend der Ansicht der Beschwerdeführer und entgegen § 874 BGB auch wegen des Belastungsgegenstandes ein Rückgriff auf den Erklärungsinhalt, wie er sich aus den Anlagen zur Eintragungsbewilligung ergibt, möglich und würde die Auslegung der Gesamterklärung zu dem Ergebnis führen, dass auch eine Belastung des Grundstücks Fl.Nr. 77 gewollt war, so hätte das Grundbuchamt dem Antrag in der notariellen Urkunde vom 9.9.1993 nicht vollständig entsprochen. Es müsste dann über den verbleibenden Teil des Eintragungsantrags, soweit er durch die Eintragung nicht verbraucht wurde (BayObLG, DNotZ 1998, 295, 299) erneut entschieden werden. Bei dieser neuen Entscheidung wäre aber von dem Grundbuchstand auszugehen, wie er sich jetzt darstellt. Es bedürfte daher der Bewilligung des jetzigen Eigentümers von Grundstück Fl.Nr. 77. Der Rang dieser Eintragung würde sich nach dem jetzt vorhandenen Belastungszustand richten; die mittlerweile vorgenommenen Belastungen würden also der Grunddienstbarkeit im Rang vorgehen. Dies ist von den beteiligten Antragstellern ausdrücklich so nicht gewollt.

9. BGB §§ 1578 Abs. 1, 1577 Abs. 1 (*Wohnwert bei Übernahme des Miteigentums durch einen Ehegatten*)

- a) **Zur Berücksichtigung von (steuerrechtlichen) Verlusten aus Grundbesitz bei der Bemessung des nachehelichen Ehegattenunterhalts.**
- b) **Erwirbt ein Ehegatte den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten an dem ehemals gemeinsamen Familienheim, so kann die Berücksichtigung eines Wohnvorteils bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts nicht mit der Begründung außer Betracht bleiben, die Ehegatten seien so zu behandeln, als hätten sie das Haus an einen Dritten veräußert und den Erlös geteilt.**

BGH, Urteil vom 1.12.2004, XII ZR 75/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt. Sie haben am 25.9.1970 geheiratet. Aus der Ehe ist ein inzwischen volljähriger Sohn hervorgegangen. Die Parteien leben seit dem 5.4.1999 voneinander getrennt.

Der 1946 geborene Antragsteller betreibt eine Versicherungsagentur, in der die 1948 geborene Antragsgegnerin bis zur Trennung ebenfalls tätig war. In der folgenden Zeit war sie als Angestellte in Arztpraxen bzw. einer Praxis für Krankengymnastik beschäftigt und erzielte zunächst Einkünfte im sozialversicherungsfreien Bereich. Von Juli 1999 bis Juli 2000 verdiente sie in der Praxis für Krankengymnastik monatlich 1.333,60 DM netto. Nachdem ihr wegen Arbeitsmangels gekündigt worden war, war sie von August 2000 bis 18.9.2000 arbeitslos. Seit dem 19.9.2000 erzielte sie in verschiedenen Krankengymnastikpraxen Einkünfte von 265 DM bzw. 315 DM monatlich. Seit dem 1.12.2001 beläuft sich ihr monatliches Nettoeinkommen auf 554 DM (gerundet).

Während der Ehe bewohnten die Parteien ein in ihrem Miteigentum stehendes Haus. Die ideale Hälfte der Antragsgegnerin hat der Antragsteller unter Übernahme der bestehenden Verbindlichkeiten gegen Zahlung von 130.000 DM erworben. Er bewohnt das Haus weiterhin. Die Antragsgegnerin hat von dem Veräußerungserlös 90.000 DM in einem Rentenfonds angelegt, weitere 25.000 DM hat sie auf ein Sparkonto eingezahlt.

Der Antragsteller verfügte neben den Einkünften aus seinem Gewerbebetrieb über – teilweise auch negative – Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und aus Land- und Forstwirtschaft, jeweils aus Grundbesitz, den seine Mutter ihm durch notariellen Vertrag vom 25.11.1994 übertragen hatte. Er hat im Gegenzug die Verpflichtung übernommen, an seine Mutter eine monatliche Leibrente von 600 DM zu zahlen, die ab 1998 auf monatlich 800 DM erhöht worden ist.

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen des Scheidungsverbands für die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung nachehelichen Unterhalt von insgesamt 3.786,89 DM monatlich geltend gemacht, davon 2.881,41 DM als Elementarunterhalt und 905,48 DM als Altersvorsorgeunterhalt.

Das AG – Familiengericht – hat die Ehe der Parteien geschieden, angeordnet, dass ein Versorgungsausgleich (zugunsten des Antragstellers) nicht stattfindet und der Antragsgegnerin ab Rechtskraft der Scheidung Elementarunterhalt von 1.859,36 DM und Altersvorsorgeunterhalt von 513,28 DM, jeweils monatlich, zuerkannt. Die weitergehende Unterhaltsklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Antragsgegnerin, mit der sie ihr Unterhaltsbegehren in Höhe von insgesamt 3.767,52 DM monatlich, davon 2.845,47 DM als Elementarunterhalt und 922,05 DM als Altersvorsorgeunterhalt, weiterverfolgt hat, hat das OLG ihr – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – Elementarunterhalt von (insgesamt) 1.155 € monatlich (= 2.258,98 DM) und Altersvorsorgeunterhalt von (insgesamt) 335 € monatlich (= 655,20 DM) zuerkannt. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt die Antragsgegnerin ihr zweitinstanzliches Unterhaltsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung an das OLG.

Gegen den im Verhandlungstermin nicht erschienenen Antragsteller ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff.).

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, der Antragsgegnerin stehe ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 BGB zu. Es hat deren tatsächlich erzielt Einkommen von monatlich 554 DM zugrunde gelegt und die Zurechnung weitergehender fiktiver Einkünfte mit der Begründung abgelehnt, angesichts der Ausbildung, der langen Pause im Beruf und des Alters der Antragsgegnerin könne unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass sie höhere Einkünfte, insbesondere aus einer vollschichtigen Tätigkeit, erzielen könne. Mit Rücksicht auf die ehelichen Lebensverhältnisse sei sie nicht verpflichtet, jedwede Arbeit auszuüben, etwa eine Putzstelle anzunehmen. Gegen diese – ihr günstige – Beurteilung erhebt die Revision keine Einwendungen. Dagegen bestehen auch aus Rechtsgründen keine Bedenken. Dem Grunde nach ist mithin von einem Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 1 und 2 BGB auszugehen.

2. Den nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 BGB) geschuldeten Unterhalt hat das Berufungsgericht allein auf der Grundlage der beiderseits erzielten Erwerbseinkünfte ermittelt.

a) Zu den zu berücksichtigenden Einkommensverhältnissen des Antragstellers hat es ausgeführt: Abzustellen sei auf die in den Jahren 1998 bis 2000 aus dem Gewerbebetrieb erzielten Gewinne. Die Einkünfte bzw. negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft hätten außer Ansatz zu bleiben, denn diese beruhten im Wesentlichen darauf, dass der Antragsteller auf die übernommenen Werte Abschreibungen vornehmen könne, die unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigen seien. Da ihnen ein tatsächlicher Wertverlust in dieser Höhe nicht gegenüberstehe bzw. weil der Antragsteller durch die erfolgten Tilgungsleistungen Vermögen bilde, könne er diese Positionen der Antragsgegnerin gegenüber nicht einkommensmindernd geltend machen. Wenn aber die (niedrigere) tatsächlich gezahlte Steuer darauf beruhe, dass Verluste aus anderen Einkunftsarten steuerlich anerkannt würden, diese jedoch bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen seien, so seien unterhaltsrechtlich fiktiv diejenigen Steuern von den Gewinnen aus Gewerbebetrieb in Abzug zu bringen, die hierauf ohne die Verluste zu zahlen gewesen wären. Da auch die Leibrentenzahlungen im Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft stünden, minderten auch diese Ausgaben das anrechenbare Einkommen des Antragstellers nicht.

b) Diese Beurteilung greift die Revision an. Sie macht geltend, die Antragsgegnerin habe vorgetragen, die Verluste des Antragstellers beruhten nur auf steuerlich relevanten Abschreibungen, denen ein tatsächlicher Geldabfluss bzw. Wertverlust nicht gegenüberstehe. Davon sei mangels anderweitiger Feststellungen für das Revisionsverfahren auszugehen. Da im Hinblick darauf keine tatsächlichen Aufwendungen außer Betracht geblieben seien, bestehe auch kein Anlass, anstelle der abgeführten Steuern eine – ohne Einbeziehung der Verluste ermittelte – fiktive (höhere) Steuerlast in Abzug zu bringen. Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

c) Im Ausgangspunkt zutreffend geht die Revision allerdings davon aus, dass eine fiktive Steuerlast nur dann in Ansatz zu bringen ist, wenn steuermindernde tatsächliche Auf-

wendungen vorliegen, die unterhaltsrechtlich nicht zu berücksichtigen sind. Diese Voraussetzungen sind indessen nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin erfüllt. Sie hat, wie das Berufungsgericht in dem von der Revision in Bezug genommenen streitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, nicht nur geltend gemacht, die negativen Einkünfte beruhten allein auf steuerlich erheblichen Abschreibungen, sie hat vielmehr auch vorgetragen, die Tilgungsleistungen des Antragstellers seien nicht zu berücksichtigen, weil er andernfalls zu ihren Lasten Vermögen bilden könne. Daraus wird ersichtlich, dass selbst nach Auffassung der Antragsgegnerin tatsächliche Aufwendungen erfolgt sind, die zu den Verlusten beigetragen haben. Denn Tilgungsleistungen bedingen regelmäßig, dass für in Anspruch genommene Fremdmittel Zinsen zu entrichten sind, die auch steuerlich als Kostenposition zu veranschlagen sind. Dieser Auffassung der Antragsgegnerin entspricht im Übrigen, dass sie selbst nicht darauf abgehoben hat, unterhaltsrechtlich seien – anstelle der Verluste – positive Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und Land- und Forstwirtschaft anzusetzen. Dem liegt ersichtlich die Annahme zugrunde, dass sich – selbst wenn unterhaltsrechtlich Abzugspositionen außer Betracht zu bleiben hätten – noch keine positiven Einkünfte errechnen.

Für die Frage, in welcher Höhe unterhaltsrechtlich Abzugsposten zu berücksichtigen sind, kommt es u. a. darauf an, ob etwa in Anspruch genommene steuerliche Absetzungs- und Abschreibungsmöglichkeiten auch unterhaltsrechtlich einkommensmindernd anzuerkennen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats berühren Abschreibungen für die Abnutzung von Gebäuden das unterhaltsrechtlich maßgebende Einkommen nicht, weil ihnen lediglich ein Verschleiß von Gegenständen des Vermögens zugrunde liegt und die zulässigen steuerlichen Pauschalen vielfach über das tatsächliche Ausmaß der Wertminderung hinausgehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie durch eine günstige Entwicklung des Immobilienmarktes ausgeglichen werden können. Instandsetzungskosten können unterhaltsrechtlich nur insoweit einkommensmindernd berücksichtigt werden, als es sich um notwendigen Erhaltungsaufwand handelt und nicht um solchen für Ausbauten und wertsteigernde Verbesserungen, die der Vermögensbildung dienen (BGH, FamRZ 1984, 39, 41; FamRZ 1986, 48, 49; FamRZ 1997, 281, 283). Inwieweit insbesondere an dieser Beurteilung der Abschreibung bei Gebäuden festzuhalten ist (vgl. zu für erforderlich gehaltene Einschränkungen etwa *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. IV Rdnr. 756 und zur Behandlung der AfA bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern BGH, FamRZ 2003, 741, 743 mit kritischer Anm. *Gerken* und im Wesentlichen zustimmender Anmerkung von *Weyhardt*, FamRZ 2003, 1001), bedarf im vorliegenden Fall indessen keiner Entscheidung.

Die Beurteilung, ob und gegebenenfalls inwieweit etwa die steuerlich zugrunde gelegten Abschreibungen auch unterhaltsrechtlich anzuerkennen sind, hat nur Bedeutung dafür, ob die Verluste mehr oder weniger hoch anzusetzen sind. Letzteres vermag aber nichts an dem Umstand zu ändern, dass die Verluste auch auf tatsächlichen Aufwendungen, nämlich jedenfalls auf Zinsleistungen für bestehende Darlehensverbindlichkeiten, beruhen, die in die einheitliche Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. Land- und Forstwirtschaft einfließen und nicht von den Abschreibungen isoliert betrachtet werden können. Denn ohne den mit tatsächlichen Aufwendungen verbundenen Grundbesitz gäbe es auch die Möglichkeit von Abschreibungen nicht.

Auf die Zinszahlungen kann der Antragsteller sich der Antragsgegnerin gegenüber indessen nicht berufen. Denn der

Unterhaltsverpflichtete ist nicht berechtigt, auf Kosten des Unterhaltsberechtigten Vermögen zu bilden; diesem Zweck dient aber die Darlehenstilgung, und damit mittelbar auch die für die Darlehensgewährung erforderliche Zinszahlung. Da andererseits dem Unterhaltspflichtigen aber die Vermögensbildung nicht verwehrt sein kann, solange die Belange des Unterhaltsberechtigten nicht berührt werden, kann Letzterer nur verlangen, so gestellt zu werden, als ob die vermögensbildenden Aufwendungen nicht stattfänden.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass zwar zum einen die erzielten Verluste nicht einkommensmindernd berücksichtigt werden können, dass aber zum anderen auch die dadurch erzielte Steuerersparnis außer Betracht zu bleiben hat, weil sie ohne die Übernahme des Grundbesitzes nicht eingetreten wäre. Bei einer solchen Fallgestaltung ist – in Abweichung von dem Grundsatz, dass zur Feststellung des unterhaltsrelevanten Einkommens die tatsächlich entrichtete Steuer in Abzug zu bringen ist – eine fiktive Steuerberechnung vorzunehmen, nämlich zu ermitteln, in welcher Höhe Steuern auf das nicht durch die Verluste reduzierte übrige Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu entrichten wären (vgl. BGH, FamRZ 1987, 36, 37 zur Berücksichtigung von Steuerersparnissen durch die Beteiligung an einem Bauherrenmodell und FamRZ 2004, 1177, 1179 zur Berücksichtigung von Steuerersparnissen durch später aufgelöste Ansparabschreibungen). Hierfür ist die Höhe der Verluste ohne Bedeutung; diese beeinflusst allein die tatsächliche Steuerschuld.

d) Danach hat das Berufungsgericht zu Recht eine fiktive Steuerberechnung durchgeführt. Es hat zu diesem Zweck die in den Jahren 1998 bis 2000 aus dem Gewerbebetrieb jeweils erzielten Gewinne um die – auch im Verhältnis zu der Antragsgegnerin abzusetzenden – Sonderausgaben bereinigt und sodann die auf das verbleibende Einkommen zu entrichtenden Steuern ermittelt. Diese hat es – neben dem Solidaritätszuschlag und den Vorsorgeaufwendungen des Antragstellers – von den Gewinnen abgezogen und abschließend das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen mit 6.450 DM errechnet. Hiergegen sind aus Rechtsgründen keine Einwendungen zu erheben. Auch die Revision erinnert dagegen nichts.

3. a) Die Vorteile, die sich aus dem Wohnwert des vom Antragsteller übernommenen, ehemals gemeinsamen Hauses der Parteien ergeben sowie die aus dem Erlös für den von der Antragsgegnerin veräußerten Hälfteanteil erzielbaren Erträge hat das Berufungsgericht bei der Unterhaltsbemessung außer Betracht gelassen. Dazu hat es ausgeführt: Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien zwar durch mietfreies Wohnen geprägt gewesen. Dieser Vorteil sei auch bei der Berechnung des nahehelichen Unterhalts grundsätzlich zu berücksichtigen; auch die Erträge aus einem etwaigen Veräußerungserlös gehörten zu den prägenden Einkünften. Wenn Ehegatten ein in ihrem hälftigen Miteigentum stehendes Haus an einen Dritten verkaufen und den Erlös teilen würden, so nivellierten sich die jeweiligen Vorteile aber mit der Folge, dass sie unterhaltsrechtlich außer Betracht bleiben könnten. Etwas anderes könne auch in dem Fall nicht gelten, in dem einer der Ehegatten gegen „Auszahlung“ den Anteil des anderen übernehme. Im vorliegenden Fall bestehe kein Hinweis darauf, dass der gezahlte Betrag von 130.000 DM unter Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten nicht dem Verkehrswert der Miteigentumshälfte entsprochen habe. Damit habe auch die Antragsgegnerin den in dem Hausgrundstück verkörperten anteiligen Wert erhalten, so dass sich die jeweils erhaltenen Vorteile ausglich und deshalb unberücksichtigt bleiben könnten.

Diese Beurteilung hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

b) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien waren dadurch geprägt, dass sie gemeinsam Eigentümer eines Hauses waren, in dem sie mietfrei wohnten. Der eheangemessene Bedarf erhöhte sich deshalb durch die gezogenen Nutzungsvorteile (st. Rechtsprechung des Senats, vgl. etwa BGH, FamRZ 1998, 87, 88). Diese Nutzungsvorteile entfallen, wenn das gemeinsam genutzte Haus im Zusammenhang mit der Scheidung veräußert wird. An ihre Stelle treten allerdings die Vorteile, die die Ehegatten in Form von Zinseinkünften aus dem Erlös ihrer Miteigentumsanteile ziehen oder ziehen könnten (BGH, FamRZ 2001, 1140, 1143 = MittBayNot 2002, 116; FamRZ 2002, 88, 92 = DNotZ 2002, 451). Das gilt auch dann, wenn das gemeinsame Haus nicht an einen Dritten veräußert wird, sondern wenn ein Ehegatte seinen Miteigentumsanteil auf den anderen überträgt. In diesem Fall tritt für den veräußernden Ehegatten der Erlös als Surrogat an die Stelle der Nutzungsvorteile seines Miteigentumsanteils. Für den übernehmenden Ehegatten verbleibt es grundsätzlich bei einem Wohnvorteil, und zwar nunmehr in Höhe des vollen Wertes, gemindert um die schon bestehenden Kosten und Lasten sowie um die Zinsbelastungen, die durch den Erwerb der anderen Hälfte anfallen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts dürfen die beiderseitigen Vorteile unterhaltsrechtlich nicht außer Betracht bleiben und die Ehegatten so behandelt werden, als hätten sie das Haus an einen Dritten verkauft, den Erlös geteilt und dadurch für beide gleiche – sich deshalb nivellierende – Verhältnisse geschaffen. Der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ersichtlich die Erwägung zugrunde, dass auf Seiten des veräußernden Ehegatten häufig Kapitalerträge aus dem erhaltenen Erlös zu berücksichtigen sind, die den dem erwerbenden Ehegatten zuzurechnenden Wohnvorteil übersteigen, die Höhe des Unterhalts mithin etwa davon abhängen kann, welchem Ehegatten es gelingt, das ehemals gemeinsame Haus zu übernehmen. Mit Rücksicht darauf wird auch in der Rechtsprechung anderer OLG und im Schrifttum die Ansicht vertreten, der Veräußernde dürfe nicht schlechter gestellt werden, als wenn das Familienheim an einen Dritten verkauft worden wäre (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2003, 510; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 859, 860; Gerhardt, FamRZ 2003, 414, 415; ähnlich Büttner, FF 2002, 31).

Diese Erwägungen vermögen es indessen nicht zu rechtfertigen, demjenigen Ehegatten, der den Miteigentumsanteil des anderen erwirbt, grundsätzlich fiktive Zinseinkünfte aus einem erzielbaren Veräußerungserlös zuzurechnen, obwohl er das Familienheim übernommen hat und bewohnt. Vielmehr ist auf Seiten des Antragstellers der volle Wohnvorteil in die Unterhaltsberechnung einzustellen. Hiervon sind die Hauslasten in Abzug zu bringen, insbesondere die Zins- und Tilgungsleistungen auf die bereits vor der Veräußerung des Miteigentumsanteils bestehenden Kreditverbindlichkeiten, durch die bereits die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt worden sind. Zahlungen, die für den Erwerb des Miteigentumsanteils der Antragsgegnerin zu erbringen sind, mindern den Wohnvorteil dagegen nur hinsichtlich des Zinsaufwands. Um Tilgungsleistungen, die der Rückführung eines entsprechenden – nicht die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden – Darlehens dienen, ist der Wohnvorteil dagegen nicht zu kürzen, weil anderenfalls dem Antragsteller zu Lasten der Antragsgegnerin eine Vermögensbildung gestattet würde (vgl. BGH, FamRZ 2000, 950, 951 f.). Diese Vorgehensweise hat nicht zur Folge, dass der die ehelichen Lebensverhältnisse prägende Nutzungsvorteil des Hauses mit einem insgesamt zu hohen Wert angesetzt wird. Denn der Wohnvorteil mindert sich nun-

mehr durch die zusätzlichen Zinsverbindlichkeiten für den Betrag, den die Antragsgegnerin erhalten hat.

Nach der Rechtsprechung des Senats kann zwar auch bei derartigen Fallgestaltungen eine Obliegenheit zur Vermögensumschichtung und dabei im Einzelfall auch zur Veräußerung des Hauses bestehen, etwa wenn anderenfalls keine wirtschaftlich angemessene Nutzung des nach dem neuen Lebenszuschnitt des Erwerbenden zu großen und seine wirtschaftlichen Verhältnisse übersteigenden Hauses zu verwirklichen ist (BGH, FamRZ 2000, 950, 951 m. w. N.). Davon kann aber nicht bereits dann ausgegangen werden, wenn der zuzurechnende Wohnvorteil nicht den Ertrag erreicht, den der veräußernde Ehegatte aus dem erhaltenen Erlös erzielt bzw. erzielen könnte. Vielmehr muss sich die tatsächliche Anlage des Vermögens – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – als eindeutig unwirtschaftlich darstellen, bevor der erwerbende Ehegatte auf eine andere Anlageform und daraus erzielbare Erträge verwiesen werden kann (vgl. für den Unterhaltsberechtigten BGH, FamRZ 2001, 1140, 1143 m. w. N. = MittBayNot 2002, 116).

Feststellungen, die eine solche Beurteilung zuließen, hat das Berufungsgericht indessen nicht getroffen. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist der Wohnwert des – über eine Wohnfläche von etwa 200 m² verfügenden – Hauses mit monatlich 2.000 DM und nach Abzug der unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Belastungen mit mindestens 1.000 DM monatlich zu bemessen. Entsprechende Aufwendungen stünden auch zu den Einkünften des Antragstellers nicht von vornherein außer Verhältnis. Im Hinblick darauf besteht aber kein Anlass, für die Unterhaltsbemessung von anderen als den tatsächlich bei dem Antragsteller vorliegenden Verhältnissen auszugehen. Dann kann der – vom Berufungsgericht nicht festgestellte – Wohnwert des Hauses nicht unbeachtet bleiben.

d) Das Berufungsurteil kann aus einem weiteren Grund mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Auf Seiten der Antragsgegnerin ist der Erlös aus der Veräußerung ihres Miteigentumsanteils als Surrogat an die Stelle des früheren Nutzungsvorteils getreten. Welcher Ertrag ihr hieraus zuzurechnen ist, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt.

Die Antragsgegnerin hat den Erlös in Höhe von 90.000 DM unstreitig in einem Rentenfonds angelegt. Sie hat hierzu, wie die Revision zu Recht geltend macht, vorgetragen, für sie ergäben sich, bezogen auf Juli 2001, Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung von monatlich 887,40 DM, weshalb sie – anders als der über Vermögen verfügende Antragsteller – verstärkt für ihr Alter vorsorgen müsse. Mit Rücksicht auf die Versorgungslage der Antragsgegnerin hat das AG den Versorgungsausgleich, der zugunsten des Antragstellers durchzuführen gewesen wäre, nach § 1587 c Ziff. 1 BGB ausgeschlossen. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, auch unter Hinzurechnung der Anrechte, die die Antragsgegnerin aus dem Rentenfonds erwerben werde, besitze sie, gemessen an den ehelichen Lebensverhältnissen, nur eine unzureichende Altersversorgung.

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe trotz dieses Vorbringens weitere (fiktive) Kapitalerträge zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, ob die Antragsgegnerin nach § 1577 Abs. 1 BGB die Obliegenheit trifft, durch eine verzinsliche Anlage des Kapitals höhere laufende Einnahmen zu erwirtschaften. Dies setzt eine Zumutbarkeitsprüfung voraus und ist, wie bereits ausgeführt wurde, nur dann zu bejahen, wenn die tatsächliche Anlage des Vermögens sich als eindeutig unwirtschaftlich erweist.

4. Der Senat ist nicht in der Lage, selbst abschließend zu entscheiden. Die Sache muss vielmehr an das OLG zurückverwiesen werden, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

10. BGB § 1748 Abs. 4 (*Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils bei Adoption*)

Zum Erfordernis des unverhältnismäßigen Nachteils im Sinne des § 1748 Abs. 4 BGB.

BGH, Beschluss vom 23.3.2005, XII ZB 10/03

Der Antragsteller wurde am 27.10.1995 als Kind der nicht miteinander verheirateten Beteiligten zu 1 (Antragsgegner, im Folgenden Vater) und 2 geboren. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben im September 1999 die Ehe geschlossen. Der Beteiligte zu 3 will den Antragsteller als Kind annehmen; der Vater verweigert seine Einwilligung hierzu. Das AG hat den Antrag, die Einwilligung des Vaters zu ersetzen, zurückgewiesen. Das LG hat die Einwilligung ersetzt. Es hat dazu ausgeführt, dass das Unterbleiben der Annahme dem Antragsteller zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde; diese Voraussetzung liege – entsprechend einer auch vom OLG Karlsruhe vertretenen Rechtsauffassung – bereits dann vor, wenn das Unterbleiben der Annahme für das Kind nachteilig sei und bei Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters die Interessen des Kindes überwiegen. Das sei hier der Fall. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Vaters.

Nach Auffassung des OLG ist die sofortige weitere Beschwerde begründet. Ein unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind, der nach § 1748 Abs. 4 BGB die Ersetzung der Einwilligung des nichtsorgeberechtigten Vaters rechtfertigen könne, liege – entgegen der Auffassung des LG – nicht immer schon dann vor, wenn der dem Vater drohende Nachteil als geringer eingestuft würde; vielmehr müsse dem Kind – nicht anders als in den in § 1748 Abs. 1, 2 BGB geregelten Fällen – ein besonders großer Nachteil drohen, wenn die Adoption unterliebe. Einen in diesem Sinne unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind habe das LG nicht festgestellt.

Das OLG möchte deshalb der sofortigen weiteren Beschwerde stattgeben. Es sieht sich daran durch den vom LG zitierten Beschluss des OLG Karlsruhe vom 26.5.2000 (FamRZ 2001, 573) gehindert. In dieser Entscheidung hat das OLG Karlsruhe ausgeführt, dass ein unverhältnismäßiger Nachteil im Sinne des § 1748 Abs. 4 BGB immer schon dann vorliege, wenn das Unterbleiben der Adoption für das Kind nachteilig sei und wenn die Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters zu dem Ergebnis führe, dass das Interesse des Kindes an der Adoption überwiege. Das OLG hat die Sache deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

III.

Da somit die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG erfüllt sind, hat der Senat gemäß § 28 Abs. 3 FGG anstelle des vorlegenden Gerichts über die sofortige weitere Beschwerde zu entscheiden.

Die sofortige weitere Beschwerde ist fristgerecht eingelegt und auch sonst zulässig (§ 53 Abs. 1 Satz 2, § 60 Abs. 1 Nr. 6 FGG). Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des LG und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses.

1. Nach § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Annahme als Kind nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient. Sie setzt nach § 1747 Abs. 1 BGB die Einwilligung beider Elternteile voraus. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und steht die Sorge für das Kind nach § 1626 a Abs. 2 BGB allein

der Mutter zu, so kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 1748 Abs. 4 BGB die Einwilligung des Vaters in die Adoption seines Kindes ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde.

a) Mit dieser durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz eingefügten Regelung soll den Vorgaben in der Entscheidung des BVerfG vom 7.3.1995 (FamRZ 1995, 789) Rechnung getragen werden. In dieser Entscheidung hat das die bis dahin bestehende Rechtslage für mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar erklärt, soweit danach für die Adoption eines nichtehelichen Kindes durch den Ehemann der Mutter weder eine Einwilligung des Vaters noch eine Abwägung mit dessen Belangen vorgesehen war. Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beziehe auch die Väter nichtehelicher Kinder ein. Diese Einbeziehung schließe zwar eine differenzierende Ausgestaltung der Rechtsstellung dieser Väter unter Berücksichtigung der unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse nicht aus. Die beanstandete Regelung gehe jedoch über die bloße Ausgestaltung der elterlichen Befugnisse hinaus und stelle sich als ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Elternrecht des Vaters dar. Es könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Adoption durch den Stiefvater in aller Regel dem Wohl des Kindes diene. Außerdem reiche es für die Wahrung des Kindeswohls aus, wenn die Adoption durch den Ehemann der Mutter nur in den Fällen ermöglicht werde, in denen die Abwägung mit den Belangen des Vaters ergebe, dass das Interesse des Kindes am Ausspruch der Adoption überwiege. Da der Gesetzgeber dem Vater nicht einmal die Möglichkeit einräume, durch Geltendmachung seiner Belange eine solche Abwägung zu erreichen, sei die Regelung unverhältnismäßig.

Die mit der Kindschaftsrechtsreform Gesetz gewordene Fassung des § 1748 Abs. 4 BGB („unverhältnismäßiger Nachteil“ für das Kind) weicht allerdings von der vom BVerfG – als Mindestvoraussetzung für die Berücksichtigung der Vaterbelange – verwandten Formulierung (die Belange des Vaters überwiegendes Kindesinteresse) ab. Der Gesetzgeber war sich, wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, dieses Unterschieds indes durchaus bewusst: Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren zum Kindschaftsrechtsreformgesetz vorgeschlagen, die Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption immer schon dann zuzulassen, wenn „der Annahme überwiegende Belange des Vaters nicht entgegenstehen“ (BT-Drucks. 13/4899, S. 157). Damit sollte dem Eindruck begegnet werden, dass die Einwilligung des Vaters nur bei einem besonders großen Nachteil für das Kindeswohl ersetzt werden dürfe und die Interessen des Vaters tendenziell höher als die des Kindes bewertet würden. Die Bundesregierung ist in ihrer Gegenäußerung diesem Vorschlag des Bundesrates entgegengetreten (BT-Drucks. 13/4899, S. 170). Das in § 1748 Abs. 4 BGB-RegE vorgesehene Kriterium eines unverhältnismäßigen Nachteils ermögliche es in umfassender Weise, sowohl die Belange des Kindes als auch die des Vaters zu berücksichtigen. Eine am Kindeswohl ausgerichtete Interpretation der Vorschrift werde zudem bereits dadurch unterstützt, dass § 1748 Abs. 4 BGB-RegE jegliche Bezugnahme auf ein Fehlverhalten oder auf eine Erziehungsunfähigkeit des betroffenen Vaters als Voraussetzung für die Ersetzung seiner Einwilligung in die Adoption vermeide. Diese Auffassung hat sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt.

b) Wie die geschilderte Entstehungsgeschichte der Vorschrift belegt, sind bei der Prüfung, ob ein Unterbleiben der Adoption einen unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind mit sich

brächte, die Interessen des Kindes an der Adoption gegenüber den Interessen des Vaters am Fortbestand seines Elternrechts abzuwägen. Das liegt auch deshalb nahe, weil es andernfalls für die vom Wortlaut der Norm geforderte „Unverhältnismäßigkeit“ an einem Maßstab fehlte. Defizite an Zuwendung und Erziehung, wie sie § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB für die Ersetzung der elterlichen Einwilligung verlangt, werden für die sich aus § 1748 Abs. 4 BGB ergebende Ersetzungsbefugnis gerade nicht gefordert; Art und Ausmaß solcher Defizite können deshalb auch nicht die Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit des in der Ersetzung liegenden Eingriffs in das Elternrecht begründen.

Bei der somit gebotenen Abwägung der Interessen von Vater und Kind geht es nach Auffassung des Senats einerseits nicht an, das Erfordernis eines unverhältnismäßigen Nachteils auf ein bloßes Überwiegen des Kindesinteresses zu reduzieren. Das Unterbleiben der Adoption gereicht vielmehr nur dann dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil, wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde (vgl. BGH, FamRZ 2002, 94, 95 = DNotZ 2002, 545 betr. § 1618 BGB).

Bei der solchermaßen am Einzelfall ausgerichteten Interessenabwägung wird zu berücksichtigen sein, dass es in der Regel nicht dem Wohl des Kindes dient, wenn die Adoption – womöglich gar vorrangig – darauf zielt, Umgangsmöglichkeiten des Vaters für die Zukunft völlig auszuschließen (BVerfG, FamRZ 1995, 789, 793). Ebenso wird zu bedenken sein, dass sich bei einer Adoption durch den Ehemann der Mutter im Regelfall an der tatsächlichen Situation des Kindes wenig ändert, insbesondere dem Kind nicht erst durch die Adoption die Möglichkeit gegeben wird, in einer Familie aufzuwachsen, die ihm gute Chancen für seine Entwicklung bietet. Die Adoption soll in solchen Fällen einer rechtlichen Absicherung der schon bestehenden tatsächlichen Situation dienen; eine solche Absicherung kann im Interesse des Kindes liegen, wird aber – worauf auch das BVerfG hingewiesen hat (a. a. O.) – als häufig nicht unproblematisch angesehen. Auf Seiten des Vaters wird u. a. zu erwägen sein, ob und inwieweit ein gelebtes Vater-Kind-Verhältnis besteht oder bestanden hat oder welche Gründe den Vater am Aufbau oder an der Aufrechterhaltung eines solchen Verhältnisses gehindert haben.

Außerdem ist zwischen den Fällen der Adoption durch Dritte und der Adoption durch den Ehemann der Mutter (sog. Stiefkindadoption) grundsätzlich zu unterscheiden: Bei der Drittadoption wird nicht unberücksichtigt bleiben können, dass der Vater die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich beantragen kann, dieser Antrag keiner Zustimmung der Mutter bedarf und eine Annahme des Kindes erst möglich ist, wenn zuvor über den Antrag des Vaters (abschlägig) entschieden ist (§ 1672 Abs. 1, § 1747 Abs. 3 Nr. 2, § 1751 Abs. 1 Satz 6 BGB). Diese Möglichkeit des Vaters wird von Teilen der Literatur sogar als ein tragender Grund für die Regelung des § 1748 Abs. 4 BGB angesehen: Ein Vater, der von der ihm eröffneten Chance, sich sein Elternrecht im Wege der Sorge-rechtsübertragung zu bewahren, keinen Gebrauch macht, soll eine dem Kindeswohl dienliche Annahme seines Kindes durch Dritte nicht allein durch seine Weigerung verhindern können; § 1748 Abs. 4 BGB stelle deshalb für diesen Fall die Ersetzung seiner Einwilligung unter – im Vergleich zu § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB – erleichterte Voraussetzungen (vgl. etwa *Lipp/Wagenitz*, Das neue Kindschaftsrecht, 1999, § 1748 BGB Rdnr. 5). Dagegen besteht bei der Adoption durch einen Stief-

elternteil diese Möglichkeit der Sorgerechterlangung für den Vater realistischere nicht. Denn sein Antrag auf Übertragung des Sorgerechts setzt hier die Einwilligung der Mutter voraus (§ 1751 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 6 BGB). Er ist deshalb bei einer vom Ehemann der Mutter mit deren Einwilligung beantragten Adoption des Kindes chancenlos. Dieser Unterschied rechtfertigt es, die Einwilligung des Vaters in die Annahme seines Kindes in den Fällen der Stiefkindadoption nur unter strengeren Voraussetzungen als in Fällen der Drittadoption zu ersetzen. So liegen die Dinge auch hier.

c) In der Literatur wird die Verfassungsmäßigkeit des § 1748 Abs. 4 BGB in Zweifel gezogen (vgl. etwa *Staudinger/Frank*, BGB, 2001, § 1748 Rdnr. 59; *Ermann/Saar*, BGB, 11. Aufl., § 1748 Rdnr. 27). § 1748 Abs. 4 BGB knüpfe die gegenüber § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung des Vaters in die Adoption seines Kindes an den Umstand, dass der Vater mit der Mutter nicht verheiratet ist und die Eltern keine Sorgerechtsklärungen abgegeben haben. Dieser Umstand sei kein Grund, der für sich allein den mit der Ersetzung der Einwilligung verbundenen Eingriff in das Elternrecht des Vaters rechtfertige. Auch sei die Möglichkeit des Vaters, im Wege der Sorgerechtsübertragung nach § 1672 Abs. 1 BGB die elterliche Sorge für das Kind zu erlangen und so dessen Adoption zu verhindern, in den Fällen der Stiefkindadoption nicht gegeben; sie könne es schon deshalb nicht rechtfertigen, die Einwilligung des Vaters unter erleichterten Voraussetzungen zu ersetzen.

Diese Einwände sind zwar richtig, tragen den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit aber nicht. Denn ein verfassungskonformes Ergebnis wird durch das Erfordernis der Unverhältnismäßigkeit der Nachteile ermöglicht, das eine umfassende Interessenabwägung gewährleistet (vgl. *Soergel/Liermann*, BGB, 13. Aufl., § 1748 Rdnr. 40; ebenso – mit rechtspolitischer Kritik – *MünchKommBGB/Maurer*, 4. Aufl., § 1748 Rdnr. 24).

Zum Teil wird gegen die Verfassungsmäßigkeit ferner angeführt, dass nur die Einwilligung des Vaters, nicht auch die der Mutter unter den erleichterten Voraussetzungen des § 1748 Abs. 4 BGB ersetzbar sei; die Einwilligung der Mutter könne deshalb nur gemäß § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB ersetzt werden. Das gelte auch dann, wenn die elterliche Sorge dem Vater allein zustehe. Diese Differenzierung zwischen Vätern und Müttern begründet indes keine Verfassungswidrigkeit der Regelung. Sie rechtfertigt sich letztlich aus der Schutzbedürftigkeit der Mutter, die anderenfalls an einer Freigabe zur Adoption gehindert und so mit dem Kind „alleingelassen“ werden könnte. Ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht für den Vater – auch in den Fällen des § 1672 Abs. 1 BGB – nicht (BT-Drucks. 13/4899, S. 114).

2. Im vorliegenden Fall war danach anhand einer umfassenden Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob ein Unterbleiben der Annahme durch den Beteiligten zu 3 für das Kind einen so großen Nachteil begründen würde, dass dieser zum Interesse des Vaters an der Aufrechterhaltung der rechtlichen Verwandtschaft zu seinem Sohn im oben beschriebenen Sinn außer Verhältnis stünde. Diese Prüfung hat das LG, wie im Vorlagebeschluss des OLG im Einzelnen zutreffend dargestellt ist, nicht rechtsfehlerfrei vorgenommen.

Das im Vordergrund der landgerichtlichen Argumentation stehende und von der Beteiligten zu 2 wohl auch primär verfolgte Ziel, das Umgangsrecht des Vaters im Wege der Adoption zu vereiteln, trägt, wie dargelegt, eine Ersetzung der Einwilligung im Regelfall nicht. Gründe, die im vorliegenden Fall eine andere Folgerung rechtfertigen, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Die Beteiligte zu 2 hat die Auf-

gabe, ihrem Kind seinen Vater als weitere Bezugsperson nahe zu bringen und die Verbundenheit beider angemessen zu fördern. Soweit die Beteiligte zu 2 ihre Trennung vom Vater ihres Kindes bis heute nicht verarbeitet hat und das Kind – als Reaktion darauf – angeblich Angst davor empfindet, von seinem Vater besucht zu werden, spricht dies nicht für die Notwendigkeit, die Integration des Kindes in die neue Familie der Mutter rechtlich weiter abzusichern; dieser Umstand offenbart vielmehr ein tief greifendes Erziehungsversagen der Mutter, dem jedenfalls nicht mittels einer Adoption des Kindes durch ihren Ehemann abgeholfen werden kann. Das gilt auch für die – auch nach Einschätzung des LG möglicherweise nicht begründeten, jedenfalls aber nicht nachvollziehbar dargelegten – Ängste der Beteiligten zu 2, das Kind auch nur besuchsweise dem Vater zu überlassen. Dessen Belange werden in der Entscheidung des LG nur kurz und im Ganzen nur formelhaft, alles in allem aber keinesfalls hinreichend gewürdigt. Seine in der persönlichen Anhörung und in eindringlichen schriftlichen Stellungnahmen vorgetragene Beweggründe und Belange finden in dem angefochtenen Beschluss keine erkennbare Berücksichtigung. Der Hinweis des LG, dass eine Vater-Kind-Beziehung nie bestanden habe, wird dem Akteninhalt nicht gerecht und kann die vom LG ausgesprochene Ersetzung der Einwilligung nicht tragen. Auf die ausführliche Würdigung des angefochtenen Beschlusses durch das OLG wird insoweit Bezug genommen.

3. Nach allem kann die angefochtene Entscheidung nicht bestehen bleiben. Da das LG die Beteiligten ausführlich – auch persönlich – gehört hat und nach dem Akteninhalt Feststellungen, die über die vom LG aufgeführten Umstände hinausgehen, nicht zu erwarten sind, vermag der Senat in der Sache abschließend zu entscheiden. Die vom LG getroffenen Feststellungen tragen – wie dargelegt – eine Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption des Kindes durch den Beteiligten zu 3 nicht; weitere Gesichtspunkte, die das Begehren des Kindes stützen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Seine Beschwerde gegen den eine Ersetzung der Einwilligung des Vaters ablehnenden Beschluss des AG – Vormundschaftsgericht – war dementsprechend zurückzuweisen.

11. BGB § 1573 Abs. 2, 5, § 1578 Abs. 1 Satz 2 (*Zeitliche Begrenzung und Herabsetzung des Aufstockungsunterhalts*)

Zur zeitlichen Begrenzung sowie zur Herabsetzung eines Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt.

BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 190/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab Februar 1996. Die 1940 geborene Klägerin und der 1938 geborene Beklagte schlossen im September 1969 die Ehe, aus der keine Kinder hervorgegangen sind. Sie trennten sich im Jahr 1980. Auf den der Klägerin im Dezember 1980 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe im Oktober 1981 rechtskräftig geschieden.

Am 5.3.1981 schlossen die Parteien einen Scheidungsfolgenvergleich, in dem es u. a. heißt:

„1. Unterhalt

Herr D. zahlt an Frau D., beginnend mit dem 1.4.1981 einen monatlichen Unterhalt von 2.100 DM. Dieser Unterhalt soll für die Zeit von drei Jahren, mithin bis zum 31.3.1984 gezahlt werden. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Unterhaltshöhe von dem Lebenshaltungskostenindex abhängen soll. (...)

Die Parteien sind des weiteren darüber einig, dass auf den Unterhalt ein etwa von Frau D. erzielter Eigenverdienst wie folgt anzurechnen ist: Bis zum 31.3.1982 ist ein Eigenverdienst von 1.000 DM netto nicht anzurechnen. Für die Zeit danach ist ein Eigenverdienst bis 600 DM netto nicht anzurechnen. Von dem Betrag, der jeweils über 1.000 DM netto bzw. 600 DM netto erzielt wird, sind 50 % auf den von Herrn D. zu zahlenden Unterhalt anzurechnen, so dass der Unterhalt sich um einen entsprechenden 50 %-igen Betrag vermindert.

Frau D. verpflichtet sich, Herrn D. unverzüglich über Nettoeinkommen zu informieren, die den Freibetrag von 1.000 DM bzw. 600 DM netto übersteigen.

Die Parteien sind darüber einig, dass nach Ablauf der 3-Jahres-Frist, mithin nach dem 31.3.1984, die gesetzlichen Unterhaltsbestimmungen gelten sollen.

2. Einmalige Leistung für eine zusätzliche Ausbildung

Herr D. verpflichtet sich, nach Rechnungslegung einen Betrag bis 2.400 DM einmalig für eine zusätzliche Sekretärinnenausbildung Frau D. zur Verfügung zu stellen.“

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin Unterhalt in Höhe von 2.350 DM für die Zeit ab 1.6.1998 sowie einen Unterhaltsrückstand von 33.180 DM zuzüglich Zinsen für die Zeit vom 1.2.1996 bis 31.5.1998 geltend gemacht. Zur Begründung hat sie vorgetragen, dass sie aufgrund ihres Alters und ihres Gesundheitszustands nicht in der Lage sei, ihren Unterhaltsbedarf selbst zu decken. Der Beklagte sei leistungsfähig; er erziele aus seiner Geschäftsführertätigkeit höhere Einkünfte als angegeben, auch aus Beteiligungen an Gesellschaften verfüge er über Einkommen. Er versuche allerdings seine Einkommenssituation zu verschleiern.

Der Beklagte ist dem Unterhaltsbegehren entgegengetreten. Er hat die Auffassung vertreten, der Unterhaltsanspruch sei zeitlich zu begrenzen, weshalb er über die geleisteten Zahlungen hinaus nicht mehr unterhaltspflichtig sei. Abgesehen davon sei er auch nicht leistungsfähig.

Das AG hat die Klage für die Zeit bis September 1998 mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten insgesamt abgewiesen und ihr für die Zeit ab Oktober 1998 in unterschiedlicher Höhe, ab Juli 2000 in Höhe von monatlich 1.485 DM teilweise stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen und die Anschlussberufung der Klägerin, mit der sie für die Zeit ab Februar 1996 monatlichen Unterhalt von insgesamt 2.500 DM zuzüglich Zinsen auf die Rückstände begehrt hat, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die – zugelassene – Revision der Klägerin, mit der sie ihr zweitinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG. (...)

III.

(...) 2. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Dauer der Ehe der Parteien einer Anwendung des § 1573 Abs. 5 BGB nicht entgegensteht. Das Gesetz legt weder in § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB noch in § 1573 Abs. 5 BGB eine bestimmte Ehedauer fest, von der ab eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nicht mehr in Betracht kommen könnte. Wie der Senat ausgeführt hat, widerspräche es auch dem Sinn und Zweck des § 1573 Abs. 5 BGB, den Billigkeits Gesichtspunkt „Dauer der Ehe“ im Sinne einer festen Zeitgrenze – etwa von zehn Jahren – zu bestimmen, von der ab der Unterhaltsanspruch grundsätzlich keiner Befristung mehr zugänglich sein sollte (BGH, FamRZ 1990, 857, 858 f.; FamRZ 1991, 307, 310, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2006, 770).

Das Gesetz stellt vielmehr die Ehedauer als Billigkeitsgesichtspunkt gleichrangig neben die „Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit“. Dabei ist auch die Ar-

beitsteilung der Ehegatten – ebenso wie die Ehedauer – bei der Billigkeitsabwägung lediglich zu „berücksichtigen“; sie lässt sich also nicht zwingend für oder gegen eine Befristung ins Feld führen. Zudem beanspruchen beide Aspekte, wie das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, für die Billigkeitsprüfung keine Ausschließlichkeit. Die Abwägung aller danach in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe nicht verkannt und alle für die Einordnung unter diese Begriffe wesentlichen Umstände berücksichtigt hat.

Letzteres ist hier nicht der Fall.

Die – erst durch das Unterhaltsänderungsgesetz (vom 20.2.1986, BGBl I, S. 301) eingefügte – Möglichkeit, den Aufstockungsunterhalt zu befristen, beruht auf dem Gedanken, dass eine lebenslange Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards nur dann angemessen ist, wenn etwa die Ehe lange gedauert hat, wenn aus ihr gemeinsame Kinder hervorgegangen sind, die der Berechtigte betreut oder betreut hat, wenn er erhebliche berufliche Nachteile um der Ehe willen auf sich genommen hat oder wenn sonstige Gründe (z. B. Alter oder Gesundheitszustand des Berechtigten) für eine dauerhafte Lebensstandardgarantie sprechen. Liegen diese Voraussetzungen dagegen nicht vor, hat sich aber der Lebensstandard des Berechtigten durch die Ehe verbessert, wird es oft angemessen sein, ihm nach einer Übergangszeit einen Lebensstandard zuzumuten, der demjenigen entspricht, den er vor der Ehe gehabt hatte. Ein Aufstockungsunterhalt kommt dann nicht mehr bis zum vollen eheangemessenen Unterhalt (§ 1578 Abs. 1 BGB) in Betracht, sondern allenfalls in dem Umfang, den der Berechtigte aufgrund seiner eigenen beruflichen Qualifikation ohne den Eintritt ehebedingter Nachteile hätte erreichen können (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2006, 770).

Bei einer diese Zweckrichtung berücksichtigenden Gesetzesanwendung hat der Tatrichter vorrangig zu prüfen, ob sich die Einkommensdivergenz der Ehegatten, die den Anspruch auf Aufstockungsunterhalt begründet, als ein ehebedingter Nachteil darstellt, der einen dauerhaften unterhaltsrechtlichen Ausgleich zugunsten des bedürftigen Ehegatten rechtfertigt. Das hat das OLG mit der Begründung verneint, die Klägerin sei im Alter von 41 Jahren in der Lage gewesen, auf dem Arbeitsmarkt wieder Fuß zu fassen. Das ist im Ansatz nicht zu beanstanden. Unberücksichtigt bleibt indessen, dass die Klägerin nach ehebedingter elfjähriger Berufspause Nachteile bezüglich der Höhe der von ihr erzielbaren Einkünfte erlitten haben kann, die möglicherweise auch nicht dadurch kompensiert werden, dass sie die einjährige Zusatzausbildung als Fremdsprachensekretärin absolviert hat. Zweifelhaft ist auch, ob das der Klägerin zugerechnete fiktive Einkommen von monatlich 1.800 DM netto dem Verdienst einer langjährig tätigen Sekretärin entspricht. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht jedenfalls nicht getroffen.

Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin sei es bei angemessener Lebensführung möglich gewesen, ihren – nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen – Unterhaltsbedarf eigenständig zu sichern, erweist sich nach den Ausführungen unter II. 4. nicht als tragfähig. Eine solche Beurteilung kann erst erfolgen, wenn der Bedarf im Sinne des § 1578 Abs. 1 BGB festgestellt worden ist.

Schließlich sind – wie bereits ausgeführt – bei der Billigkeitsprüfung alle in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu würdigen. Dazu gehört auch das Verhältnis des Unterhaltsbe-

trages zu den verbleibenden Mitteln des Unterhaltspflichtigen (vgl. BGH, FamRZ 1988, 817, 820; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rdnr. 1035). Da das Berufungsgericht sich mit der Frage der Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht befasst hat, entzieht sich dieser für die Abwägung wesentliche Gesichtspunkt einer Beurteilung durch den Senat.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Sache ist unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das OLG zurückzuverweisen, das die unterbliebenen Feststellungen nachzuholen haben wird.

IV.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Im Rahmen der erneut vorzunehmenden Billigkeitsprüfung nach den §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB wird dem Gesichtspunkt wesentliche Bedeutung zukommen, ob die Klägerin erhebliche fortwirkende ehebedingte Nachteile in ihrer beruflichen Entwicklung zu tragen hat. Das Bestehen solcher Nachteile rechtfertigt – allerdings nur in ihrem jeweiligen Umfang und vorbehaltlich der entsprechenden Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen – einen dauerhaften unterhaltsrechtlichen Ausgleich zugunsten des unterhaltsbedürftigen Ehegatten, auch wenn im Übrigen die Voraussetzungen einer zeitlichen Begrenzung bzw. einer Herabsetzung des Unterhalts auf den angemessenen Lebensbedarf (§ 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegen.

12. BGB §§ 2213, 2214; InsO §§ 35, 36, 38, 52, 83, 86 Abs. 1 Nr. 2; ZPO § 240 (*Massezugehörigkeit eines der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlasses bei Eigeninsolvenz des Erben*)

- a) **Ein der Testamentsvollstreckung unterliegender Nachlass fällt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben in die Insolvenzmasse.**
- b) **Der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass, der in die Insolvenzmasse fällt, bildet bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung eine Sondermasse, auf die die Nachlassgläubiger, nicht aber die Erbengläubiger Zugriff nehmen können.**
- c) **Der gegen den Erben wegen des Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruchs zu führende Rechtsstreit ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen gegen den Insolvenzverwalter zu richten. Ein infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochener Prozess gegen den Erben ist gegen den Insolvenzverwalter aufzunehmen.**
- d) **Die Verurteilung des Insolvenzverwalters zur Zahlung wegen eines Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruchs gegen den Schuldner ist auf den vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass zu beschränken.**
- e) **Bei Testamentsvollstreckung kann der Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruch gegen den Schuldner in voller Höhe zur Tabelle angemeldet und durch Urteil festgestellt werden.**

BGH, Urteil vom 11.5.2006, IX ZR 42/05, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die beiden Kläger sind die Söhne der Erblasserin aus erster Ehe, der ehemalige Beklagte zu 1 (im Folgenden: Schuldner) ihr Sohn aus zweiter Ehe. Die Erblasserin setzte den Schuldner testamentarisch als Alleinerben ein. Gleichzeitig ordnete sie „bis zur Regelung aller Erbangelegenheiten“ Testamentsvollstreckung an und bestimmte den am Revisionsverfahren nicht beteiligten Beklagten zu 2 zum Testamentsvollstrecker. Der Schuldner nahm die Erbschaft an, der Beklagte zu 2 trat das Amt des Testamentsvollstreckers an. Die Kläger erhoben wegen ihrer Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche Stufenklage auf Auskunft und Zahlung gegen den Schuldner sowie Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlass gegen den Testamentsvollstrecker. Der ehemalige Beklagte zu 1 wurde zunächst rechtskräftig zur Auskunft verurteilt. Danach wurde über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet; der jetzige Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagter) wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Schuldner erteilte die Auskunft; die Kläger meldeten ihre Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche zur Tabelle an. Nachdem der Beklagte die angemeldeten Beträge bestritten hatte, haben die Kläger den Rechtsstreit aufgenommen und vom Beklagten Auszahlung ihrer Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche aus dem Nachlass verlangt, für den Fall des Ausfalls Feststellung ihrer Ansprüche zur Tabelle. Gegen den Testamentsvollstrecker haben sie den Duldungsanspruch weiterverfolgt, den dieser in Höhe der Verurteilung des Beklagten anerkannt hat. Das LG hat der Klage stattgegeben, den Beklagten jedoch unbeschränkt zur Zahlung verurteilt. Auf die Berufungen des Beklagten und der Kläger hat das Berufungsgericht (das Urteil ist unter anderem abgedruckt in ZIP 2005, 452) die Zahlungspflicht auf den Nachlass beschränkt und die weitergehende Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. (...)

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Prüfung stand.

1. Der Beklagte ist hinsichtlich des gesamten Klageanspruchs, also auch hinsichtlich der Zahlungsansprüche, passiv legitimiert, weil der Nachlass in die Insolvenzmasse fällt, §§ 35, 36, 80 Abs. 1 InsO.

Es ist allerdings umstritten, ob ein Nachlass, für den Testamentsvollstreckung angeordnet ist, Bestandteil der Insolvenzmasse ist, wenn über das Vermögen des Erben das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Das wird unter Berufung auf § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 2214 BGB zum Teil abgelehnt (OLG Düsseldorf, KTS 1962, 115, 116; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2214 Rdnr. 1, 3; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2214 Rdnr. 3; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB § 2214 Rdnr. 4; *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 35 Rdnr. 19; *Braun/Bäuerle*, InsO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 8; *Muscheler*, Die Haftungsanordnung der Testamentsvollstreckung, S. 101), nach anderer Auffassung dagegen bejaht (LG Aachen, NJW 1960, 46, 48; *Gottwald/Eickmann*, Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl., § 31 Rdnr. 129; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 234 Rdnr. 6; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 83 Rdnr. 5; *Kübler/Prütting/Liike*, InsO, § 83 Rdnr. 7; *MünchKommInsO/Siegmann*, § 331 Rdnr. 7; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 17. Aufl., Rdnr. 474).

Das Berufungsgericht hat sich zutreffend der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen.

a) Ist der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder während des Verfahrens Erbe geworden, fällt der Nachlass vorläufig in die Masse. Die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft steht aber ausschließlich dem Schuldner zu, § 83 Abs. 1 InsO. Hat er die Erbschaft angenommen, kann er sie gemäß § 1943 BGB nicht mehr aus-

schlagen, es tritt hinsichtlich der Erbschaft Vollerwerb ein (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 1942 Rdnr. 2; MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 3).

Ab diesem Zeitpunkt ist der Nachlass endgültig Bestandteil der Insolvenzmasse (MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 5; HK-InsO/*Eickmann*, 4. Aufl., § 83 Rdnr. 3 f.; *Kübler/Prütting/Lüke*, § 83 Rdnr. 5 f.), aus der die Nachlassgläubiger und die Eigengläubiger des Erben (Erbengläubiger) zu befriedigen sind, sofern nicht eine Trennung der Vermögensmassen durch Insolvenzverwalter, Erben oder Nachlassgläubiger herbeigeführt wird, namentlich durch Beantragung der Nachlassverwaltung oder des Nachlassinsolvenzverfahrens, §§ 1975 ff. BGB (MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 6 f.; HK-InsO/*Eickmann*, § 83 Rdnr. 5; *Kübler/Prütting/Lüke*, § 83 Rdnr. 6).

b) Für den Fall der Testamentsvollstreckung kann nichts anderes gelten. Auch hier fällt der Nachlass mit dem Erbfall vorläufig, mit der Annahme der Erbschaft endgültig in die Masse. Die Testamentsvollstreckung besteht allerdings auch während des Insolvenzverfahrens fort mit der Folge, dass die Verfügungsbeschränkung des Erben nach § 2211 BGB auch für den Insolvenzverwalter gilt, die Erbengläubiger keine Befriedigung aus den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenständen verlangen können (§ 2214 BGB) und der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse den Nachlass verwalten und über Nachlassgegenstände verfügen kann. Bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung kann daher der Insolvenzverwalter den Nachlass nicht verwerten. Danach unterliegt er seinem Verwertungsrecht (MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 8; *Kübler/Prütting/Lüke*, § 83 Rdnr. 7; *Uhlenbruck*, § 83 Rdnr. 5; *Gottwald/Eickmann*, § 31 Rdnr. 129 f.).

Die hiergegen vorgebrachten Argumente der Revision greifen nicht durch:

aa) Soweit sich die Revision mit der oben zitierten Gegenmeinung auf § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO i. V. m. § 2214 BGB beruft, wird dem Umstand nicht hinreichend Bedeutung zugemessen, dass der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass gemäß § 2214 BGB nicht schlechthin unpfändbar ist, sondern nur für die Gläubiger des Erben (Schuldners), die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören. Selbst den Gläubigern des Erben ist der Nachlass nicht auf Dauer, sondern nur für die Dauer der Testamentsvollstreckung entzogen. Von einer Unpfändbarkeit im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO kann daher nicht ausgegangen werden.

Die Kläger des vorliegenden Rechtsstreits sind im Übrigen Nachlassgläubiger; sie können sich auch gemäß § 2214 BGB an die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände halten.

bb) Der Schutzzweck des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO wird durch den eintretenden Insolvenzbeschlagnicht berührt. § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO will den Schuldner vor einem Verlust sämtlicher Vermögensgegenstände schützen und ihm einen unantastbaren Bereich persönlicher und lebensnotwendiger Güter bewahren (MünchKommInsO/*Peters*, § 36 Rdnr. 1; *Kübler/Prütting/Holzer*, § 36 Rdnr. 2). Dieser Schutzzweck wird durch § 2214 BGB nicht beeinträchtigt. Diese Vorschrift hat keinen Einfluss auf den von § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO geschützten Kernbereich der dem Schuldner verbleibenden Güter. Diese verbleiben ihm unabhängig von der Zuordnung des Nachlasses.

§ 2214 BGB bezweckt demgegenüber, dem Testamentsvollstrecker die Erfüllung seiner Aufgaben zu erleichtern (*Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. V, S. 868). Dieser soll nicht

verpflichtet sein, den Erbengläubigern laufend Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu erteilen (*Achilles/Gebhardt/Spahn*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. V, S. 297). Darüber hinaus soll das Vollstreckungsverbot das Verfügungsverbot des § 2211 Abs. 1 BGB absichern (*Achilles/Gebhardt/Spahn*, a. a. O.).

cc) Für die Lösung, den Nachlass als Teil der Insolvenzmasse anzusehen, sprechen auch die Aufgaben des Insolvenzverwalters. Er muss den Nettowert des Nachlasses für die Insolvenzmasse sichern und sich zu diesem Zweck so schnell wie möglich einen Überblick über den Nachlass verschaffen. Wenn dieser überschuldet ist, hat der Verwalter die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen, um die Masse vor dem Zugriff der Nachlassgläubiger zu schützen (vgl. *Uhlenbruck/Lüer*, § 317 Rdnr. 10; MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 6; HK-InsO/*Eickmann*, § 83 Rdnr. 4; *Marotzke*, FS Otte [2005] 223, 228 f., 230). Wenn der Nachlass hingegen werthaltig ist, muss er prüfen, ob es zweckmäßig ist, Ansprüche aus § 2217 BGB geltend zu machen.

Der Insolvenzverwalter wird dadurch nicht gezwungen, auf Kosten der Masse aufwendige Prozesse zu führen. Soweit er den Anspruch für begründet hält, kann er ihn nach Prüfung (ganz oder teilweise) anerkennen. Hält er den Rechtsstreit wegen geringer Aussichten auf eine Mehrung der Masse für unzumutbar und ist eine Beeinträchtigung der Masse infolge Erbenhaftung nicht zu befürchten, kann er die Erbschaft freigeben. Das Kostenrisiko ist damit nicht höher als bei anderen Streitigkeiten, die zu einer Mehrung der Masse führen können, etwa bei Anfechtungsprozessen.

dd) Die Revision weist unter Bezugnahme auf Stimmen in der Literatur (v. *Buch*, NJW 1960, 46, 47; *Muscheler*, S. 101 f.) darauf hin, dass der Testamentsvollstrecker gemäß § 2206 BGB berechtigt ist, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen. Sie meint, dass im Falle einer Beendigung der Testamentsvollstreckung vor Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten, etwa infolge Tod des Testamentsvollstreckers, der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet sei, alle diese Gläubiger zu befriedigen, da diese bei Eingehung einer Verbindlichkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder Masse- noch Insolvenzgläubiger seien. Deshalb würde jedenfalls nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben niemand mehr mit dem Testamentsvollstrecker kontrahieren wollen, die Arbeit des Testamentsvollstreckers also erheblich beeinträchtigt werden.

Diese Überlegung rechtfertigt keine andere Beurteilung: Der Erblasser kann für den Fall, dass das Amt des Testamentsvollstreckers vorzeitig endet, Vorsorge für die Übernahme des Amtes durch eine weitere Person treffen (vgl. §§ 2197 bis 2200 BGB). Der Testamentsvollstrecker ist in der Lage, die Ansprüche von Vertragspartnern in geeigneter Weise abzusichern, ihnen etwa Sicherungsrechte an Nachlassgegenständen einzuräumen. Sind seit der Annahme der Erbschaft noch keine zwei Jahre vergangen, kann außerdem der Nachlassgläubiger gemäß § 1981 Abs. 2 BGB Nachlassverwaltung beantragen. Dadurch wird die Erfüllung seiner Forderung aus dem Nachlass sichergestellt. Innerhalb dieser Frist besteht die Möglichkeit, bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu stellen (§§ 317, 320 InsO) und so den Zugriff der Erbengläubiger auf den Nachlass auszuschließen. Nach Ablauf der Frist kann jedenfalls der Insolvenzverwalter nach § 1981 Abs. 1 BGB Antrag auf Nachlassverwaltung stellen (MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 6).

Letztlich ist § 331 Abs. 1 InsO entsprechend anwendbar (MünchKommInsO/*Siegmann*, § 331 Rdnr. 7; HK-InsO/

Marotzke, § 331 Rdnr. 7). Dies hat gemäß § 52 InsO zur Folge, dass der Nachlassgläubiger auch für die vom Testamentsvollstrecker nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Nachlassverbindlichkeiten wenigstens als Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben teilnehmen kann.

c) Der unter Testamentsvollstreckung stehende Nachlass bildet eine Sondermasse (vgl. BGHZ 71, 296, 304; OVG Berlin, ZIP 1995, 1432, 1434), aus der nur die Nachlassgläubiger zu befriedigen sind (*Gottwald/Eickmann*, § 31 Rdnr. 129 f.; HK-InsO/*Marotzke*, § 331 Rdnr. 7; MünchKommInsO/*Siegmann*, § 331 Rdnr. 7). Die Bildung einer Sondermasse ist immer dann erforderlich, wenn aus einem Teil der Masse nur bestimmte Gläubiger befriedigt werden, während den anderen Gläubigern nur die übrige Masse haftet (vgl. *Jaeger/Henckel*, InsO, § 35 Rdnr. 141; MünchKommInsO/*Lwowski*, § 35 Rdnr. 74; *Uhlenbruck*, InsO, § 35 Rdnr. 7). Das Erfordernis der Sondermasse ergibt sich hier aus § 2214 BGB.

Diese Lösung ist sachgerecht. Einerseits können hiernach die Nachlassgläubiger die Erbengläubiger vom Zugriff auf den Nachlass ausschließen (vgl. § 2214 BGB). Andererseits endet ihr Vorrecht mit dem Ende der Testamentsvollstreckung, weil sich mit deren Wegfall die Sondermasse mit der übrigen Insolvenzmasse vereinigt.

d) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, sind bei Testamentsvollstreckung Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB gegen den Erben und nicht gegen den Testamentsvollstrecker geltend zu machen (BGHZ 51, 125, 129; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2213 Rdnr. 13; *Palandt/Edenhofer*, § 2213 Rdnr. 6). Daneben braucht der Pflichtteilsberechtigte aber, will er sich durch Zwangsvollstreckung in den der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlass befriedigen, gegen diesen einen Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 2213 Abs. 3 BGB, § 748 Abs. 3 ZPO (BGHZ 51, 125, 130; MünchKommBGB/*Zimmermann*, a. a. O.; *Palandt/Edenhofer*, a. a. O.). Die Zahlungsklage muss deshalb nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Insolvenzverwalter gerichtet werden, weil auf diesen das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners gemäß § 80 Abs. 1 InsO übergegangen ist, soweit es sich nicht beim Testamentsvollstrecker befindet. Letzteres ist hier nicht der Fall, wie sich aus § 2213 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 BGB ergibt.

aa) Entgegen der Auffassung der Revision besteht für die Passivlegitimation des Insolvenzverwalters auch ein Bedürfnis zum Schutz der Insolvenzgläubiger. Nur wenn der Insolvenzverwalter an die Stelle des Erben tritt, kann er die Berechtigung der geltend gemachten Pflichtteilsansprüche überprüfen und so eine Schädigung der Masse verhindern. In aller Regel wird zwar der Streit um den Pflichtteil zwischen den Berechtigten, den Erben und dem Testamentsvollstrecker einvernehmlich geregelt werden. Aber auch in diesem Fall muss der Insolvenzverwalter beteiligt werden, um Regelungen zu Lasten der Erbengläubiger zu verhindern. Die Wahrung der Interessen der Erbengläubiger durch den Testamentsvollstrecker ist nicht gesichert. Dieser hat gegenüber den Erbengläubigern keine Verpflichtung. Es ist nicht seine Aufgabe, deren Vermögensinteressen zu schützen. Im Gegenteil wird er sich aufgrund der Nähe zum Erblasser eher dem Erben verpflichtet fühlen. Der Schadensersatzanspruch aus § 2219 BGB schützt die Erbengläubiger nicht, weil die Zustimmung des Erben zur Verfahrensweise des Testamentsvollstreckers den Schadensersatzanspruch entfallen lässt (MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2219 BGB Rdnr. 3).

bb) In der Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB sei auf den Fall des Insolvenzverfahrens analog anzuwenden (*Marotzke*, ZEV 2005, 310). Der Insolvenzverwalter dürfe den Schuldner in Pflichtteilsangelegenheiten nicht „bevormunden“; das ergebe sich schon daraus, dass dies auch der Testamentsvollstrecker nicht dürfe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Den Materialien zum BGB ist nicht zu entnehmen, dass der Streit um das Erb- oder Pflichtteilsrecht für den Erben höchstpersönlicher Natur ist. Vielmehr geht es in § 2213 BGB darum, die vormalige Stellung des Testamentsvollstreckers als gleichsam fortlebendem Erblasser zurückzudrängen. Der Testamentsvollstrecker trat nach gemeinem Recht an die Stelle des Erblassers und war damit der berufene Verteidiger des Testaments, also der testamentarisch bestimmten Erben gegen die gesetzlichen Erben (RGZ 9, 208, 210; dagegen aber RG, Seufferts Archiv 46 Nr. 269). Nach den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs soll der Streit um das Erbrecht auch bei Anordnung der Testamentsvollstreckung zwischen den vermeintlichen Erben ausgetragen werden (*Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. V, S. 125, 676 f.). Der Testamentsvollstrecker hat die testamentarischen Bestimmungen auszuführen, nicht als Vertreter des Erblassers das Testament zu verteidigen (*Achilles/Gebhardt/Spahn*, S. 300). Das Pflichtteilsrecht steht dabei dem Erbrecht gleich; wahrer Beklagter auch dieses Anspruchs ist der Erbe (*Mugdan*, a. a. O., S. 677; *Achilles/Gebhardt/Spahn*, S. 300).

Soweit in der Literatur angenommen wird, der Regelung des § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB liege der Gedanke zugrunde, dass das Pflichtteilsrecht dem außerhalb der Verwaltung liegenden Erbrecht nahe stehe und für den Erben häufig mit persönlichen Problemen verbunden sei (MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2213 Rdnr. 13; § 2205 Rdnr. 7; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003 § 2213 Rdnr. 16), kann dies nicht zu einer gleichartigen Beschränkung des Aufgabenkreises des Insolvenzverwalters führen. Anders als der Testamentsvollstrecker, der nicht zur Führung von Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht und das Pflichtteilsrecht berufen ist, geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners über sein Vermögen umfassend auf den Insolvenzverwalter über, § 80 Abs. 1 InsO. Als höchstpersönliches Recht ist dem Schuldner das Recht auf Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft in § 83 InsO vorbehalten. Weitergehende höchstpersönliche Rechte sieht die InsO in diesem Zusammenhang aber nicht vor. § 83 Abs. 1 InsO ist eine abschließende Sondervorschrift (MünchKommInsO/*Schumann*, § 83 Rdnr. 13; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO § 83 Rdnr. 12). Eine Regelungslücke besteht danach nicht. Der Streit um den Pflichtteil betrifft damit im Insolvenzverfahren einen allgemeinen vermögensrechtlichen Anspruch, kein höchstpersönliches Recht des Erben. Die rechtliche Auseinandersetzung hierüber obliegt im Interesse der Insolvenzgläubiger dem Insolvenzverwalter.

2. Der Rechtsstreit war durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gemäß § 240 ZPO unterbrochen worden, weil er die Insolvenzmasse betraf. Er ist von den Klägern wirksam in vollem Umfang gegen den Beklagten aufgenommen worden.

a) Hinsichtlich der Anträge auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an die Kläger aus dem vom Beklagten zu 2 verwalteten Nachlass der Erblasserin hat das Berufungsgericht dies zutreffend aus einer entsprechenden Anwendung des § 86 Abs. 1 Nr. 2 InsO entnommen. Die Kläger können aus dem von ihnen angestrebten Urteil in das aus dem Nachlass gebildete Sondervermögen, das der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, vollstrecken. Die zunächst gemäß § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB gegen den Erben zu erhebende

Zahlungsklage war nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter zu richten. Die Aufnahme eines solchen Rechtsstreits gegen den Erben ist in der Insolvenzordnung zwar nicht geregelt. Dieser Fall ist aber nach der Interessenlage der Beteiligten demjenigen bei Bestehen eines Absonderungsrechtes vergleichbar, bei dem abgesonderte Befriedigung aus einem Pfandrecht gemäß §§ 50, 166 bis 173 InsO verlangt werden kann.

b) Soweit die Feststellung zur Tabelle begehrt wird, handelt es sich um eine Insolvenzforderung, die nach der Anmeldung zur Tabelle und dem Bestreiten des Beklagten gemäß §§ 87, 174 f. InsO durch Aufnahme des Rechtsstreits gegen den Beklagten und Umstellung in einen Feststellungsantrag weiterverfolgt werden kann (MünchKommInsO/Schumacher, § 85 Rdnr. 3; § 86 Rdnr. 21).

3. Die Kläger können den Beklagten auf Zahlung in Anspruch nehmen. Auch dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 86 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Der Grund und die Höhe des Anspruchs gegen den Schuldner sind in der Revision nicht mehr im Streit. Im Hinblick darauf, dass die Forderung gegen die Masse nur eine Insolvenzforderung ist, muss jedoch die Zahlungsverpflichtung auf das Sondervermögen des Nachlasses beschränkt werden. Auch dies hat das Berufungsgericht zutreffend gesehen.

4. Die Kläger können auch die Feststellung ihres Anspruchs zur Tabelle verlangen. Sie waren bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 1967 Abs. 1 und 2 BGB Gläubiger des Schuldners und damit wegen der gesamten Forderung Insolvenzgläubiger gemäß § 331 Abs. 1 InsO analog, § 52 Satz 1 InsO (BGH ZiP 2006, 1009). Befriedigung aus der Insolvenzmasse können sie allerdings nur beanspruchen, wenn sie auf die Verwertung des Nachlasses verzichten oder der Erlös nicht zu ihrer Befriedigung ausreicht (§ 52 Satz 2 InsO; MünchKommInsO/Füchsl/Weishäupl, § 190 Rdnr. 2; Kübler/Prütting, § 52 Rdnr. 4). Die Forderung der Kläger ist deshalb vom Berufungsgericht zutreffend in voller Höhe zur Tabelle festgestellt worden (vgl. BGH WM 1961, 427, 429; MünchKommInsO/Ganter, § 52 Rdnr. 19; MünchKommInsO/Füchsl/Weishäupl, § 190 Rdnr. 2; Jaeger/Henckel, § 52 Rdnr. 21 f.). Die vorgenommene Beschränkung auf den Ausfall ist überflüssig, aber unschädlich (MünchKommInsO/Ganter, § 52 Rdnr. 19; MünchKommInsO/Füchsl/Weishäupl, § 190 Rdnr. 2; Jaeger/Henckel, § 52 Rdnr. 21 f.). Die Feststellung bedeutet, dass die Forderung in voller Höhe festgestellt ist, bei der Verteilung aber nur in Höhe des nachgewiesenen Ausfalls berücksichtigt, in das endgültige Teilungsverzeichnis gemäß §§ 188, 189 Abs. 1, §§ 190, 193 InsO aufgenommen und bei der (Schluss-)Verteilung berücksichtigt wird (vgl. MünchKommInsO/Ganter, § 52 Rdnr. 20; MünchKommInsO/Füchsl/Weishäupl, § 190 Rdnr. 2, 6; § 193 Rdnr. 4; Jaeger/Henckel, InsO, § 52 Rdnr. 22). Durch die Feststellung in voller Höhe ist der Betrag entgegen der Auffassung der Revision auch hinreichend bestimmt.

Anmerkung:

Das auf der Ebene des Verfahrensrechts ergangene Urteil des BGH beschäftigt sich erstmals mit der Frage, inwieweit ein von einem Testamentsvollstrecker verwalteter Nachlass bei einer Eigeninsolvenz des Erben Bestandteil der Insolvenzmasse ist und beantwortet die sowohl praxisrelevanten als auch dogmatisch interessanten Rechtsfragen im Ergebnis weitgehend überzeugend.

1. Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen bei Nachlassverwaltung durch einen Testamentsvollstrecker

Ausgangspunkt des Falls war die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch zwei nicht als Erben eingesetzte Kinder. Nach § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB kann ein Pflichtteilsanspruch, auch wenn der Nachlass durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet wird, nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Dem Testamentsvollstrecker steht insoweit kein passives Prozessführungsrecht zu. Zur Vollstreckung in das vom Testamentsvollstrecker verwaltete Nachlassvermögen benötigt der Gläubiger allerdings neben dem Titel gegen den Erben auch einen Duldungstitel gegen den Testamentsvollstrecker (§ 748 Abs. 3 ZPO). Ohne einen Titel gegen den Testamentsvollstrecker kann der Gläubiger auf diese Vermögensmasse nicht zugreifen. Aus prozesstaktischen Gründen ist es daher in der Regel für den Gläubiger ratsam, den Erben auf Leistung und den Testamentsvollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlass zu verklagen.¹

Im Wege der Stufenklage wurde gegen den Erben auch Klage auf Auskunft erhoben. Nicht weiter befassen musste sich der BGH mit der Problematik ob bezüglich dieses Auskunftsanspruchs der Testamentsvollstrecker entgegen § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB ebenfalls als passiv legitimiert anzusehen ist, da der Erbe den Auskunftsanspruch häufig mangels Kenntnis nicht erfüllen kann.²

2. Einfluss der Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Erben auf die Befugnisse des Testamentsvollstreckers

Nach § 240 ZPO wird das Verfahren im Fall der Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Erben unterbrochen, bis es nach den für die Insolvenz geltenden Vorschriften durch den Insolvenzverwalter wieder aufgenommen wird. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nicht beeinträchtigt werden. Die Vorschriften der §§ 2211 und 2214 BGB gelten unverändert weiter, so dass Eigengläubiger des Erben nicht die Möglichkeit haben, sich an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände zu halten und die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch die Anordnung der Eigeninsolvenz des Erben nicht berührt wird. Die sich für den Erben nach § 2211 BGB ergebende Verfügungsbeschränkung schlägt daher auch auf den Insolvenzverwalter durch.

a) Begründungsansätze in der Literatur

Die Begründung für dieses Ergebnis ist allerdings unterschiedlich. Ein Teil der Literatur beruft sich unter Hinweis auf die während der Dauer der Testamentsvollstreckung bestehende Unpfändbarkeit auf § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO, § 2214 BGB und sieht den Nachlass während der Dauer der Testamentsvollstreckung nicht als Bestandteil der Insolvenzmasse. Die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse tritt entsprechend der Regelung des § 35 Alt. 2 InsO erst mit Wegfall der Testamentsvollstreckung ein.³ Die abweichende Auffassung rechnet dagegen den Nachlass mangels anderweitiger gesetzlicher Vorschriften

¹ AnwK-BGB/Weidlich, § 2213 Rdnr. 21; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2213 Rdnr. 8.

² Vgl. hierzu Klingelhöffer, ZEV 2000, 262.

³ Vgl. Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, § 2214 Rdnr. 4; Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 35 Rdnr. 19. Anders die frühere Regelung der Konkursordnung, wo ein Neuerwerb des Gemeinschuldners konkursfreies Vermögen darstellte.

von Anfang an zur Insolvenzmasse, ohne dass dies zu einer Beeinträchtigung der Rechte des Testamentsvollstreckers führt.⁴

b) Auffassung des BGH

Der BGH schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an, insbesondere mit der Begründung, dass für eine Herausnahme aus der Insolvenzmasse keine rechtliche Grundlage gegeben sei. Die Regelung des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO i. V. m. § 2214 BGB hält er nicht für anwendbar, da die Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO eine generelle Unpfändbarkeit von Vermögensgegenständen voraussetzt und nicht wie bei einer Testamentsvollstreckung eine in der Regel nur vorübergehende Unpfändbarkeit. Ferner ist die Unpfändbarkeit auch nicht für alle Gläubiger des Erben ausgeschlossen, sondern nur für diejenigen, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören. Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen stellt damit während der Dauer der Testamentsvollstreckung eine Sondermasse dar, welche sich erst ab deren Beendigung mit der übrigen Insolvenzmasse vereinigt.

Bezüglich der Nachlassgläubiger wendet der BGH § 331 InsO analog an. Dies bedeutet, dass die Nachlassgläubiger auch am Erbeninsolvenzverfahren teilnehmen, wobei der normalerweise in § 331 InsO vorausgesetzte Verlust des Rechts des Erben, seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken, hierfür keine Voraussetzung sein dürfte.⁵ Befriedigung aus der Erbeninsolvenzmasse erhalten die Nachlassgläubiger aber nur insoweit, als sie auf die Befriedigung aus dem Nachlassermögen verzichten oder einen Ausfall erlitten haben (§ 52 Satz 2 InsO). Kommt es zusätzlich durch Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens oder der Anordnung einer Nachlassverwaltung zu einer Beschränkung der Erbenhaftung auf den Nachlass, können sich die Nachlassgläubiger nur noch an den Nachlass halten.⁶

Der BGH befürwortet diese Lösung, obwohl nicht entscheidungserheblich, auch hinsichtlich derjenigen Nachlassgläubiger, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben aufgrund von Rechtsgeschäften mit dem Testamentsvollstrecker Forderungen erwerben. Hier hätte man sich allerdings eine ausführlichere Auseinandersetzung mit dieser auch in der Literatur noch weitgehend ungeklärten Problematik gewünscht.⁷

c) Konsequenz für das prozessuale Verfahren

Die Zuordnung des Nachlasses zur Insolvenzmasse führt dazu, dass durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Leistungsklage nicht mehr gegenüber dem Erben verfolgt werden kann. Für die Lösung des BGH spricht insoweit auch, dass sie dem Interessenkonflikt zwischen den Eigengläubigern des Erben und den Nachlassgläubigern am ehesten gerecht wird. Allein aufgrund der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers lässt sich eine Schädigung der Masse, z. B. durch mangelhafte Überprüfung der Berechtigung von Pflichtteilsansprüchen, nicht ausreichend verhindern. Dem Testamentsvollstrecker obliegen anders als dem Insolvenzverwalter gegenüber den Erbengläubigern keine Sicherungspflichten. Aus diesem Grund erteilt der BGH auch denjenigen

Stimmen in der neueren Literatur eine Absage, die § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB auf den Insolvenzverwalter analog anwenden wollen verbunden mit der Folge, dass die Prozessführungsbefugnis des Erben fortbesteht.⁸ Begründet wird die beim Testamentsvollstrecker sich aus § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB ergebende Beschränkung der Prozessführungsbefugnis überwiegend damit, dass das Pflichtteilsrecht dem außerhalb der Verwaltung des Testamentsvollstreckers liegenden Erbrecht nahe steht und für den Erben häufig mit persönlichen Problemen verbunden ist. Ihm soll daher die Prozessführungsbefugnis verbleiben.⁹ Nach dem BGH lässt sich dieser Gedanke nicht auf den Insolvenzverwalter übertragen. Er weist darauf hin, dass gemäß § 80 Abs. 1 InsO das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Schuldners grundsätzlich umfassend auf den Insolvenzverwalter übergeht und dem Insolvenzverwalter die Befugnis zur Führung von Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf das Erbrecht nicht grundsätzlich, sondern nur hinsichtlich der Rechte auf Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft entzogen ist. § 83 Abs. 1 InsO ist daher als abschließende Sondervorschrift zu sehen.

3. Ergebnis

Die Ausführungen des BGH betreffen nur die Fallkonstellation, dass die Erbeninsolvenz nach dem Erbfall eintritt, nicht jedoch die Konstellation, dass das Insolvenzverfahren bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls eröffnet ist. Qualifiziert man in diesem Fall trotz der Zugehörigkeit des Nachlasses zur Insolvenzmasse die Nachlassgläubiger weder als Insolvenz- noch als Massegläubiger,¹⁰ so spricht einiges dafür, bei der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen die passive Prozessführungsbefugnis weiterhin dem Erben zuzugestehen.¹¹ Für die Rechte und Befugnisse des Testamentsvollstreckers ist der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung dagegen unerheblich. Wird das Insolvenzverfahren nicht über das Vermögen des Erben, sondern über den Nachlass eröffnet, ruhen die Verwaltungsrechte des Testamentsvollstreckers, soweit der Nachlass von der Beschlagnahme erfasst wird.¹² Seine Befugnisse leben insoweit erst nach Beendigung des Verfahrens wieder auf.¹³

Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth

⁸ *Marotzke*, ZEV 2005, 311; *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2213 Rdnr. 6; a. M. OLG Köln, ZEV 2005, 307, 309.

⁹ Vgl. *Staudinger/Reimann*, BGB, § 2213 Rdnr. 16; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2213 Rdnr. 13.

¹⁰ Vgl. hierzu *Marotzke* in FS Otte, 2005, S. 223, 235 ff.

¹¹ *Siegmann*, ZEV 2006, 408, 409.

¹² *Staudinger/Reimann*, § 2205 Rdnr. 152.

¹³ *Palandt/Edenhofer*, § 2205 Rdnr. 3; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2205 Rdnr. 3.

⁴ Vgl. *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 17. Aufl. 2005, Rdnr. 474; *Bengel/Reimann/D. Mayer*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, V Rdnr. 411 f.

⁵ So die Kommentierung HK-InsO/*Marotzke*, 4. Aufl. 2005, § 331 Rdnr. 7, auf die der BGH verweist.

⁶ Vgl. hierzu HK-InsO/*Marotzke*, § 331 Rdnr. 7; *Marotzke*, in FS Otte, 2005, S. 223, 225 ff.

⁷ Insoweit ablehnend *Siegmann*, ZEV 2006, 408, 409. Vgl. zur ähnlich gelagerten Frage der Erbeninsolvenz vor Eintritt des Erbfalls *Marotzke* in FS Otte, 2005, S. 223, 235 ff.

¹³ BGB §§ 2075, 2269, 2270 (*Auslegung einer Pflichtteils-klausel*)

Zur Auslegung einer Pflichtteils-klausel (Verwirkungsklausel) im Berliner Testament, wenn ein als Schlusserbe eingesetzter Abkömmling nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils dem überlebenden Elternteil die Zahlung des Pflichtteils als Darlehen hochverzinslich stundet und diesen Anspruch durch eine Grundschuld absichern lässt. Ein solches Verhalten kann als „Verlangen des Pflichtteils“ ausgelegt werden.

OLG München, Beschluss vom 29.3.2006, 31 Wx 007/06 und 008/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Die verwitwete Erblasserin ist am 30.12.2003 im Alter von 90 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist am 26.4.1981 vorverstorben. Aus der Ehe der Erblasserin stammen drei Kinder, die Beteiligten zu 1 bis 3. Am 10.12.1977 errichteten die Ehegatten ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzen und ferner bestimmten:

„Das gesetzliche Pflichtteil ist erst nach Ableben des zweiten Elternteils fällig. Sollte einer der Berechtigten dasselbe nach Ableben des ersten Elternteils verlangen, so scheidet er von vornherein aus der endgültigen Verteilung der Erbmasse aus.“

Am 20.5.1980 verfassten die Eheleute ein weiteres handschriftliches gemeinschaftliches Testament, das wörtlich dem vom 10.12.1977 entspricht, jedoch noch die weitere Bestimmung enthält:

„Unser Sohn H. V.“ soll „aus unserem Erbe nichts erhalten (...)“

Am 28.7.1980 erklärte der Beteiligte zu 1 mit notarieller Urkunde gegenüber seinen Eltern einen Verzicht auf seine gesetzlichen Pflichtteilsansprüche für sich und seine Abkömmlinge. Am 1.9.1996 erklärten die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 handschriftlich den Widerruf des erklärten „Erbeilverzichts“.

Am 3.12.1981 schloss die Erblasserin mit der Beteiligten zu 3 eine „Vereinbarung über einen Pflichtteilsanspruch“, in der die Erblasserin den Pflichtteilsanspruch der Beteiligten zu 3 dem Grunde und der Höhe nach anerkannte und die Parteien eine Stundung des Anspruchs bis zum Tod der Erblasserin sowie eine Verzinsung des Anspruchs in Höhe von 9,5 % ab Oktober 1981 vereinbarten. Eine entsprechende Vereinbarung schloss die Erblasserin auch mit dem Beteiligten zu 2.

Am 23.12.1981 wurde zugunsten des Beteiligten zu 2 eine Grundschuld über 15.000 DM und eine weitere Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3 über 25.000 DM, jeweils jährlich zu verzinsen mit 9,5 %, zu Lasten des Grundstücks der Erblasserin eingetragen. Zusätzlich erhielt der Beteiligte zu 2 von der Erblasserin 10.000 DM.

Am 7.3.1983 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, in dem sie die Beteiligten zu 1 bis 3 als Erben zu gleichen Teilen einsetzte. Am 20.11.1996 errichtete die Erblasserin ein weiteres notarielles Testament, in dem sie alle bisherigen letztwilligen Verfügungen aufhob und den Beteiligten zu 1 als ihren Alleinerben und die Beteiligten zu 2 und 3 als Ersatzerben einsetzte sowie als Vermächtnis die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche der Beteiligten zu 2 und 3 am Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes anordnete. Die Beteiligten haben widersprechende Erbscheinsanträge gestellt. Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des Testaments vom 20.11.1996 beantragt. Der Beteiligte zu 2 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des handschriftlichen Testaments vom 20.5.1980 beantragt. Nach seinem Vortrag habe er den Pflichtteil nicht verlangt, die Erblasserin habe ihm 10.000 DM nach dem Tod des Vaters für einen Hausbau geschenkt und ihm die Eintragung einer Grundschuld über 15.000 DM aus Gleichbehandlungsgründen mit seiner Schwester angeboten.

Die Beteiligte zu 3 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des Testaments vom 20.5.1980 beantragt. Nach ihrer Ansicht habe sie den Pflichtteil nicht verlangt, sondern ihn wegen drohender Verjährung nur grundbuchmäßig absichern wollen.

Mit Beschluss vom 20.9.2004 hat das AG – Nachlassgericht – im Wege des Vorbescheids angekündigt, einen Erbschein zu erteilen, der den Beteiligten zu 1 aufgrund des Testaments vom 20.11.1996 als Alleinerben ausweist; gleichzeitig hat es den Antrag der Beteiligten zu 3 auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Beteiligte zu 3 unzweifelhaft nach dem Tod des Erstversterbenden ihren Pflichtteil geltend gemacht habe, daher könne nur der Antrag des Beteiligten zu 1 Erfolg haben.

Die gegen diesen Beschluss gerichteten Beschwerden des Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 3 hat das LG zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richteten sich jeweils die weiteren Beschwerden des Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 3.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs.1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das LG geht zutreffend davon aus, dass sich die Erbfolge nach dem Testament der Erblasserin vom 20.11.1996 richtet, weil die als Schlusserbeneinsetzung anzusehende wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament vom 20.5.1980 wegen Eintritts der Verwirkungsklausel entfallen ist (§ 2075 BGB). Der Beteiligte zu 2 hat ebenso wie die Beteiligte zu 3 nach dem Tod des Vaters den ihnen jeweils zustehenden Pflichtteil verlangt und damit gegen die Pflichtteils-klausel verstoßen; somit ist der Beteiligte zu 1 Alleinerbe.

b) Die der Beschwerdeentscheidung zugrunde liegende Rechtsansicht des LG ist nicht zu beanstanden.

Das gemeinschaftliche Testament vom 20.5.1980, das als späteres Testament das vorhergehende vom 10.12.1977 widerruft (§ 2258 BGB), enthält in seinem 1. Absatz eine gegenseitige Erbinsetzung der Eheleute und in seinem 2. Absatz eine Anordnung für den Fall, dass die Berechtigten (Kinder) den Pflichtteil nach dem Ableben des 1. Elternteils verlangen.

aa) Die nach Auslegung gewonnene Annahme des LG, dass in der Pflichtteils-klausel zugleich eine Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 zu sehen ist, die zu der gegenseitigen Alleinerbinsetzung der Eheleute wechselbezüglich ist (§§ 2269, 2270 BGB), begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

(1) Zu Recht hat das LG das Testament vom 20.5.1980 als auslegungsbedürftig angesehen. Die Testamentsauslegung selbst ist Sache der Gerichte der Tatsacheninstanz. Die Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze und Verfahrensvorschriften verstößt, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357, 363; BayObLG, FamRZ 2002, 269, 270; Münch-KommBGB/Leipold, 4. Aufl., § 2084 Rdnr.147 ff.). Solche Fehler sind dem LG nicht unterlaufen.

(2) Das Testament vom 20.5.1980 enthält keine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3. Hinter der Anordnung der Enterbung für den Fall der Geltendmachung eines Pflichtteils kann eine Erbinsetzung der Kinder für den Fall der Abstandnahme von der Pflichtteilsforderung verborgen sein (BayObLGZ 1960, 216, 219). Diese Frage ist vom Gericht der Tatsacheninstanz unter Würdigung aller für die Testamentsauslegung in Betracht kommenden Umstände zu untersuchen (BayObLGZ 1959, 199, 204, 205). Das LG hat zur Auslegung eines Erblasserwillens hinsichtlich einer solchen Erbinsetzung außer dem in diesem Testament erkennbaren Willen auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände herangezogen und ist zu der Annahme gelangt, dass die Eheleute sicherstellen wollten, dass ihr Vermögen auf die Kinder übergeht, ohne dass der überlebende Ehegatte mit Pflichtteilsansprüchen überzogen wird. Demzufolge beinhalte die Pflichtteils-klausel die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

(3) Das LG geht zutreffend davon aus, dass die Schlusserbeneinsetzung jedes Ehegatten wechselbezüglich ist zu seiner Einsetzung als alleiniger Erbe des anderen Ehegatten. Bei einem Berliner Testament wie dem vorliegenden ist typischerweise anzunehmen, dass jeder Ehegatte die gemeinsamen Abkömmlinge nur deswegen für den ersten Todesfall von der

Erbfolge ausschließt, weil die Abkömmlinge auch vom anderen Ehegatten als Schlusserben eingesetzt wurden (§ 2270 Abs. 2 Hs. 2 BGB; BayObLG, DNotZ 2004, 804).

bb) Rechtlich nicht zu beanstanden ist ferner die Auslegung der Pflichtteils Klausel im Testament vom 20.5.1980 durch das LG dahingehend, dass der Überlebende endgültig Vollerbe wird und die wechselbezügliche gemeinschaftliche Verfügung entfällt, wenn die als Schlusserben eingesetzten Abkömmlinge ihren Pflichtteil verlangen.

Eine Pflichtteils Klausel, wie sie hier das Testament vom 20.5.1980 enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich Testierende und sich gegenseitig als Erben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibe und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört werde (BayObLGZ 1990, 58, 60). Besteht die Rechtsfolge einer Verwirkungsklausel im Verlust testamentarischer Zuwendungen, so handelt es sich um eine auflösende Bedingung (§ 2075 BGB) für den Fall der Zuwiderhandlung. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, es gilt dann nicht die Regel des § 2069 BGB, vielmehr gilt die Anwachsung (§ 2094 BGB) als gewollt (BayObLG, DNotZ 2004, 804; MünchKomm BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 65). Diese Grundsätze hat das LG bei seiner Entscheidung beachtet und rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Wirksamkeit des von der Erblasserin am 26.11.1996 errichteten Testaments dann nicht die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 20.5.1980 entgegensteht, wenn der Tatbestand der Verwirkungsklausel erfüllt ist.

c) Es bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme des LG, durch das Verhalten der Beteiligten zu 2 und 3 sei der Tatbestand der Verwirkungsklausel erfüllt.

aa) Nach dem Wortlaut der Klausel scheidet ein Berechtigter, der nach dem Ableben des ersten Elternteils den Pflichtteil verlangt, von vornherein aus der endgültigen Verteilung der Erbmasse aus. Wann ein solches „Verlangen“ vorliegt, ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln (Lübbert, NJW 1988, 2706, 2710; BayObLGZ 1990, 58, 61). Es reicht für das Eingreifen der Verwirkungsklausel aus, wenn der Abkömmling auch nur versucht hat, den Pflichtteil zu erhalten und wenn das Verlangen auf die Ernsthaftigkeit seiner Entscheidung schließen lässt (BayObLG, a. a. O.).

In subjektiver Hinsicht ist für den Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall zwar im Zweifel zu fordern, dass der Pflichtteilsberechtigte bewusst – in Kenntnis der Verwirkungsklausel – den Pflichtteil verlangt. Weitere subjektive Voraussetzungen, etwa ein bewusstes Auflehnen gegen den Erblasserwillen, sind nicht erforderlich (BayObLG, DNotZ 2004, 804; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Bearb., § 2269 Rdnr. 58).

bb) Das LG hat bei seiner Feststellung, die Beteiligten zu 2 und 3 hätten gegen die Pflichtteils Klausel verstoßen, darauf abgestellt, dass die Beteiligte zu 3 den Pflichtteil „geltend gemacht“ habe und dass der Beteiligte zu 2 sich dem Pflichtteilverlangen der Beteiligten zu 3 angeschlossen und in dessen Erfüllung 10.000 DM erhalten habe und dass insbesondere beide Beteiligten gegen die Pflichtteilsstrafklausel dadurch verstoßen hätten, dass sie sich ihren Pflichtteil durch Eintragung einer Grundschuld mit einer erheblichen Verzinsung hätten absichern lassen.

(1) Das Gericht der weiteren Beschwerde ist an die Feststellung der Tatsacheninstanz gebunden. Die Entscheidung kann nur daraufhin überprüft werden, ob der maßgebliche Sachver-

halt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), bei der Beweiswürdigung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG), dabei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln und Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen wurde und ob die Beweisforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt wurden (ständige Rechtsprechung BayObLGZ 1990, 58, 61).

Derartige Fehler sind dem LG nicht unterlaufen. Es ist aufgrund der Würdigung einer ausführlichen Einvernahme von zwei Zeugen und der drei Beteiligten sowie der ihm vorliegenden Schriftstücke zu der Feststellung gelangt, die Beteiligte zu 3 habe von der Erblasserin die Auszahlung des Pflichtteils zunächst gefordert – und zwar sowohl schriftlich als auch mündlich – und habe sich dann mit der grundschnldmäßigen Absicherung des Pflichtteils unter erheblicher Verzinsung begnügt. Die Erblasserin habe sich durch dieses Verhalten der Beteiligten zu 3 sehr bedrängt gefühlt und gesundheitliche Probleme erlitten. Der Beteiligte zu 2 habe sich durch aktives Tun dem Verlangen seiner Schwester angeschlossen, indem er wie sie die grundbuchmäßige Absicherung des restlichen Pflichtteilsanspruchs erreichte, nachdem er sich vorher die knappe Hälfte seines Anspruchs hat auszahlen lassen.

Nach Wertung des LG sei durch die Eintragung der Grundschulden mit erheblicher Verzinsung der wirtschaftliche Wert des Grundstücks geschmälert worden und habe daher der von den Eheleuten beabsichtigten Altersversorgung nicht mehr in vollem Umfang zur Verfügung gestanden.

(2) Diese verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG begründen seine Annahme, dass die Beteiligten zu 2 und 3 gegen die Verwirkungsklausel verstoßen haben. Ein Pflichtteilsverlangen ist schon in dem undatierten Schreiben der Beteiligten zu 3 zu sehen, in dem sie der Erblasserin gegenüber ausdrücklich erklärt, „da ich nur den mir zustehenden Anteil will, mache ich nur mein Zwölfstel geltend“, und sie sie in diesem Zusammenhang eindeutig auffordert, ihr baldmöglichst detailliert über die Höhe des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Das undatierte Antwortschreiben der Erblasserin hierauf belegt ihre seelische Erschütterung über dieses Ansinnen der Beteiligten zu 3 und ihre Angst vor deren vorzeitigem Zahlungsverlangen des dinglich abgesicherten Pflichtteils nebst Zinsen. Die Beteiligte zu 3 hat auch insoweit bewusst gehandelt und sich dann – wohl zur Beruhigung der Erblasserin – mit ihr auf die Konstruktion einer Pflichtteilszahlung durch Gewährung eines zu ihrem Todeszeitpunkt fällig gestellten Darlehens mit einer Verzinsung von 9,5 % geeinigt, die durch eine Grundschuld abzusichern ist.

Zutreffend hat das LG in diesem Verhalten der Beteiligten zu 3 ein Pflichtteilsverlangen gesehen, dem die Erblasserin auch entsprochen hat.

Eine Stütze findet diese Wertung des LG auch darin, dass schon allein in dieser – auf Drängen der Beteiligten zu 3 zustande gekommenen – Vereinbarung der Erblasserin mit der Beteiligten zu 3 vom 3.12.1981 eine Geltendmachung des Pflichtteils zu sehen ist. Denn durch diese Vereinbarung wurde der gesetzliche Pflichtteilsanspruch der Beteiligten zu 3 umgewandelt in einen vertraglichen Darlehensanspruch (§ 311 Abs. 1 BGB). An die Stelle des alten gesetzlichen Schuldverhältnisses ist das vertragliche Darlehensverhältnis getreten (Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 779 Rdnr. 11, Palandt/Putzo, § 488 Rdnr. 27). Diese Umwandlung beinhaltet sowohl das grundsätzliche Anerkenntnis des gesetzlichen Pflichtteilsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach als auch eine wirtschaftliche Besserstellung der Beteiligten zu 3, da das umgewandelte Darlehen hinsichtlich Fälligkeit und

Verjährung und Verzinsung des Rückzahlungsanspruch für die Beteiligte zu 3 günstiger und für die Erblasserin ungünstiger war. Daher ist auch diese Umwandlung als ein „Verlangen des Pflichtteils“ zu sehen.

Keinen Bedenken begegnet die Wertung des LG, dass durch die dingliche Absicherung dieses Pflichtteilsanspruchs als Darlehen nebst erheblicher Verzinsung ein bedeutsamer wirtschaftlicher Verlust des Grundstücks als Hauptnachlasswert eingetreten ist. Es stand der Erblasserin für eine mögliche Alterssicherung durch dingliche Absicherung von weiteren Darlehen nur noch eingeschränkt zur Verfügung, zumal bis zu ihrem Tod Zinsen in einer den Pflichtteilsbetrag übersteigenden Höhe aufgelaufen sind.

An diesem Ergebnis vermag auch der – für sich genommen zutreffende – Hinweis der weiteren Beschwerde nichts zu ändern, dass die Verwirkungsklausel nach ihrem Wortlaut nur das Verlangen des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall erfasst, ein späteres Verlangen dieses Pflichtteils nach dem zweiten Todesfall aber nicht ausschließt. Die Beteiligte zu 3 will ihre Handlungsweise als bloße Sicherung eines erst für später beabsichtigten Verlangens verstanden wissen, dem andernfalls unter Umständen das Leistungsverweigerungsrecht der Verjährung hätte entgegenstehen können (§ 2332 Abs. 1, § 214 Abs. 1 BGB). Damit kann sie indes schon deshalb nicht durchdringen, da das LG, wie ausgeführt, rechtsfehlerfrei die tatrichterliche Überzeugung gewonnen hat, dass die Beteiligte zu 3 sehr wohl zunächst den Pflichtteil forderte, bevor sie sich mit dessen hochverzinslicher Stundung und grundschuld-mäßigen Absicherung zufrieden gab. Darüber hinaus hat das LG zu Recht auch bereits in der hier vorgenommenen Art und Weise der Sicherung durch eine hochverzinsliche Grundschuld ein gegenwärtiges und nicht erst künftiges „Verlangen“ gesehen, das dem mit der Pflichtteils-klausel eindeutig verfolgten Ziel der Eheleute widersprach, den überlebenden Ehegatten unbehelligt von Ansprüchen der Pflichtteilsberechtigten weiterleben zu lassen.

Der Beteiligte zu 2 hat sich in gleicher Weise mit der Erblasserin auf die dingliche Absicherung des ihm noch nicht ausgezahlten Pflichtteils in Höhe von 15 000 DM geeinigt. Das LG hat zutreffend – entsprechend den obigen Ausführungen – angenommen, dass auch er allein schon durch dieses Verhalten den Pflichtteil verlangt und damit gegen die Pflichtteils-klausel verstoßen habe.

Eine Stütze findet die Annahme des LG auch in dem weiteren undatierten Schreiben der Erblasserin an die Beteiligte zu 3, in dem sie davon spricht, dass auch der Beteiligte zu 2 hinsichtlich des Pflichtteils „bald Klarheit haben“ möchte, sie die Sache mit den Beteiligten zu 2 und 3 bald ins Reine bringen möchte, um sich wieder in die Gewalt zu bekommen, da sie das Verhalten der beiden Beteiligten zu 2 und 3 nervlich stark erschüttert habe. Auf die weitere Frage, ob der Beteiligte zu 2 den ihm ausgezahlten Pflichtteilsanteil als Geschenk oder auf seine Forderung hin erhalten hat, kommt es daher nicht an.

d) Rechtlich zutreffend hat das LG angenommen, dass der Beteiligte zu 1 nach Wegfall der Beteiligten zu 2 und 3 Alleinerbe geworden ist. Sein – nicht wirksam widerrufenes – Pflichtteilsverzicht (§§ 2346, 2348, 2351 BGB) lässt sein Erbrecht insoweit unberührt (*Palandt/Edenhofer*, § 2346 Rdnr. 7). Die Enterbung des Beteiligten zu 1 im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute war nicht wechselbezüglich (vgl. § 2270 Abs. 3 BGB; BayObLG, FamRZ 1993, 240; *Palandt/Edenhofer*, § 2270 Rdnr. 2) und stand der Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 im Testament vom 20.11.1996 daher ebenfalls nicht entgegen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19 (in diesem Heft).

14. BGB § 1944 Abs. 2 (*Fristbeginn der Erbausschlagung*)

- Die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beginnt erst, wenn der Erbe zuverlässige Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und dem Grund seiner Berufung hat. Zuverlässige Kenntnis vom Grund der Berufung ist nicht gegeben, wenn der durch eine auslegungsbedürftige letztwillige Verfügung berufene Miterbe mit vertretbaren Gründen annimmt, er sei Alleinerbe aufgrund Gesetzes.**
- Der nicht näher begründete gerichtliche Hinweis, die Erbfolge richte sich nach dem Testament, dessen Auslegung zwischen den Beteiligten streitig ist, vermittelt in der Regel keine zuverlässige Kenntnis vom Grund der Berufung.**
- Es bleibt offen, ob es in einem solchen Fall für den Beginn der Ausschlagungsfrist auf die Kenntnis des Verfahrensbevollmächtigten des Erben ankommen kann.**

OLG München, Beschluss vom 28.8.2006, 31 Wx 45/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotI-Report 2006, 154.

15. BGB §§ 2216, 2209, 138; SGB XII § 90; BSHG §§ 2, 88 Abs. 1; GG Art. 14 Abs. 1 (*Nachrang der Sozialhilfe bei Dauertestamentsvollstreckung im „Behindertentestament“*)

- Der einer Dauertestamentsvollstreckung unterliegende Nachlass stellt kein verwertbares Vermögen i. S. d. § 88 Abs. 1 BSHG dar (im Anschluss an VGH Mannheim, NJW 1993, 152; OVG Bautzen, MittBayNot 1998, 127).**
- Ein Behinderter, der Eingliederungshilfe begehrt, kann unter dem Gesichtspunkt des Nachranggrundsatzes nicht auf die Verwertung eines geerbten Nachlasses verwiesen werden, wenn der Erblasser dauerhafte Testamentsvollstreckung und eine „sozialhilfeschädliche“ Verwendung des Nachlasses angeordnet hat. (Leitsätze der Schriftleitung)**

OVG Saarland, Urteil vom 17.3.2006, 3 R 2/05

Die 1984 geborene Klägerin leidet infolge einer globalen Entwicklungsstörung nach Frühgeburt an einer schweren, nicht nur vorübergehenden geistigen Behinderung. Seit 1987 erhält sie Eingliederungshilfe nach dem BSHG. Ab Anfang 1996 ist sie in verschiedenen Einrichtungen vollstationär untergebracht.

Durch Bescheid vom 13.6.2002 lehnte der Beklagte den Antrag auf Übernahme der Kosten für die weitere Betreuung der Klägerin nach Beendigung der Schulpflicht ab und verwies sie auf den Einsatz ihres Vermögens, das sie von ihrem im Dezember 1998 verstorbenen Vater geerbt hatte. Vom 27.6.2002 an bestritt die Klägerin die Kosten ihres weiteren Aufenthaltes zunächst selbst. Mit Schreiben vom 7.12.2002 beantragte die Klägerin, die Versorgungsbezüge und Renten erhält, die Übernahme der Kosten ihrer Heimunterbringung ab dem Monat

Februar 2003 und machte geltend, von diesem Zeitpunkt an sei sie nicht mehr in der Lage, diese Kosten selbst aufzubringen.

Daraufhin angestellte Ermittlungen des Beklagten ergaben, dass die Klägerin testamentarische Alleinerbin ihrer am 22.3.2002 verstorbenen Großmutter geworden war. Der Nachlass umfasste – soweit hier wesentlich – ein Hausgrundstück, das mittlerweile mit einem Erlös von 125.000 € veräußert werden konnte, sowie ein Barvermögen in Höhe von 20.965,09 €. In dem der Erbschaft zugrundeliegenden notariellen Testament vom 12.5.2000 ist die Klägerin zur alleinigen und unbeschränkten Erbin eingesetzt. Außerdem ist Testamentsvollstreckung – soweit hier wesentlich – „zur Verwaltung des gesamten Nachlasses bis zum Tode der Erbin“ mit folgenden Vorgaben angeordnet:

„Der Testamentsvollstrecker hat das vererbte Vermögen der Erbin in Form folgender Leistungen zuzuwenden:

- Überlassung von Geldbeträgen in Höhe des jeweiligen Rahmens, der nach den jeweiligen einschlägigen Gesetzen einem Sozialhilfeempfänger maximal zur Verfügung stehen kann,
- Geschenke zu Weihnachten, Ostern, Pfingsten und zum Geburtstag, wobei bei der Auswahl der Geschenke auf die Bedürfnisse und Wünsche der Erbin ausdrücklich einzugehen ist,
- Zuschüsse zur Finanzierung eines Urlaubs und zur Urlaubsgestaltung,
- Zuwendung zur Befriedigung geistiger und künstlerischer Bedürfnisse sowie zur Befriedigung der individuellen Bedürfnisse der Erbin in Bezug auf Freizeit, wozu insbesondere auch Hobbys und Liebhabereien zählen.

Für welche der genannten Leistungen das vererbte Vermögen verwendet werden soll, ob dieses also auf sämtliche Leistungen gleichmäßig oder nach einem bestimmten Schlüssel verteilt werden oder ob dieser nur für eine oder mehrere der genannten Leistungen verwendet wird, entscheidet der Testamentsvollstrecker nach billigem Ermessen, wobei er allerdings immer auf das Wohl der Erbin bedacht sein muss. Im Übrigen gelten für die Testamentsvollstreckung die gesetzlichen Bestimmungen.“

Die Beklagte lehnte ab, die Kosten der vollstationären Betreuung der Klägerin im Rahmen der Eingliederungshilfe zu übernehmen. Zur Begründung verwies er auf die Nachrangigkeit der Sozialhilfe und führte aus, die Klägerin habe am 22.3.2002 außer einem Mehrfamilienhaus, für das ein Verkaufserlös von 125.000 € habe erzielt werden können, noch Barvermögen geerbt, über das sie zwischenzeitlich verfügen könne. Ferner seien ihrem Konto seit der Antragstellung weitere Leistungen gutgeschrieben worden. Allein infolge der vorhandenen Barmittel liege keine Sozialhilfebedürftigkeit vor.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hat die Klägerin beim Verwaltungsgericht (VG) Klage erhoben. Während des Klageverfahrens hat das AG einen Testamentsvollstrecker für die letztwillige Verfügung der Großmutter der Klägerin bestellt. Das VG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, die vom OVG als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Aus den Gründen:

Die vom VG gemäß den §§ 124 Abs. 1, 124 a Abs. 1 VwGO zugelassene und auch sonst zulässige Berufung ist unbegründet. Das VG hat zu Recht entschieden, dass die Klägerin einen Anspruch auf Eingliederungshilfe durch Übernahme der Kosten ihrer vollstationären Heimunterbringung ohne Anrechnung der ihr durch den Tod ihrer Großmutter aufgrund des Testaments vom 12.5.2000 zugefallenen Erbschaft hat.

Dass die Klägerin aufgrund ihrer schweren geistigen Behinderung zu dem Personenkreis gehört, der gemäß § 39 Abs. 1 BSHG (in der hier noch maßgeblichen bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung) prinzipiell einen Anspruch auf Eingliederungshilfe hat, und dass sie zu Zwecke ihrer Eingliederung einer vollstationären Heimunterbringung bedarf (§ 40 Abs. 1 Nr. 8 BSHG, § 55 SGB-IX; vgl. dazu, dass die Eingliederungshilfe nach den nicht abschließenden Katalogen der § 40 Abs. 1 Nr. 8 BSHG, § 55 SGB-IX auch bei volljährigen Hilfebedürft-

tigen die Hilfe in einem Wohnheim einschließen kann, *Schellhorn*, BSHG, 16. Aufl. 2002, § 40 Rdnr. 76) wird von dem Beklagten nicht in Frage gestellt und bedarf keiner näheren Erörterung. Zu Unrecht nimmt der Beklagte indes an, dass die Klägerin – bezogen auf den für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt zwischen dem im Antrag vom 7.12.2002 genannten Beginn der Hilfebedürftigkeit (1.2.2003) und der Widerspruchsentscheidung (22.9.2003) – (*Armborst* in LPK-BSHG, 6. Aufl. 2003, Anhang III Rdnr. 85 m. w. N.) die Kosten dieses Heimaufenthaltes, soweit sie nicht durch das ihr gewährte Pflegegeld und – sofern einzusetzen – durch ihre Versorgungsbezüge und Renten gedeckt werden, gemäß den §§ 2, 28, 88 Abs. 1 BSHG aus ihrem hier aus dem Nachlass ihrer Großmutter bestehenden Vermögen aufzubringen hat.

Der – unmittelbare – Einsatz dieses Nachlasses als Vermögen kann von der Klägerin schon deshalb nicht gefordert werden, weil er für sie kein verwertbares Vermögen im Verständnis von § 88 Abs. 1 BSHG darstellt. Verwertbarkeit setzt unter anderem in rechtlicher Hinsicht Verfügungsbefugnis voraus (*Brühl* in LPK-BSHG, 6. Aufl. 2003, § 88 mit VO Rdnr. 17). Daran fehlt es hier, weil die Großmutter der Klägerin im Testament vom 12.5.2000, durch das sie die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt hat, zugleich Testamentsvollstreckung und zwar dauerhaft bis zum Tode der Erbin angeordnet hat (§§ 2197, 2210 Satz 2 BGB). Die dadurch mit Eintritt des Erbfalls bewirkte Verfügungsbeschränkung hindert den Erben an der Verfügung über der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassgegenstände (§ 2211 BGB; vgl. auch *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 2211 Rdnr. 2, wonach die Anordnung der Testamentsvollstreckung mit Eintritt des Erbfalls und gegebenenfalls auch vor Bestellung eines Testamentsvollstreckers die Verfügungsbefugnis des Erben beschränkt). Außerdem schließt die Anordnung der Testamentsvollstreckung den Zugriff der Eigengläubiger des Erben auf der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassgegenstände aus (§ 2214 BGB).

Mangels Verfügungsbefugnis der Klägerin stellt der der dauerhaften Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlass demnach kein verwertbares Vermögen im Verständnis von § 88 Abs. 1 BSHG dar (VGH Mannheim, NJW 1993, 152; OVG Bautzen, NJW 1997, 2898 = MittBayNot 1998, 127).

Als Mittel zur Selbsthilfe, auf das die Klägerin vorliegend gegebenenfalls hätte verwiesen werden können, käme daher allenfalls ein Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Herausgabe der zur Bestreitung der Heimkosten benötigten Mittel in Betracht. Ob es sich bei einem dahingehenden Anspruch im hier maßgeblichen Beurteilungszeitraum überhaupt um „bereite“, das heißt ohne weiteres realisierbare Mittel gehandelt hätte, erscheint fraglich, weil ein Testamentsvollstrecker als Adressat eines solchen Anspruchs erstmals im Oktober 2003 und damit nach Erlass des Widerspruchsbescheides bestellt worden war und dieser Testamentsvollstrecker in der Folge die Verwendung des Nachlasses zum Begleichen der Kosten der Heimunterbringung abgelehnt hat. Das bedarf jedoch hier keiner abschließenden Beurteilung. Denn die Klägerin hat gegen den Testamentsvollstrecker keinen Anspruch darauf, dass dieser ihr Mittel aus dem Nachlass ihrer Großmutter zur Verfügung stellt, um die Kosten ihrer Heimunterbringung zu begleichen. Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten (§ 2205 Satz 1 BGB) und die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB). Die testamentarischen Bestimmungen der Großmutter der Klägerin über die Verwendung des Nachlasses schließen indes den Einsatz dieser Mit-

tel zur Deckung der Kosten der Heimunterbringung aus. Das hat das VG in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils zutreffend dargelegt. Auf die diesbezüglichen Ausführungen, die sich der Senat zu Eigen macht, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen (§ 130 b VwGO).

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass auch die von der Großmutter der Klägerin angeordnete dauerhafte Testamentsvollstreckung „bis zum Tode der Erbin“ mit Gewicht gegen die Annahme spricht, sie habe eine Verwendung des Nachlasses zur Deckung der Kosten der Heimunterbringung zugelassen. Denn es ist davon auszugehen, dass sich die Großmutter bei der Anordnung der hinsichtlich ihrer Dauer durch die Lebenszeit ihrer Enkelin bestimmten Testamentsvollstreckung von der Vorstellung hat leiten lassen, dass während der gesamten Lebenszeit der 1984 geborenen und im Zeitpunkt der Testamenterrichtung gerade einmal 16 Jahre alten Klägerin Mittel aus dem Nachlass zur Verfügung stehen sollten, um dieser die gemäß den Verwendungsbestimmungen zgedachten „Annehmlichkeiten“ zukommen zu lassen. Zu einer dahingehenden Annahme und damit auch zur Anordnung der Testamentsvollstreckung bis zum Tode der Enkelin hätte sie indes keine Veranlassung gehabt, wenn sie eine Verwendung des Nachlasses auch zur Deckung der Kosten der Heimunterbringung vorgesehen hätte. Denn in diesem Falle wäre der Nachlass, dessen Wert sich auf rund 145.000 € beläuft, bei normalem Gang der Dinge bis zum Tode der Enkelin längst aufgebraucht. Das gilt auch dann, wenn die von dem Beklagten angesprochene Kapitalverzinsung berücksichtigt wird, wobei – worauf noch zurückzukommen ist – in diesem Fall freilich nicht mit der Bruttoverzinsung gerechnet werden darf, sondern auch inflationsbedingte Wertverluste beziehungsweise eine Erhöhung der Heimunterbringungskosten in die Betrachtung einzustellen sind und nicht übersehen werden darf, dass die Vergütung des Testamentsvollstreckers (2.500 DM im Jahr) ebenfalls aus dem Nachlass und – ggf. – seiner Verzinsung aufzubringen ist. Auch wenn nicht unterstellt werden kann, dass die Großmutter der Klägerin eine nicht zuletzt angesichts der vielfältigen Unwägbarkeiten künftiger Entwicklungen und der Ungewissheit des eigenen Todeszeitpunktes ohnehin kaum verlässlich mögliche konkrete Vorstellung über die zeitliche Reichweite des Nachlasses bei Verwendung der Mittel für die im Testament bestimmten Zwecke entwickelt hat, kann jedenfalls angenommen werden, dass sie sich angesichts des für sie überschaubaren Umfangs des Nachlasses darüber im Klaren war, dass die Mittel bei einer Verwendung zur Deckung auch der Kosten der Heimunterbringung lange vor dem Zeitpunkt aufgebraucht sein würden, zu dem bei Zugrundelegung einer normalen Lebenserwartung mit dem Tod ihrer im Zeitpunkt der Testamenterrichtung gerade einmal 16 Jahre alten Enkelin zu rechnen ist. Wenn sie gleichwohl Testamentsvollstreckung bis zu deren Tode anordnete, mithin die Vorstellung hegte, dass der Nachlass bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht aufgebraucht sein würde, so stützt das in einer Gesamtschau mit den in der erstinstanzlichen Entscheidung angestellten Erwägungen den vom VG zutreffend gezogenen Schluss, dass die Verwendung des Nachlasses zum Bestreiten der Kosten der Heimunterbringung den testamentarischen Verwendungsanordnungen zuwider liefe.

Gegen die Richtigkeit dieser Auslegung lässt sich auch nicht mit Erfolg einwenden, die von der Erblasserin getroffenen Verwendungsbestimmungen seien unvollständig, da sie wesentliche Bereiche, etwa eine über die Leistungen der Krankenkasse hinausgehende medizinische Versorgung, nicht erfassen. Die Auslegung, der Nachlass dürfe gemäß den Auflagen der Erblasserin nur „sozialhilfeunschädlich“ verwendet wer-

den, setzt nicht voraus, dass die positiv bestimmten Verwendungszwecke abschließend sämtliche Bedürfnisse der Klägerin abdecken, die außerhalb des Leistungsumfangs der Sozialhilfe entstehen können. Es gibt keinen Grund, der die Erblasserin gehindert haben könnte, eine Verwendung des Nachlasses für solche Zwecke und Bedürfnisse der Klägerin festzulegen, die sie für bedeutsam hielt. Dass sie den Bereich einer durch Versicherungsleistungen nicht gedeckten medizinischen Versorgung nicht in ihre Verwendungsbestimmungen aufgenommen hat, kann durchaus darauf zurückzuführen sein, dass sie bei Abfassung des Testaments im Jahre 2000 eine angemessene medizinische Versorgung der Klägerin auch ohne Eigenbeiträge aus Nachlassmitteln für auf Dauer gewährleistet hielt. Im Übrigen kommt zumindest in Teilbereichen eine Übernahme solcher Kosten im Rahmen eines Geschenkes in Betracht.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist eine Verwendungsanordnung mit dem hier festgestellten Inhalt nicht wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB nichtig (mit der Folge eines entsprechenden Herausgabeanspruchs der Klägerin gegen den Nachlassverwalter). Angesichts der durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten prinzipiellen Testierfreiheit kann die Sittenwidrigkeit einer testamentarischen Verfügung nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen angenommen werden. Erforderlich ist, dass sich die Einstufung als sittenwidrig auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder der allgemeinen Rechtsauffassung stützen kann. Weder das eine noch das andere ist hier der Fall. Dass die durch die Testamentsvollstreckungs- und Verwendungsanordnung bewirkte Durchbrechung des Nachranggrundsatzes des § 2 BSHG einer eindeutigen gesetzgeberischen Wertung zuwider liefe, kann nicht angenommen werden. Denn das BSHG selbst enthält eine Reihe von Durchbrechungen des Nachranggrundsatzes (vgl. z. B. §§ 28 Abs. 1 Satz 2, 43 Abs. 2, 88 Abs. 2 und 3 BSHG; dazu BGH, NJW 1994, 248 = DNotZ 1994, 380 = MittBayNot 1994, 49). Von daher kann von einer eindeutigen gesetzgeberischen Wertung, aus der sich ableiten ließe, dass Angehörige bei der Ausgestaltung letztwilliger Verfügungen zugunsten Behinderter gehalten wären, dem Nachranggrundsatz Geltung zu verschaffen oder zumindest Rechnung zu tragen, keine Rede sein.

Zudem sind die Gründe, aus denen die umstrittenen testamentarischen Anordnungen getroffen wurden, sittlich nicht zu missbilligen. Zwar trifft es zu, dass diese Anordnungen den hier durch den Sozialhilfeträger vertretenen Interessen der Allgemeinheit zuwiderlaufen, die die erforderlichen Heimunterbringungskosten aus Steuermitteln aufbringen muss und im vorliegenden Falle um die Möglichkeit gebracht wird, einen nicht unbeträchtlichen Deckungsbeitrag aus eigenen Mitteln der Klägerin zu erlangen. In der Rechtsprechung des BGH ist jedoch anerkannt, dass von Eltern eines behinderten Kindes bei der Ausgestaltung letztwilliger Verfügungen nicht aus sittlichen Gründen verlangt werden kann, dem öffentlichen Interesse an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Sozialverwaltung Vorrang einzuräumen und deshalb davon Abstand zu nehmen, ihrem Kind mehr zukommen zu lassen, als es im Rahmen der Sozialhilfe erhielt (BGH, NJW 1990, 2055 = MittBayNot 1990, 245 = DNotZ 1992, 241; NJW 1994, 248 = MittBayNot 1994, 49 = DNotZ 1994, 380).

Ebenso wenig ist es sittlich zu missbilligen, wenn wie hier nicht ein Eltern-, sondern ein Großelternteil aus Sorge um das Wohl eines Enkelkinds, das schwer behindert und soweit ersichtlich zeit lebenslang auf Eingliederungshilfe oder gar Hilfe zur Pflege angewiesen sein wird, testamentarische Anordnungen trifft mit dem Ziel, dem Kind Vorteile zu verschaffen, die über

das hinausgehen, was es im Rahmen der Sozialhilfe erhielt. Gerade in dieser Konstellation lässt sich der Nachranggrundsatz nicht als eindeutige gesetzgeberische Wertung zur Begründung der Sittenwidrigkeit heranziehen, da sich der Gesetzgeber trotz grundsätzlich bestehender Unterhaltspflicht von Großeltern gegenüber Enkeln (§ 1601 BGB) dazu entschieden hat, Großeltern nicht in die Einsatzgemeinschaft des § 28 Abs. 1 BSHG aufzunehmen und – worauf das VG mit Recht hingewiesen hat – den Übergang von Unterhaltsansprüchen der Hilfesuchenden gegen Großeltern gemäß § 91 Abs. 1 Satz 3 BSHG ausgeschlossen hat (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, NJW 1994, 248 = MittBayNot 1994, 49 = DNotZ 1994, 380, der § 91 Abs. 1 BSHG als Beispiel für die Durchbrechung des Nachranggrundsatzes im BSHG anführt), das heißt letztlich von der Inanspruchnahme von Großeltern zum Unterhalt hilfebedürftiger Enkel absieht.

Fehlt es danach an einer eindeutigen gesetzgeberischen Wertung, aus der die Sittenwidrigkeit der hier in Rede stehenden testamentarischen Verwendungsanordnungen abgeleitet werden könnte, so ergibt sich deren Einstufung als sittenwidrig ferner nicht aus einer dahingehenden allgemeinen Rechtsüberzeugung. Denn in der Rechtsprechung und auch in der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine Ausgestaltung letztwilliger Verfügungen zugunsten Behinderter mit dem Ziel, diesen Zuwendungen unter Vermeidung der Anrechnung auf Sozialhilfeleistungen zukommen zu lassen und gegebenenfalls – worum es hier allerdings nicht geht – sogar das Familienvermögen für andere Familienmitglieder zu erhalten (sogenannte Behindertentestamente), im Rahmen der grundgesetzlich gewährleisteten Testierfreiheit regelmäßig nicht zu missbilligen ist (vgl. außer den bereits zitierten Entscheidungen des BGH, OLG Frankfurt a. Main, ZEV 2004, 24 = RNotZ 2004, 164; OVG Bautzen, NJW 1997, 2898 = MittBayNot 1998, 127; *Brühl* in LPK-BSHG, 6. Aufl. 2003, § 88 mit VO Rdnr. 127; *Palandt/Heinrichs*, § 138 BGB Rdnr. 50 a m. w. N.; a. A. MünchKommBGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, 4. Aufl. 2001, § 138 Rdnr. 45, die allerdings davon ausgehen, dass die herrschende Meinung derartige Testamente für zulässig hält).

Werden somit nach – wenn auch nicht unumstrittener – herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur sogenannte Behindertentestamente überwiegend zumindest im Regelfall für zulässig erachtet, so ist jedenfalls für die Annahme einer allgemeinen Rechtsüberzeugung dahin, dass derartige letztwillige Verfügungen, weil sie sich zu Lasten des Sozialhilfetragers auswirken, sittenwidrig und deswegen nichtig seien, kein Raum.

Die gegenteilige Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass in den vom BGH entschiedenen Verfahren der Behinderte jeweils als befreiter (BGH, NJW 1990, 2055 = MittBayNot 1990, 245 = DNotZ 1992, 241) beziehungsweise nicht befreiter (BGH, NJW 1994, 248 = MittBayNot 1994, 49 = DNotZ 1994, 380) Vorerbe eingesetzt und im ersten Falle eine Tochtergesellschaft eines Behindertenvereins und im zweiten Falle der Bruder zum Nacherben bestimmt war, während vorliegend allein die Klägerin als Erbin eingesetzt ist. Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Behinderte als Vorerbe eingesetzt und zugleich ein Nacherbe bestellt wird, werden die öffentlichen Interessen an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Sozialverwaltung gravierender beeinträchtigt, als im Falle der Klägerin. Denn in den erstgenannten Fallkonstellationen geht es nicht nur darum, dass – was sozialetisch als billigenwert anzusehen ist – dem Behinderten Annehmlichkeiten über das Niveau der Sozialhilfe hinaus zukommen sollen. Vielmehr wird, wofür sich die für Eltern

und Großeltern verständliche Sorge um das Wohl eines behinderten Kindes beziehungsweise Enkels gerade nicht als „Rechtfertigungsgrund“ anführen lässt, außerdem der nach dem Tode des Behinderten noch verbleibende Nachlass dem gemäß § 92 c Abs. 1 BSHG zumindest begrenzt möglichen Zugriff des Sozialhilfetragers entzogen, da der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers und nicht des Vorerben ist. Es besteht daher kein Grund, die von der Großmutter der Klägerin getroffene letztwillige Verfügung unter dem Gesichtspunkt von § 138 BGB ungünstiger zu beurteilen als die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle der Vor- und Nacherben-Einsetzung in sogenannten Behindertentestamenten.

Die von der Großmutter der Klägerin getroffenen Verwendungsanordnungen erweisen sich ferner nicht mit Blick auf den Wert des Nachlasses als missbräuchlich und deshalb als sittenwidrig. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, ob es in Fällen der vorliegenden Art überhaupt eine Missbrauchsgrenze gibt, ab der das grundsätzlich zu billigende Anliegen, einem Behinderten Zuwendungen zu sichern, die über das Niveau der ihm gewährten Sozialhilfe hinausgehen, in sittenwidriges Verhalten umschlägt. Nach Ansicht des Senats könnte eine solche Grenze allenfalls dann erreicht sein, wenn der Wert des Nachlasses eindeutig ausreichte, um während der unter normalen Umständen zu erwartenden Lebenszeit des Behinderten sowohl die Kosten seiner Heimunterbringung als auch diejenigen der ihm in den Verwendungsbestimmungen zugeordneten Vorteile zu bestreiten und – was jedenfalls vorliegend nicht außer Acht gelassen werden darf – die Vergütung des Testamentsvollstreckers aufzubringen. Dass dies mit dem der Klägerin von ihrer Großmutter hinterlassenen Betrag von rund 145.000 € möglich wäre, kann nicht angenommen werden. Das gilt selbst dann, wenn entsprechend dem Berufungsvorbringen des Beklagten eine Verzinsung dieses Betrages mit jährlich 4,5 % berücksichtigt wird. Etwaige Zinseinkünfte in Höhe von 4,5 % des Nachlasswertes könnten nämlich nicht als Reinertrag in eine solche Betrachtung eingestellt werden. Gegengerechnet werden müsste ein inflationsbedingter Wertverlust des eingesetzten Kapitals beziehungsweise eine die – ebenfalls inflationsbedingte – Steigerung der Kosten des Heimträgers auffangende Erhöhung der Kosten der Heimunterbringung. Da das Verwaltungsgericht bei seiner Betrachtung eine Verteuerung der Heimunterbringung ausgeklammert hat, ist es zu billigen, dass es auf der anderen Seite einen Wertzuwachs des Kapitals durch mögliche Zinserträge unberücksichtigt gelassen hat. Letztlich ist in Anbetracht der Unwägbarkeiten, die die hier im Raume stehenden langen Zeiträume mit sich bringen – die Klägerin war bei Auftreten des Bedarfs zum 1.2.2003 gerade einmal 19 Jahre alt – von der Natur der Sache her allenfalls eine grobe prognostische Betrachtung möglich. Aber auch wenn einerseits die von dem Beklagten genannte Verzinsung von 4,5 % jährlich unterstellt und – zurückhaltend – ein jährlicher inflationsbedingter Wertverlust von 2 % zugrunde gelegt wird, zeigt sich, dass bei wertmäßiger Betrachtung der Nachlass für Heimkosten, „Annehmlichkeiten“ gemäß dem Willen der Erblasserin und Vergütung des Testamentsvollstreckers in einer bezogen auf die normale Lebenserwartung der Klägerin relativ kurzen Zeitspanne aufgebraucht wäre. Wird, um den Einwand des Beklagten Rechnung zu tragen, eine jährliche Bruttoverzinsung des Kapitals mit 4,5 % angenommen, so muss auf der anderen Seite berücksichtigt werden, dass die anderweitig nicht gedeckten Heimkosten der Klägerin, die sich nach der vom Beklagten nicht beanstandeten Annahme des VG im Mittel monatlich auf 700 € (8.400 €/Jahr) belaufen, ebenfalls entsprechend der allgemeinen Teuerungsrate steigen. Gleiches gilt für die der Klägerin testamentarisch

zugedachten „Annehmlichkeiten“, die hier mit Blick auf die Einzelanordnungen der Großmutter einmal – zurückhaltend – mit einem jährlichen Aufwand von 1.200 € veranschlagt werden sollen. Hinzuzurechnen ist die jährliche Vergütung des Testamentsvollstreckers von rund 1.250 €, die nach der testamentarischen Verfügung der Großmutter unverändert bleibt. Selbst ohne Teuerung zwingen die drei Positionen Heimunterbringung (8.400 €), Aufwendungen zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen (1.200 €) und Vergütung des Testamentsvollstreckers (rund 1.250 €), zu einem Kapitalverbrauch, da ihr Gesamtbetrag (10.850 €) über dem jährlichen Zinsertrag von (4,5 % von 145.000 € =) 6.525 € hinausgeht. Wird sodann für die Positionen „Heimkosten“ und „Erfüllung der testamentarischen Auflagen“ entsprechend der hier zugrunde gelegten Inflationsrate von 2 % eine jährliche Verteuerung in dieser Höhe zum Ansatz gebracht, so stehen dem in der Folge auch die Zinserträge mindernden Kapitalverbrauch immer höhere Aufwendungen gegenüber. Eine überschlägige vergleichende Betrachtung der Entwicklung von durch die Verzinsung „gebremstem“ Kapitalverbrauch einerseits und um die Teuerungsrate steigenden Aufwendungen andererseits, bei der von dem um den jeweiligen jährlichen Zinsertrag von 4,5 % erhöhten Kapital die jährliche Vergütung des Testamentsvollstreckers sowie um jährlich 2 % steigende Aufwendungen für Heimunterbringung und Erfüllung der testamentarischen Auflagen zum Abzug gebracht werden, zeigt, dass der Nachlass in weniger als zwanzig Jahren aufgebraucht wäre. Diese Zeitspanne ist deutlich kürzer als die normale Lebenserwartung der Klägerin, die – wie bereits erwähnt – bei Eintritt des Hilfebedarfs am 1.2.2003 gerade einmal 19 Jahre alt war. Unter diesen Umständen kann die letztwillige Verfügung der Großmutter nicht mit Blick auf die Höhe des Nachlasses als missbräuchlich und deshalb als sittenwidrig eingestuft werden, zumal bei der hier getroffenen Regelung dem Beklagten zumindest in gewissem Umfang der Zugriff auf nicht verbrauchten Nachlass nach dem Tode der Klägerin verbleibt (§ 92 c BSHG). Allerdings muss er eine bestimmungsgemäße Verwendung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker in den Grenzen einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung hinnehmen.

Dass der Klägerin unter dem Gesichtspunkt von § 2 BSHG nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden kann, sie hätte die Erbschaft gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB ausschlagen müssen, um den Pflichtteil zum Bestreiten der Heimkosten zu erhalten, hat das VG unter Bezugnahme auf die zitierte Rechtsprechung des BGH zutreffend dargelegt. Auf die diesbezüglichen Ausführungen, die sich der Senat zu Eigen macht, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen (§ 130 b VwGO), zumal der Beklagte ihnen mit seiner Berufung nicht im Einzelnen entgegen getreten ist. Revision wurde gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen.

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Das – inzwischen rechtskräftige – Urteil des OVG Saarland in Saarlouis vom 23.1.2006 betrifft eine Sonderform eines sogenannten „Behindertentestaments“. Anders als üblich und gemeinhin empfohlen,¹ wurde das hier pflichtteilsberechtigten Enkelkind, das schwer geistig behindert ist und im Heim lebt,

nicht zum (nicht befreiten) Vorerben eingesetzt, sondern Vollerbe. Lediglich das zweite tragende Element des klassischen Behindertentestaments wurde berücksichtigt, nämlich die Anordnung von Testamentsvollstreckung auf Lebenszeit der behinderten Erbin, verbunden mit einer verbindlichen Anweisung an den Testamentsvollstrecker. Diese Vorgabe an den Testamentsvollstrecker ging im Ergebnis und nach Auslegung des Gerichts dahin, den Nachlass und dessen Erträge der Erbin nur in Form solcher Leistungen zuzuwenden, die zur Verbesserung von deren Lebensqualität beitragen, aber nach dem jeweils geltenden Sozialhilfe- oder sonstigen Fürsorgerecht nicht dem Zugriff des Hilfetragers unterliegen und auch nicht auf Leistungen von dritter Seite anspruchsmindernd angerechnet werden können. Eine solche Gestaltung hielt der Träger der Sozialhilfe für nicht tragfähig, ging entsprechend unter Verweis auf den sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatz (§ 2 Abs. 1 BSHG bzw. jetzt SGB XII) von einer vorrangigen Verpflichtung zur Verwertung des Erbes aus und verweigerte die Gewährung von Sozialhilfe.

Das OVG hat hingegen mit obiger Entscheidung einen umfassenden Anspruch der Behinderten auf Sozialhilfe trotz der Erbschaft bejaht und damit bestätigt, dass aufgrund des Behindertentestaments ein „Zugriff“ des Sozialhilfetragers auf den Nachlass zu Lebzeiten der Erbin ausgeschlossen ist.

2. Bedeutung der Entscheidung für die Praxis

Das Urteil ist zu begrüßen. Neben weiteren interessanten Aspekten, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll,² verdient es aus zwei Gründen Beachtung:

Bedeutung hat die Entscheidung einerseits als Urteil eines Obergerichts. Die bisher das Gestaltungsmodell „Behindertentestament“ stützenden gerichtlichen Entscheidungen waren fast ausnahmslos solche der ordentlichen Gerichtsbarkeit.³ Anerkennung durch ein Obergericht des Verwaltungsrechtswegs erfuhr das Behindertentestament bisher lediglich durch das Sächsische OVG in Bautzen, und zwar durch einen Beschluss, der im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erging.⁴ Andere verwaltungsgerichtliche Entscheidungen höherer Instanz fehlen. Da die Frage der sozialhilferechtlichen Anerkennung eines Behindertentestaments sowohl die Zivilgerichte als auch die Fachgerichtsbarkeit beschäftigen kann,⁵ schafft das Urteil des OVG Saarland als verwaltungsgerichtliche Entscheidung erneut ein Stück Gestaltungssicherheit. Ein kleiner Wermutstropfen ist jedoch insofern, dass nunmehr für Entscheidungen der vorliegenden Art nicht mehr die Verwaltungsgerichte, sondern die Sozialgerichte zuständig sind.⁶

Andererseits ist bemerkenswert, dass nach Auffassung des OVG ein Behindertentestament auch dann schon seine schützende Wirkung auf Lebenszeit des behinderten Erben entfaltet, wenn es nur umfassende Testamentsvollstreckung

² Vgl. aber DNotI-Report 2006, 99.

³ BGH vom 21.3.1990, BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241 m. Anm. Reimann = JR 1991, 104 m. Anm. Schubert = JZ 1990, 1025 m. Anm. Orie = MittBayNot 1990, 245 m. Anm. Reimann; BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380 = FamRZ 1994, 162 = MDR 1994, 591 = MittBayNot 1994, 49 m. Anm. Reimann = NJW 1994, 248 = ZEV 1994, 35.

⁴ SächsOVG Bautzen vom 2.5.1997, MittBayNot 1998, 127 m. Anm. Krauß.

⁵ Zur Frage des Rechtswegs Spall, MittBayNot 2003, 356, 357 f.

⁶ § 51 Abs. 1 Nr. 6 a SGG, eingefügt gemäß Art. 38 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003.

¹ Grundlegend Bengel in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., Syst Teil A Rdnr. 528 ff. sowie Formularteil Rdnr. 79.

nebst Verwaltungsanordnung vorsieht, nicht jedoch zusätzlich Nacherbschaft angeordnet ist. Dies wird überzeugend unter Verweis auf die Wirkungen der §§ 2211 und 2214 BGB begründet: Gemäß § 2214 BGB wird ein Zugriff der Eigengläubiger, auch des Sozialhilfeträgers, auf den Nachlass insgesamt ausgeschlossen. Nach § 2211 BGB sind die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände der Verfügungsmacht des Erben entzogen, und sind damit insgesamt kein verwertbares Vermögen im Sinne des Sozialhilferechts, vgl. § 88 BSHG, nunmehr § 90 SGB XII. Deshalb darf nach zutreffender Auffassung des OVG Saarland Sozialhilfe im vorliegenden Fall nicht unter Verweis auf das ererbte Vermögen verweigert werden. Indem das OVG so die isolierte Tragfähigkeit der Säule „Testamentsvollstreckung“ beim Behindertentestament bestätigt, stärkt es naturgemäß das Vertrauen in die Verlässlichkeit des Gestaltungsmodells insgesamt.

3. Neue Gestaltungsvariante „Testamentsvollstreckungslösung“?

Wurde nach alledem vom OVG neben den bereits bisher diskutierten Gestaltungsvarianten zum Behindertentestament eine weitere für die Praxis verlässliche und empfehlenswerte Form aus der Taufe gehoben, die man prägnant als „Testamentsvollstreckungslösung“ bezeichnen könnte? Die Frage stellt sich in der Praxis immer wieder bei Eltern, die außer einem Kind mit Behinderung keine weiteren Angehörigen haben und dem bei dieser Variante absehbaren Zugriff des Staates auf das von ihnen vererbte Vermögen nach dem Tode des Kindes gemäß § 102 SGB XII (vormals § 92 c BSHG) zustimmend oder gleichgültig gegenüberstehen, andererseits aber wünschen, das dem Kind mit Behinderung nach Möglichkeit neben den Erträgen des Nachlasses ggf. auch dessen Substanz für die in der Testamentsvollstreckungsanordnung spezifizierten Zwecke „sozialhilfeunschädlich“ zur Verfügung steht.

M. E. ist hier nach wie vor große Vorsicht geboten. Nach heutigem Stand kann die Gestaltung eines Behindertentestaments nach der Testamentsvollstreckungslösung wegen dogmatischer Unsicherheiten trotz des eindeutig erscheinenden Urteils des OVG Saarland (noch) nicht empfohlen werden. Wie eine Schwalbe noch keinen Frühling macht, so kann eine OVG-Entscheidung in dieser Frage noch nicht die für den Normalfall nötige Rechtssicherheit bieten.

Leider befasst sich das OVG nämlich nicht ausdrücklich mit der gerade auch mit Bezug auf das Behindertentestament geführten Diskussion über das Spannungsverhältnis zwischen der Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses aus § 2216 Abs. 1 BGB (von der gemäß § 2220 BGB auch nicht befreit werden kann) einerseits und der bindenden Anordnung an den Testamentsvollstrecker gemäß § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB, den Nachlass „sozialhilfeunschädlich“ einzusetzen, andererseits. Hier hätte das Gericht m. E. die Möglichkeit gehabt, eine vom BGH⁷ in seiner zweiten Entscheidung zum Behindertentestament ausdrücklich offen gelassene Frage explizit zu klären. Das DNotI hält es in diesem Zusammenhang für nicht gänzlich ausgeschlossen, dass eine Einsetzung des behinderten Erben zum Vollerben (oder auch zum befreiten Vorerben) – trotz bestehender Dauertestamentsvollstreckung nebst Verwaltungsanordnung im hier in Rede stehenden Sinne – einen Zugriff des Testamentsvollstreckers auf die gesamte Substanz des Nach-

lasses ermöglichen könne.⁸ Begründet wird dies unter Bezugnahme auf einzelne Stimmen in der Literatur und die fehlende Rechtsprechung hierzu mit der Sorge, der Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB könnte möglicherweise unmittelbar oder auf dem Weg über eine nachlassgerichtliche Anordnung entsprechend § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB die Wirksamkeit abgesprochen werden. Diese Sorge gründet auf den in der Literatur vertretenen Ansichten, es entspreche möglicherweise keiner ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker oder widerspreche gar dem erbrechtlichen Typenzwang, wenn einem Erben, der seinen Unterhalt nicht aus sonstigen Mitteln bestreiten kann, jedenfalls auch die Früchte des Nachlasses vorenthalten werden, und sei es aufgrund einer entsprechenden Verwaltungsanordnung.⁹ Die inzwischen ganz h. M. in der Literatur widerspricht allerdings diesen Mindermeinungen mit überzeugenden Argumenten und hält eine Verwaltungsanordnung, die dem Erben die Möglichkeit eines unbeschränkten Zugriffs auf den Nachlass (und seine Früchte) auch in einer Notsituation bewusst vorenthält, grundsätzlich für beachtlich und verbindlich.¹⁰ Gleichwohl müssen die vorgebrachten Bedenken nach wie vor ernst genommen werden.

Bis zu einer in dieser Hinsicht noch belastbareren Klärung dieser Frage sollte also bei der Gestaltung von Behindertentestamenten der vertraute und inzwischen in zahlreichen Entscheidungen bestätigte Weg nicht ohne Not verlassen werden, wonach neben der Testamentsvollstreckung im vorgenannten Sinne der behinderte Erbe zum nicht befreiten Vorerben benannt wird, also zusätzlich Nacherbschaft angeordnet wird. Da der nicht befreite Vorerbe die Substanz des Nachlasses nicht verbrauchen darf, stellt diese kein verwertbares Vermögen im Sinne von § 90 SGB XII dar. Kommt es dem Erblasser gerade darauf an, dem behinderten Erben auch die Substanz des Nachlasses „sozialhilfeunschädlich“ zukommen zu lassen, kann der Testamentsvollstrecker zusätzlich zum Nacherbentestamentsvollstrecker im Sinne von § 2222 BGB bestimmt und vermächtnisweise verpflichtet werden, einem Zugriff auf die Substanz des Nachlasses zugunsten des Vorerben zuzustimmen, sofern diese ausschließlich für Zwecke im Sinne der Verwaltungsanordnung, also „sozialhilfeunschädlich“ eingesetzt wird.¹¹ Auch eine solche Gestaltung ist mangels einschlägiger Rechtsprechung und vertiefter Erörterung in der Literatur nicht frei von Risiken, jedoch der Testamentsvollstreckungslösung m. E. vorzuziehen.¹² Auch der BGH deutet in seiner Entscheidung zum Behindertentestament aus dem Jahr 1993 an, einer entsprechenden Lösung zuzuneigen.¹³

Notar *Lorenz Spall*, Annweiler am Trifels

⁸ DNotI-Gutachten Nr. 1248 vom 24.1.2003 sowie DNotI-Report 1996, 48.

⁹ Vgl. *Otte*, JZ 1990, 1027, 1028 f.; *Staudinger/Otte*, BGB, 2003, vor § 2064 Rdnr. 176; deutlich einschränkender *Krampe*, AcP 191 (1991), 526, 545 ff.

¹⁰ *Bengel* in Reimann/Bengel/J. Mayer, Syst Teil A Rdnr. 538; DNotI-Report 1996, 48, 49; *Engelmann*, MittBayNot 1999, 509, 511 f.; *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2855; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 1305; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2216 Rdnr. 23 und 28.

¹¹ Ausführlich *Spall* in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 121, 143 f.

¹² Ebenso DNotI-Gutachten Nr. 1284 vom 24.1.2003.

¹³ Urteil vom 20.10.1993, MittBayNot 1994, 49, 50.

⁷ Urteil vom 20.10.1993, MittBayNot 1994, 49, 52.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. HGB § 18 Abs. 2 (*Irreführungsverbot bei der Verwendung eines bürgerlichen Namens*)

Nach der Neuordnung des Firmenrechts der GmbH durch das Handelsrechtsreformgesetz ist es grundsätzlich nicht mehr erforderlich, dass bei der Gründung einer GmbH, die den Nachnamen einer natürlichen Person in ihrer Firma trägt, eine Person dieses Namens auch Gesellschafter ist. Die Gefahr einer Irreführung besteht regelmäßig nicht. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 26.10.2006, 17 HK T 16920/06; eingesandt von Notar Dr. Peter Schubert, München

Aus den Gründen:

1. Die beschwerdeführende Gesellschaft meldete ihre Neugründung zur Eintragung in das Handelsregister München an. Gemäß Gesellschaftsvertrag sollte die Firma lauten: Seemüller Computer Vertriebs-GmbH. An der Gesellschaft ist kein Gesellschafter beteiligt, der den Namen „Seemüller“ als bürgerlichen Namen oder in einer Firma trägt. Die IHK für München und Oberbayern hielt in ihrer Stellungnahme die gewählte Firmierung für irreführend, solange kein Gesellschafter mit dem Namen oder der Firma „Seemüller“ beteiligt sei. Mit Zwischenverfügung setzte das Registergericht München der Beschwerdeführerin eine Frist, entweder die Satzung entsprechend zu ändern oder den Nachweis einer Beteiligung der Seemüller GmbH zu erbringen.

Gegen diese Zwischenverfügung legte die Gesellschaft Beschwerde ein. Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

2. Die Beschwerde ist gemäß §§ 19, 20 FGG zulässig. Sie ist auch begründet. Die von der Beschwerdeführerin gewählte Firmierung ist nicht im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB zur Irreführung geeignet. Nach § 4 GmbHG ist es bei der Wahl der Firma grundsätzlich nicht mehr erforderlich, dass eine Person mit dem gewählten Namen an der Firma als Gesellschafter beteiligt ist. Grenzen für die Namensgebung bestehen nur unter dem Gesichtspunkt der Irreführung im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. Wenn nun ein Personennamen „Seemüller“ in die Firma einbezogen wird, dann würde eine Irreführung im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB nur dann naheliegen, wenn dieser Name für die beteiligten Verkehrskreise Relevanz hat und in seiner Verwendung den Schluss auf eine maßgebliche Beteiligung des Namensträgers nahelegt (so *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 4 Rdnr. 12). Maßgebliche Verkehrskreise sind hier nach dem Gegenstand des Unternehmens alle potentiellen Käufer von Computern und den damit verbundenen Servicedienstleistungen. Dass dieser bürgerliche Name „Seemüller“ für diese Verkehrskreise Relevanz hat, ist der Stellungnahme der IHK nicht zu entnehmen. Diese Relevanz und damit die Gefahr der Irreführung konnte dem Registergericht daher auch nicht „ersichtlich“ im Sinne des § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB sein. Allein aus der Tatsache eines bürgerlich klingenden Namens kann noch nicht auf eine Relevanz für die Käufer von Computern geschlossen werden. Einem solchen Käufer wird es im Regelfall gleichgültig sein, wer als Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt ist. Ihm wird es im Regelfall auch gleichgültig sein, ob der Name ein reiner Fantasiename ist, der auch nach § 4 GmbHG zulässig wäre, oder der Name einer tatsächlich existierenden Person, die in irgendeiner Form an der Gesellschaft beteiligt ist. Das Regis-

tergericht kann daher auf keinen Fall den Nachweis einer „Beteiligung“ an der Gesellschaft oder eine entsprechende Umfirmierung verlangen.

Kostenrecht

17. Richtlinie 69/335/EWG Art. 4 Abs. 3 (*Wertgebühr für Übertragung von Gesellschaftsanteilen nicht EU-Rechts-widrig*)

Eine nationale Regelung, wonach für die Beurkundung einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen, die nicht mit einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals verbunden ist, pauschal und/oder nach dem Wert der übertragenen Anteile bestimmte Gebühren erhoben werden, verstößt nicht gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 geänderten Fassung.

EuGH, Urteil vom 7.9.2006, C-193/04

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in IWB 2006, 906.

18. KostO §§ 146, 147 Abs. 2 (*Keine Vollzugsgebühr für Einholung Rangrücktritt*)

- a) **Die Gebühren für den Vollzug von Grundbuchgeschäften sind in § 146 Abs. 1 und 2 KostO grundsätzlich abschließend geregelt.**
- b) **Hat der Notar die Bestellung einer Grundschuld beurkundet, dient die Einholung einer für die rangrichtige Eintragung der Grundschuld notwendigen Rangrücktrittserklärung dem Vollzug des Urkundengeschäfts und löst daher keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus.**

BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05

Die Kostengläubigerin beurkundete die Bestellung einer Buchgrundschuld durch die Kostenschuldnerin zugunsten einer Sparkasse. Die Grundschuld sollte Vorrang vor einer im Grundbuch für die Stadt A. eingetragenen Rückauflassungsvormerkung haben. Daher bat die Kostengläubigerin die Stadt schriftlich um Übersendung einer Rangrücktrittserklärung. Die Stadt entsprach dieser Bitte.

In ihrer Kostenberechnung forderte die Kostengläubigerin für die Einholung der Rangrücktrittserklärung unter Hinweis auf § 147 Abs. 2 KostO eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus einem Wert von 27.800 € (20 % des vollen Geschäftswerts). Das LG hat die Kostenberechnung um die für die Einholung der Rangrücktrittserklärung angesetzte Gebühr gekürzt. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Kostengläubigerin, die das OLG zurückweisen möchte. Es sieht sich hieran durch den Beschluss des OLG Frankfurt vom 4.3.1998 (FGPrax 1998, 115) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, bei der Einholung einer Rangrücktrittserklärung handele es sich um ein Nebengeschäft gemäß § 147 Abs. 3, § 35 KostO, welches

durch die Gebühr für die Beurkundung der Grundschuldbestellung abgegolten sei und daher keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen könne. Demgegenüber vertritt das OLG Frankfurt in der Vergleichsentscheidung die Auffassung, die Einholung einer Rangrücktrittserklärung sei kein gebührenfreies Nebengeschäft der beurkundeten Grundschuldbestellung, sondern nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergüten. Das vorlegende Gericht und das OLG Frankfurt sind somit unterschiedlicher Auffassung darüber, ob die Einholung einer Rangrücktrittserklärung durch einen Notar nach vorausgegangener Beurkundung einer Grundpfandrechtsbestellung eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen lässt. Das rechtfertigt die Vorlage.

2. Ihrer Statthaftigkeit steht auch nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) und somit nach der Vergleichsentscheidung des OLG Frankfurt eingeführt wurde (BGH, MittBayNot 2003, 235; MittBayNot 2005, 433).

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 u. 2, Abs. 4 KostO), bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg, da die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Für die Einholung der Rangrücktrittserklärung durch die Kostengläubigerin ist eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht entstanden.

1. Bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO handelt es sich um eine Auffangregelung, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Notariats-tätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (vgl. KG, JurBüro 1993, 226; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 54, 59; *Filzek*, ZNotP 2006, 138, 139 sowie OLG Celle, FGPrax 2005, 86; OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147; OLG Oldenburg, DNotZ 1994, 704, 705; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45; *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., § 147 KostO Rdnr. 16).

Derartige, die Anwendung von § 147 Abs. 2 KostO ausschließende Gebührenregelungen sind für Vollzugstätigkeiten zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr bekommt, in § 146 Abs. 1 und 2 KostO enthalten. Wie sich aus der Begründung zu der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Änderung von Kostengesetzen vom 9.12.1986 (BGBl I, S. 2326, 2330 f.) ergibt, sind die Gebühren für den Vollzug von Grundbuchgeschäften in § 146 Abs. 1 und 2 KostO insoweit abschließend geregelt worden (BT-Drucks. 10/5113, S. 33 i. V. m. BT-Drucks. 10/6400, S. 13; im Grundsatz ebenso: *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 146 Rdnr. 1, 4, 4 g; § 147 Rdnr. 1; *Tiedtke*, ZNotP 2005, 478, 480). Damit kommt ein gesonderter Gebührenansatz für Tätigkeiten des Notars zum Vollzug von Erklärungen, die nicht in den Kreis der in § 146 Abs. 1 und 2 KostO genannten Geschäfte fallen, grundsätzlich nicht in Betracht (so auch *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 146 Rdnr. 4; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 278; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 54, 58 f.; *Filzek*, ZNotP 2006, 138, 139; *Bund*, ZNotP 2003, 458, 460; a. A.: *Klein*, RNotZ 2004, 563; *ders.*, ZNotP 2006, 97, 99).

Die Sperrwirkung des § 146 KostO, die sie zur Spezialnorm gegenüber der in § 35 KostO enthaltenen allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte macht (so auch *Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 146 Rdnr. 1; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Vollzugsgebühr“ S. 1043; *Hartmann*, Kostengesetze, § 146 KostO Rdnr. 1; Notarkasse, Streifzug durch die

Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1780), wird durch die Überlegungen bestätigt, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgeblich waren. Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, wurden zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich als gebührenfreie Nebengeschäfte im Sinne des § 27 KostO a. F. (§ 35 KostO n. F.) angesehen; nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden. Diese Regelung wollte der Gesetzgeber zwar grundsätzlich beibehalten, jedoch eine Ausnahme für den Vollzug von Grundstückskaufverträgen schaffen, weil es als nicht gerechtfertigt angesehen wurde, diese zeitraubende und verantwortungsvolle Tätigkeit weiterhin als gebührenfreies Nebengeschäft des Notars zu behandeln (so die Begründung zu dem Kostenrechtsänderungsgesetz vom 26.7.1957, BT-Drucks. 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Ziffer 1.; vgl. auch BayObLG, MittBayNot 1979, 249, 250; *Mümmeler*, JurBüro 1982, 837). Der Gesetzgeber ging also nicht davon aus, dass Vollzugstätigkeiten grundsätzlich gebührenpflichtig waren oder werden sollten (unzutreffend daher *Klein*, RNotZ 2004, 563, 564), sondern davon, dass es sich bei ihnen, soweit § 146 KostO nichts anderes bestimmt, um gebührenfreie Nebengeschäfte handelt.

Ob und inwieweit Ausnahmen von diesem Grundsatz insbesondere bei Grundbuchgeschäften erforderlich sind, die von § 146 KostO zwar nicht erfasst werden, der Sache nach aber nicht anders behandelt werden können als die dort geregelten Fälle – denkbar etwa bei Vollzugstätigkeiten des Notars nach der Beglaubigung von Unterschriften unter Anträge auf Eintragung oder Löschung von Vorkaufsrechten, Dienstbarkeiten oder Nießbrauchsrechten (vgl. *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 146 KostO Rdnr. 42) –, bedarf hier keiner Entscheidung.

Nicht zweifelhaft ist nämlich, dass die Vergütung von Vollzugstätigkeiten zu einer Grundschuldbestellung, also zu dem hier zu beurteilenden Urkundsgeschäft, durch § 146 Abs. 2 KostO abschließend geregelt ist. Die Vorschrift sieht für den Vollzug eines Antrags auf Eintragung eines Grundpfandrechts nur dann eine gesonderte Gebühr vor, wenn der Notar zuvor lediglich die Unterschrift beglaubigt hat. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Gebühr für die Beglaubigung einer Unterschrift die Tätigkeit des Notars zum Vollzug des Geschäfts nicht umfasst (vgl. die Begründung zum Kostenrechtsänderungsgesetz vom 25.7.1957, BT-Drucks. 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Ziff. 3). § 146 Abs. 2 KostO bringt mithin zum Ausdruck, dass eine Vollzugstätigkeit nach vorangegangener Unterschriftsbeglaubigung kein gebührenfreies Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO ist. Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass die Vollzugstätigkeit des Notars, dessen Beteiligung an der Bestellung des Grundpfandrechts qualitativ über eine bloße Unterschriftsbeglaubigung hinausgeht, durch die hierfür entstehende Beurkundungs- oder Entwurfsgebühr abgegolten ist (so zutreffend *Filzek*, ZNotP 2006, 138, 139; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 54, 60; vgl. auch *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 146 KostO Rdnr. 4). Das gilt namentlich dann, wenn der Notar – wie hier – die nach § 873 BGB erforderliche Einigung der Beteiligten über die Einräumung einer Grundschuld beurkundet hat.

2. Bei Einholung der Rangrücktrittserklärung der Stadt A. handelt es sich um eine Vollzugstätigkeit zu der von der Kostengläubigerin beurkundeten Grundschuldbestellung.

a) Der in § 146 KostO verwendete Begriff „Vollzug“ wird allerdings unterschiedlich verstanden.

Nach einer vor allem im Schrifttum vertretenen Auffassung bezieht sich der Begriff auf die Durchführung des dinglichen

Erfüllungsgeschäfts und erfasst deshalb nur die auf die Eintragung in das Grundbuch gerichteten Tätigkeiten des Notars. Hiervon abgegrenzt werden insbesondere Handlungen, die der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtungen der Beteiligten dienen (so OLG Celle, FGPrax 2005, 86; *Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 146 KostO Rdnr. 4 b ff. und 27; *Groth*, DNotZ 1988, 197 ff.; *Klein*, MittRhNotK 1984, 113, 114; vgl. auch OLG Oldenburg, DNotZ 1994, 706); teilweise werden auch Tätigkeiten ausgeklammert, die zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Geschäfts erforderlich sind (so *Lappe*, DNotZ 1990, 326, 327).

Nach einer anderen Auffassung ist der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs nicht auf die dingliche Erfüllung des beurkundeten Grundstücksgeschäfts beschränkt, sondern kostenrechtlich zu verstehen. Dem Vollzug dienen hiernach alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (so OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45, 46 u. JurBüro 1994, 497; OLG Zweibrücken, JurBüro 1997, 658; OLG Braunschweig, Nds. Rpfl 1993, 233; OLG Frankfurt, DNotZ 1990, 321; OLG Schleswig, JurBüro 1987, 1393; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 146 KostO Rdnr. 4 und 27; *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Vollzugsgebühr“ Ziff. 1.6.5; *Mümmler*, JurBüro 1994, 498; vgl. auch *Hartmann*, Kostengesetze, § 146 KostO Rdnr. 19 „Löschungsunterlagen“).

Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen die genannten Auffassungen insbesondere in der Frage, ob bei einem Grundstückskaufvertrag die – zur Durchführung einer von dem Verkäufer geschuldeten lastenfreien Eigentumsübertragung notwendige – Einholung von Löschungsbewilligungen der Grundpfandgläubiger zum Zwecke des Vollzugs im Sinne des § 146 Abs. 1 KostO erfolgt (Nachweise zum Meinungsstand bei *Bund*, JurBüro 2005, 455, 456 Fn. 5).

b) Die Vorlage zwingt entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. *Tiedtke*, ZNotP 2005, 478, 480; *ders.*, ZNotP 2006, 54, 59) indessen nicht zu einer näheren Definition des Vollzugsbegriffs, da es sich bei der hier zu beurteilenden Einholung einer Rangrücktrittserklärung nach beiden Auffassungen um eine Vollzugstätigkeit zu der Bestellung einer erstrangigen Grundschuld handelt. Die Rücktrittsfrage bei einem vorrangigen Gläubiger dient ausschließlich der Herbeiführung einer rangrichtigen Eintragung des Rechts entsprechend der vorausgegangenen dinglichen Einigung und stellt sich deshalb auch bei Zugrundelegung eines engen Vollzugsbegriffs als Vollzugstätigkeit zu einer zuvor beurkundeten Grundschuldbestellung dar (ebenso *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 146 KostO Rdnr. 42 und § 147 KostO Rdnr. 26 a; *Mümmler*, JurBüro 1994, 651, 652; im Ergebnis auch LG Osnabrück, Nds. Rpfl 2003, 323 und *Mümmler*, JurBüro 1975, 735, 742, die ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 147 Abs. 3, § 35 KostO annehmen; a. A. *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 147 KostO Rdnr. 79, vgl. aber auch § 146 Rdnr. 47). Zwar führt die Eintragung eines Grundpfandrechts abweichend von der in der dinglichen Einigung getroffenen Rangbestimmung nicht notwendigerweise dazu, dass die Grundschuld nicht entstanden ist. Vielmehr ermöglicht die entsprechende Anwendung des § 139 BGB in einem solchen Fall die Entstehung der Grundschuld mit dem eingetragenen Rang (vgl. BGH, MittBayNot 1990, 102). Die vollständige Umsetzung der dinglichen Einigung gelingt jedoch nur, wenn diese auch im Hinblick auf den Rang mit der Eintragung in das Grundbuch übereinstimmt. Zu die-

sem Zweck bedarf es notwendigerweise der Einholung einer Rangrücktrittserklärung von den Inhabern vorrangiger Rechte.

c) Eine andere Beurteilung folgt nicht daraus, dass der Rangrücktritt das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller des neu einzutragenden und dem Inhaber des zurücktretenden Rechts berührt. Dieser – von dem OLG Frankfurt in der Vergleichsentscheidung (FGPrax 1998, 115) als maßgeblich angesehene – Gesichtspunkt kann der Annahme einer Vollzugstätigkeit zwar dann entgegenstehen, wenn der Notar mit den Beteiligten über den Rangrücktritt zunächst verhandeln muss (vgl. OLG Hamm, Rpfler 1960, 191; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 147 KostO Rdnr. 26 a; *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Rangänderung“ Ziff. 3). In diesem Fall dient die Tätigkeit des Notars nämlich auch der Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Grundstückseigentümer und dem an dem Urkundsgeschäft nicht beteiligten Inhaber des vorrangigen Rechts. Beschränkt sich der Notar jedoch – wie hier – auf die Anforderung der Rangrücktrittserklärung, finden also Verhandlungen mit den Beteiligten – etwa weil der Rangrücktritt bereits vereinbart ist – nicht statt, zielt seine Tätigkeit allein auf die urkundlich vorgesehene rangrichtige Eintragung und damit auf den Vollzug des Urkundsgeschäfts ab.

3. Die Sperrwirkung des § 146 Abs. 2 KostO entfällt auch nicht deshalb, weil der Notar eine Rangrücktrittserklärung nicht von Amts wegen, sondern nur aufgrund eines entsprechenden Ansuchens der Beteiligten einholen muss (vgl. *Sandkühler* in *Leich/Sandkühler*, Bundesnotarordnung, 5. Aufl., § 24 Rdnr. 7 u. 39 ff.). Die Auffassung, wonach alle Abwicklungstätigkeiten, die einen Antrag an den Notar voraussetzen, gebührenpflichtig sind (so *Klein*, ZNotP 2006, 98), findet in der Kostenordnung keine Stütze. Aus § 147 Abs. 2 und 3 KostO ergibt sich im Gegenteil, dass eine im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Betreuungstätigkeit nicht stets, sondern nur dann eine Gebühr auslöst, wenn diese nicht schon als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch eine dem Notar zustehende Gebühr abgegolten wird. Nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidet mithin darüber, ob Nebentätigkeiten gebührenpflichtig sind (vgl. OLG Frankfurt, JurBüro 1976, 953, 956; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 35 KostO Rdnr. 8; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, § 147 KostO Rdnr. 26). Nichts anderes gilt für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundsgeschäfts dient.

Anmerkung:

I. Einholung durch Entwurf

Der vom BGH entschiedene Sachverhalt betrifft einen alltäglichen Praxisfall. Rangrücktrittserklärungen werden auf verschiedene Weisen eingeholt, je nachdem, welcher Auftrag dem Notar erteilt wird. Häufig erfolgt die Beschaffung solcher Erklärungen dadurch, dass der Notar dem Berechtigten einen Entwurf zusendet mit der Bitte, diesen nach grundbuchtauglicher Unterzeichnung wieder zurückzusenden. Diese Art der Beschaffung erfordert gem. § 145 Abs. 1 KostO einen dementsprechenden Auftrag durch die Beteiligten an den Notar. Diese Variante der Rangbeschaffung wird vor allem dann gewählt, wenn die Beteiligten an einem raschen Vollzug der Grundschuldbestellung interessiert sind. Die Entwurfsfertigung durch den Notar fördert eine zügige Beschaffung der Rangerklärung, da der Entwurf sonst vom Berechtigten selbst gefertigt werden muss, was, wie die Praxiserfahrung zeigt, häufig zu Verzögerungen führt. Erhält der Notar den Auftrag, die Rangänderung durch Übersendung eines von ihm gefertigten Entwurfs einzuholen, entsteht hierfür eine Ent-

wurfsgebühr gem. § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO. Für das Anfordern selbst fällt keine weitere Gebühr mehr an, das Anfordern ist mit der Entwurfsgebühr abgegolten.¹ Übernimmt der Notar im Zuge der Rücksendung der Rangerklärung an ihn einen Treuhandauftrag des Berechtigten, fällt neben der Entwurfsgebühr eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO aus einem angemessenen Teilwert gem. § 30 Abs. 1 KostO an.²

II. Einholung ohne Entwurf – Entscheidung des BGH

Diese Bewertungsgrundsätze bleiben auch nach der Entscheidung des BGH unverändert, weil der Entscheidung des BGH vom 13.7.2006 ein anderer Sachverhalt zugrunde lag, nämlich die Anforderung einer Rangrücktrittserklärung zur ranggemäßen Eintragung der in Urkundsform bestellten Grundschuld ohne Übersendung eines Entwurfs, weil hierzu kein Auftrag vorlag. Die Anforderung erfolgte durch einfachen Brief.

Streitig war nun die Frage, ob der Notar für das Anfordern der Rangrücktrittserklärung zu Recht eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhoben hat. Das hat der BGH verneint. Die Einholung einer Rangrücktrittserklärung ohne Entwurfsübersendung sei eine klassische Vollzugstätigkeit, die eigentlich unter § 146 Abs. 1 KostO falle, jedoch gehört eine Grundschuldbestellung nicht zu den in § 146 Abs. 1 KostO genannten Geschäften, so dass die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO nicht erhoben werden kann. Es greift dann auch nicht die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO, Vorrang hat vielmehr § 35 KostO, wonach ein gebührenfreies Nebengeschäft vorliegt. Etwas anderes gilt für eine Grundschuldbestellung, unter welcher der Notar lediglich die Unterschrift beglaubigt hat – ohne Fertigung, Überprüfung oder Ergänzung des Entwurfs –, also für die Fälle, die lediglich die Gebühr nach § 45 KostO auslösen. Für das Einholen der Rangrücktrittserklärung ohne Übersendung eines Entwurfs fällt bei diesem Sachverhalt eine $\frac{1}{4}$ -Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 2 KostO an (Spezialnorm).

Nach dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war die Grundschuldbestellung beurkundet, die Nebentätigkeit des Notars hat sich auf das bloße Anfordern (ohne Übernahme von Treuhandaufgaben, ohne Verhandlungen über die Erteilung) beschränkt. Zunächst stellt der BGH fest, dass es sich bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO um eine Auffangregelung handelt, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Notariatstätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll.³ Bei § 146 Abs. 1 und 2 KostO handelt es sich um eine die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO ausschließende Gebührenregelung für die Vollzugstätigkeit zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr erhält.

Die Sperrwirkung des § 146 KostO, die sie zur Spezialnorm gegenüber der in § 35 KostO enthaltenen allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte macht, wird durch die Überlegungen bestätigt, die für die Einführung einer Voll-

zugsgebühr im Jahr 1957 maßgeblich waren. Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, wurden bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich als gebührenfreie Nebengeschäfte i. S. des § 27 KostO a. F. (§ 35 KostO n. F.) angesehen; nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden.

Nicht zweifelhaft sei nämlich – so der BGH weiter –, dass die Vergütung von Vollzugstätigkeiten zu einer Grundschuldbestellung, also zu dem hier zu beurteilenden Urkundsgeschäft, durch § 146 Abs. 2 KostO abschließend geregelt wird. Die Vorschrift sieht für den Vollzug eines Antrags auf Eintragung eines Grundpfandrechts nur dann eine gesonderte Gebühr vor, wenn der Notar zuvor lediglich die Unterschrift beglaubigt hat. Im Umkehrschluss folgert der BGH hieraus, dass die Vollzugstätigkeit des Notars, dessen Beteiligung an der Bestellung des Grundpfandrechts qualitativ über eine bloße Unterschriftsbeglaubigung hinausgeht, durch die hierfür entstehende Beurkundungs- oder Entwurfsgebühr abgegolten ist.

Auch den Begriff „Vollzug“ definiert der BGH näher. Danach dienen dem Vollzug alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Vollzug herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen.⁴ Die Sperrwirkung des § 146 Abs. 1 KostO entfalle – so der BGH weiter – auch nicht deshalb, weil der Notar eine Rangrücktrittserklärung nicht von Amts wegen, sondern nur aufgrund eines entsprechenden Ansuchens der Beteiligten einholen müsse.

III. Folgerungen für die Praxis

Ob die Rechtsprechung des BGH gleichermaßen anzuwenden ist, wenn der Notar zur rangrichtigen Eintragung einer Grundschuldbestellung nicht eine Rangrücktrittserklärung, sondern eine Löschungsbewilligung einholt, ist bisher nicht entschieden. Dies hängt davon ab, ob der BGH in dem bereits anhängigen Verfahren⁵ die Beschaffung von Löschungserklärungen als Vollzugstätigkeit nach § 146 KostO qualifiziert oder als Nebentätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO. Liegt eine Vollzugstätigkeit nach § 146 KostO vor, ist die hier besprochene Entscheidung auch auf die Beschaffung von Löschungsbewilligungen anwendbar. Übernimmt der Notar jedoch gegenüber dem Gläubiger Treuhandaufgaben oder muss er mit dem Gläubiger in Verhandlungen über die Erteilung des Rangrücktritts oder die Löschungsbewilligung eintreten, fällt hierfür eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Dies ist der Entscheidung tendenziell zu entnehmen, da der BGH nur das Beschaffen der Rangänderungserklärung selbst als Vollzugstätigkeit i. S. d. § 146 KostO einstuft. Der Geschäftswert für gebührenpflichtige Tätigkeiten (hier Übernahme von Treuhandaufgaben) nach § 147 Abs. 2 KostO bestimmt sich nach einem angemessenen Teilwert, der nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen ist. Angemessen dürfen 30–50 % des Betrages sein, von welchem die Verwendung der Löschungsbewilligung oder die Rangrücktrittserklärung abhängt.

Prüfungsabteilung
der Notarkasse A. d. Ö. R., München

¹ Pfälz. OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 334 = NotBZ 2001, 114 = ZNotP 2002, 162.

² Ca. 30–50 % aus dem Wert der Auflage, vgl. Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1505 m. w. N.

³ KG, JurBüro 1993, 226; Tiedtke, ZNotP 2006, 54, 59; Filzek, ZNotP 2006, 138, 139; OLG Celle, FGPrax 2005, 86; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45; OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147.

⁴ OLG Hamm, OLGR 2002, 146, 147; OLG Düsseldorf, JurBüro 2002, 45, 46; OLG Zweibrücken, JurBüro 1997, 658; OLG Frankfurt, DNotZ 1990, 321.

⁵ Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf, 10. Zivilsenat, Beschl. v. 1.8.2006, I-10 W 36/06, ZNotP 2006, 436 zur Einholung von Löschungserklärungen zum Vollzug eines Kaufvertrages.

19. KostO § 60 Abs. 4 (*Gebührenfreiheit der Grundbucheintragung bei Erbauseinandersetzung*)

Die Eintragung eines Miterben ist auch dann nach § 60 Abs. 4 KostO gebührenfrei, wenn er ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft erst aufgrund eines Erbauseinandersetzungsvertrages als Eigentümer eingetragen wird (Anschluss an: BayObLGZ 1979, 39 = MittBayNot 1979, 86; BayObLGZ 1993, 96, 99 = MittBayNot 1993, 310). Dies gilt auch dann, wenn die Auseinandersetzung des Nachlasses dadurch erfolgt, dass ein Miterbe seinen Erbanteil an andere Miterben abtritt und er als Ausgleich ein Grundstück aus dem Nachlass erhält. Unerheblich ist, ob die Auseinandersetzung insgesamt durch einen oder mehrere Verträge geschieht, sofern nur die Zweijahresfrist eingehalten wird.

OLG München, Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05; eingesandt von Notar Dr. Hans Thalhammer, Regensburg, und mitgeteilt von Jupp Joachimski, Vorsitzender Richter am OLG München

Der am 30.6.2003 verstorbene Eigentümer der verfahrensgegenständlichen Grundstücke wurde zu je $\frac{1}{3}$ von den Beteiligten zu 1 bis 3 beerbt. Eine Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbengemeinschaft fand nicht statt. Mit notariellem Vertrag vom 22.7.2004 trat der Beteiligte zu 1 seinen $\frac{1}{3}$ -Erbteil an die Beteiligten zu 2 und 3 ab. Als Gegenleistung für die Erbteilsabtretung erhielt der Beteiligte zu 1 Grundbesitz aus der Erbmasse und wurde insoweit am 10.8.2004 als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 28.10.2004 trat die Beteiligte zu 3 ihren nunmehrigen $\frac{1}{2}$ -Erbteil an den Beteiligten zu 2 ab. Als Gegenleistung für die Erbteilsabtretung erhielt die Beteiligte zu 3 Grundbesitz aus der Erbmasse und wurde diesbezüglich am 1.12.2004 als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. Am 10.12.2004 wurde der Beteiligte zu 2 am restlichen Grundbesitz des Erblassers aufgrund seiner Erbenstellung und der Erbteilsabtretungen als Alleineigentümer eingetragen. Eine Zwischeneintragung der Erbengemeinschaft unterblieb jeweils.

Mit Kostenrechnung vom 10.8.2004 wurden für die Grundbucheintragung des Beteiligten zu 1 eine Gebühr von 1.332,10 €, für die Eintragung des Beteiligten zu 2 mit Kostenrechnung vom 10.12.2004 eine Gebühr von 778,50 € und für die Eintragung der Beteiligten zu 3 mit Kostenrechnung vom 1.12.2004 eine Gebühr von 549,60 € erhoben.

Auf die Erinnerung der Beteiligten zu 1 bis 3 hat das AG die Kostenrechnungen vom 10.8.2004, soweit mehr als 10 € angesetzt wurde, die Kostenrechnung vom 1.12.2004, soweit mehr als 27 € angesetzt wurde, und die Kostenrechnung vom 10.12.2004 in vollem Umfang aufgehoben. Die Erinnerung der Staatskasse, mit der diese die Nacherhebung von weiteren Kosten in Höhe von 602,10 € begehrte, wurde zurückgewiesen. Das LG bestätigte diese Entscheidung. Hiergegen wandte sich die Staatskasse mit ihrer weiteren Beschwerde, die jedoch erfolglos blieb.

Aus den Gründen:

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Das AG habe zu Recht Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO angenommen, da jeweils die Erben des verstorbenen Eigentümers innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall eingetragen worden seien. Diese Vorschrift sei nicht nur auf Fälle anwendbar, in denen die Eintragung des Eigentumsübergangs unmittelbar aufgrund der Erbfolge geschehe, sondern es genüge nach einer Entscheidung des BayObLG auch, dass der nach vorangegangener Erbauseinandersetzung mit den Miterben einzutragende Eigentümer zu dem Kreis der Erben des früheren Eigentümers gehöre. Die hier zu entscheidende Konstellation weiche zwar von der Konstellation ab, die der Entscheidung des BayObLG vom 8.12.1979 (Bay-

ObLGZ 1979, 39 = MittBayNot 1979, 86) zugrunde lag. Dort sei es um die Eintragung einer Miterbin nach vertraglicher Überlassung des Grundstücks an sie durch den eingesetzten Testamentsvollstrecker gegangen. Im vorliegenden Fall lägen zwei getrennte Verträge vor. Zunächst sei der Beteiligte zu 1 aus der Erbengemeinschaft gegen eine Leistung in Form von Grundbesitz durch Abtretung seines Erbteils ausgeschieden. Dann habe die Beteiligte zu 3 an den Beteiligten zu 2 ebenfalls gegen Übertragung von Grundbesitz ihren Erbanteil abgetreten. Diese Konstellation sei jedoch nicht anders zu behandeln als die vom BayObLG entschiedene. Wenngleich die Beteiligten zu 1 und 2 die vermögensrechtliche Beteiligung am Nachlass verloren hätten, hätten sie weiterhin ihre Rechtsstellung als Erben behalten. Der Sache nach sei mit den beiden notariellen Verträgen eine Erbauseinandersetzung vollzogen worden. Dieser Wille ergebe sich klar aus den Verträgen selbst, in denen die Beteiligten zum Ausdruck gebracht hätten, dass Grundlage für die vorgenommene Aufteilung eine Teilungsanordnung des Erblassers war. Dass die Auseinandersetzung in zwei Verträgen vollzogen wurde, sei kein entscheidendes Kriterium.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand (§ 14 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Zu Recht geht das LG von der Gebührenfreiheit des § 60 Abs. 4 KostO aus, wenn ein Miterbe ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft erst aufgrund eines Erbauseinandersetzungsvertrages als Eigentümer eingetragen wird (BayObLGZ 1979, 39 = MittBayNot 1979, 86; BayObLGZ 1993, 96, 99 = MittBayNot 1993, 310; OLG Schleswig, JurBüro 1966, 418, 420 ff.; OLG Celle, Rpfleger 1966, 182 und 1968, 36; KG, JurBüro 1972, 169; *Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 60 Rdnr. 59, 60; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 60 KostO Rdnr. 29). Der Senat sieht trotz der entgegenstehenden Rechtsprechung der OLG Zweibrücken (JurBüro 1982, 591 ff.; MDR 1990, 560), Hamm (Rpfleger 1987, 302 f.), Karlsruhe (Justiz 1983, 158 f.) und Düsseldorf (JurBüro 1983, 1076 f.) keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

b) Nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Landgerichts, diese Gebührenfreiheit werde auch nicht durch den Umstand ausgeschlossen, dass in den Verträgen der Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 ihre Erbanteile an die jeweils im Zeitpunkt des Vertrages noch vorhandenen Miterben abgetreten haben. Bei den zwei Verträgen war materiell die Auseinandersetzung des Nachlasses beabsichtigt. Dieses Ziel wurde auch erreicht. Es kann für die Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO keinen Unterschied machen, ob die Erbauseinandersetzung durch Übereignung einzelner Nachlassgegenstände oder durch Erbanteilsabtretung (vgl. auch OLG Celle, DNotZ 1979, 247) geschieht, sofern diese zum Zwecke der Auseinandersetzung erfolgt. Soweit, wie hier, als Gegenleistung für die Abtretung Grundstücke übereignet werden, die Teil des Nachlasses waren, liegt auch bezüglich dieser Grundstücke noch eine Nachlassauseinandersetzung vor, die der Begünstigung des § 60 Abs. 4 KostO unterliegt.

c) Unerheblich ist, dass der Nachlass durch zwei verschiedene Verträge auseinandergesetzt wurde. Etwaigen Missbräuchen wird schon durch die Frist von zwei Jahren vorgebeugt.

20. KostO § 79 a; HRegGebV § 2 Abs. 2; Richtlinie 85/303/EWG (*Gesonderte Gebühr für Eintragung Vielzahl inhaltsgleicher Registertatsachen*)

Die Anwendung des § 2 Abs. 2 HRegGebV für die Eintragung einer Vielzahl von inhaltsgleichen Tatsachen (hier: Teilgewinnabführungsverträge) verstößt jedenfalls dann nicht gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 geänderten Fassung), wenn das Registergericht nicht nur die formellen, sondern auch die materiellen Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen hat.

OLG München, 32. Zivilsenat, Beschluss vom 13.6.2006, 32 Wx 78/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2006, 1795 und Rpfleger 2006, 573.

21. KostO § 60 Abs. 1; UmwG § 123 Abs. 3, § 135 Abs. 1, § 131 Abs. 1; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; Richtlinie 69/335/EWG i. d. F. Richtlinie 85/303/EWG Art. 10 Buchst. c, Art. 12 Abs. 1 Buchst. b (*Rechtmäßige Erhebung von Grundbuchgebühren in Folge Ausgliederung*)

Die Erhebung von Grundbuchgebühren für die Eintragung einer Grundbuchberichtigung in der Folge der Durchführung einer Ausgliederung nach dem Wert des Grundstücks verstößt weder gegen die Verfassung noch gegen Rechtsnormen der europäischen Gemeinschaft.

OLG München, 32. Zivilsenat, Beschluss vom 21.9.2006, 32 Wx 135/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in OLGR-Süd 2006, 845.

22. KostO § 30 Abs. 1, § 147 Abs. 2 (*Gebühr für Überwachung der Umschreibungsreife*)

1. **Für seine mit der Überwachung der Umschreibungsreife verbundene Tätigkeit erhält der Notar neben der Beurkundungsgebühr und der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO (im Anschluss an BGH, MittBayNot 2005, 433).**
2. **Die Gebührenhöhe richtet sich nach einem Bruchteil des Kaufpreises entsprechend dem Umfang der entfalten Tätigkeit, § 30 Abs. 1 KostO.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 26.1.2006, 20 W 61/05

Der Kostengläubiger beurkundete einen Grundstückskaufvertrag, an dem die Kostenschuldner als Käufer beteiligt waren. Darin wurde er von den Vertragsbeteiligten beauftragt, den Eintritt der Fälligkeits-

voraussetzungen schriftlich zu bestätigen. Außerdem wurde er mit der Kaufpreisüberwachung beauftragt und angewiesen, die Eigentumsbeschreibung im Grundbuch erst dann zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist. Für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit berechnete der Kostengläubiger in seiner Kostenrechnung eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus 30 % des Kaufpreises und für die Überwachung der Umschreibungsreife eine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus 25 % des Kaufpreises.

Diese Rechnungspositionen wurden von der Dienstaufsichtsbehörde des Notars beanstandet, da diese Nebentätigkeitsgebühr nur einmal aus 30 % des Kaufpreises angefallen sei. Der Notar half der Beanstandung nicht ab und beantragte gemäß § 156 Abs. 5 KostO gerichtliche Entscheidung. Das LG hat die Kostenberechnung hinsichtlich der streitgegenständlichen Betreuungsgebühren abgeändert und ist der Auffassung der Dienstaufsichtsbehörde dahin gefolgt, dass es sich um einen einheitlichen Betreuungsauftrag handele, weshalb nur einmal die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO aus einem Wert von 30 % des Kaufpreises entstanden sei. Der Kostengläubiger hat mit seiner weiteren Beschwerde die Verletzung des § 147 Abs. 2 KostO gerügt. (...)

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde des Kostengläubigers ist zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg, denn die Entscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO), da der Kostengläubiger zu Recht eine halbe Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO aus 25 % des Kaufpreises für die Kaufpreisüberwachung angesetzt hat.

Der Senat schließt sich der vom Kostengläubiger zitierten Entscheidung des BGH vom 12.5.2005, V ZB 40/05 (MittBayNot 2005, 433 = ZNotP 2005, 354) an.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 12.5.2005 ausgeführt, obwohl die Fälligkeitsüberwachung und die Überwachung der Kaufpreiszahlung der Durchführung eines einheitlichen Kaufvertrages dienen, mache sie dies nicht zu einem einheitlichen Geschäft, denn es handele sich um Tätigkeiten des Notars zu unterschiedlichen Zeitpunkten und mit verschiedenem Inhalt, insbesondere in unterschiedlichem Interesse, nämlich die Fälligkeitsüberwachung im Interesse des Käufers und die Kaufpreisüberwachung im Interesse des Verkäufers. Deshalb gelte die für die Fälligkeitsüberprüfung angesetzte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht auch die für die Kaufpreisüberwachung entfaltete Tätigkeit ab.

Bei der zur Überwachung der Kaufpreiszahlung vom Notar entfalten Tätigkeit handele es sich um eine eigenständige Betreuungstätigkeit neben der Beurkundung und dem Vollzug der Urkunde. Denn wenn der Notar wie auch im vorliegenden Fall den Umschreibungsantrag erst stellen soll, wenn ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen wird, müsse er nach dem Willen der Parteien vor dem Vollzug des Vertrages eigenverantwortlich feststellen, ob die vertragsgemäße Zahlung als Voraussetzung für die Stellung des Umschreibungsantrags erfolgt ist. Dazu habe der Notar eigene Ermittlungen anzustellen und ihr Ergebnis zu prüfen und nicht nur ohne Entfaltung eigener Tätigkeit abzuwarten, bis die Vertragsbeteiligten die Voraussetzungen für die Umschreibung geschaffen haben. Deshalb werde diese Betreuungstätigkeit weder durch die Beurkundungs-, noch durch die Vollzugsgebühr nach § 146 KostO abgegolten.

Der im Einzelfall größere oder geringere Aufwand des Notars bei der Kaufpreisüberwachung könne nur für die Höhe der Gebühr, nicht aber für das Entstehen oder Nichtentstehen maßgeblich sein und sei im Rahmen des § 30 Abs. 1 KostO zu berücksichtigen. Also entstehe die gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auch dann, wenn der Notar seine Tätig-

keit bei der Kaufpreisüberwachung darauf beschränkt, bei dem Verkäufer eine Bestätigung des Eingangs einzuholen. Dass der Kostengläubiger dem geringen Umfang seiner Tätigkeit dadurch Rechnung getragen habe, dass er als Wert nur 10 % des Kaufpreises der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu Grunde gelegt habe, sei nicht zu beanstanden.

Die Kammer hatte bisher keine Veranlassung, sich mit der Höhe der Gebühr für die Kaufpreisüberwachung zu befassen, da ihrer Rechtsauffassung nach die Entstehung einer zusätzlichen Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Kaufpreisüberwachung schon abzulehnen war. Aus diesem Grund ist auch jede Tatsachenfeststellung dazu unterblieben, welche eigene Tätigkeit der Kostengläubiger im konkreten Einzelfall entfaltet hat, um seinen Auftrag zur Kaufpreisüberwachung zu erfüllen. Dies wird bei zukünftigen Entscheidungen, in denen von der Entstehung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auszugehen sein wird, anders zu handhaben sein. Wenn der Vertragsurkunde wie auch im vorliegenden Fall nicht zu entnehmen ist, dass der Nachweis der Kaufpreiszahlung in einer bestimmten Art und Weise erfolgen soll, wird der Kostengläubiger die von ihm entfaltete Tätigkeit im konkreten Einzelfall darzulegen haben bzw. werden seine Handakten beizuziehen sein. Denn der Entscheidung des BGH ist – auch wenn sie sich nicht grundsätzlich zu der Höhe der Gebühr äußert – jedenfalls zu entnehmen, dass der Umfang der Tätigkeit dafür maßgeblich sein soll, welcher Prozentsatz des Kaufpreises angemessen ist. In dem entschiedenen Fall hatte der Notar die Kaufpreiszahlung an Hand eines von ihm vorbereiteten Formularschreiben überprüft, in dem der Verkäufer die Kaufpreiszahlung ohne Zusätze und Abänderungen umgehend bestätigt hatte. Für diese Fallgestaltung mit geringem Tätigkeitsumfang hat der BGH den Ansatz von 10 % des Kaufpreises nicht beanstandet. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Teilwert von 10 % des Kaufpreises nicht überschritten werden darf, vielmehr ist der Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen vom Notar zu bestimmen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 147 Rdnr. 91; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2005, § 147 Rdnr. 13 a m. w. H.). Diese Ermessensausübung ist vom Beschwerdegericht wie auch in sonstigen Fällen des § 30 Abs. 1 KostO nur auf seine Gesetzmäßigkeit zu überprüfen, also dahin, ob die vom Notar angewandten rechtlichen Kriterien zutreffen und ob die angestellten Erwägungen rechtsfehlerfrei sind (OLG Frankfurt am Main, MittBayNot 2006, 360; OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 247; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand 2003, § 30 Rdnr. 3, 3 a).

Nach diesen Kriterien ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass der Kostengläubiger vorliegend der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO einen Wert von 25 % des Kaufpreises zu Grunde gelegt hat. Generell gilt für den Wert der Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO, dass die darunter fallenden Geschäfte sehr verschiedenartig sind und sich allgemeine Grundsätze für die Schätzung nach freiem Ermessen kaum aufstellen lassen, weshalb dem Notar ein weiter Spielraum zu geben ist (*Rohs/Wedewer*, KostO, § 147 Rdnr. 21). Entsprechendes gilt auch für den Wert der Gebühr für die Kaufpreisüberwachung, da die dazu entfaltete Tätigkeit ebenfalls einen ganz verschiedenen Umfang haben kann.

Wie bereits ausgeführt, ist der Tätigkeitsumfang für den hier zu entscheidenden Fall nicht konkret festgestellt, an einer eigenen Aufklärung erst im Rechtsbeschwerdeverfahren ist der Senat gehindert. Dies zwingt aber nicht zu einer erneuten Zurückverweisung, da weder die Dienstaufsicht des Notars, noch die am Beschwerdeverfahren beteiligten Kostenschuld-

ner die Ermessensausübung des Notars beanstandet haben. Auch die vom BGH im Rahmen seiner Ausführungen zur Gebührenhöhe in Bezug genommene Kommentarliteratur (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 147 KostO Rdnr. 91; *Rohs/Wedewer*, § 147 KostO Rdnr. 13 a) erachtet einen Schätzwert von 20–30 oder auch 50 % des Kaufpreises noch als angemessen.

Steuerrecht

23. ErbStG § 10 Abs. 1 (*Keine mittelbare Grundstücksschenkung bei Schenkung nach Grundstückserwerb*)

- Sagt der Schenker dem Bedachten den für den Erwerb eines bestimmten Grundstücks vorgesehenen Geldbetrag erst nach Abschluss des Kaufvertrags zu, scheidet eine mittelbare Grundstücksschenkung aus.**
- Erhält der Grundstückskäufer Mittel für den Erwerb eines bestimmten Grundstücks zunächst als Darlehen und verzichtet der Darlehensgeber später auf die Rückzahlung, ist eine mittelbare Grundstücksschenkung nur gegeben, wenn der Darlehensgeber die Umwandlung des Darlehens in eine Schenkung vor dem Grundstückserwerb zusagt und vor Bezahlung des Kaufpreises tatsächlich vornimmt.**

BFH, Urteil vom 2.2.2005, II R 31/03

Der Kläger erhielt am 4.7.1995 von seiner Mutter einen Betrag von 100.000 DM überwiesen, den er abredegemäß zur teilweisen Finanzierung des Erwerbs eines Miteigentumsanteils an einer Eigentumswohnung verwendete. Diesen Miteigentumsanteil kaufte er mit notariell beurkundetem Vertrag vom 14.7.1995, in dem zugleich die Auflassung erklärt und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch bewilligt und beantragt wurden. Diese Erklärungen sollte der Notar erst nach Vorliegen verschiedener Voraussetzungen, insbesondere der bis 15.8.1995 geschuldeten Bezahlung des Kaufpreises, beim Grundbuchamt einreichen. Der Notar stellte den Antrag auf Eigentumsumschreibung am 28.8.1995 beim Grundbuchamt. Die Umschreibung erfolgte am 10.6.1996.

Die Mutter des Klägers reichte beim beklagten Finanzamt eine von ihr am 29.9.1995 unterzeichnete Erklärung ein, wonach das bisher zwischen ihr und dem Kläger vereinbarte „Darlehen von 100.000 DM“ in eine Schenkung umgewandelt werde. Die Schenkung sei zweckgebunden zum Erwerb der Eigentumswohnung. Der Kläger machte in seiner Schenkungsteuererklärung hiermit übereinstimmende Angaben. Das FA sah in der erklärten „Umwandlung des Darlehens“ keine mittelbare Grundstücksschenkung, sondern eine Geldschenkung und setzte demgemäß unter Berücksichtigung von Vorschenkungen von 90.000 DM Schenkungsteuer in Höhe von 4.000 DM fest.

Das FG gab der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage mit dem in EFG 2003, 1715 veröffentlichten Urteil mit der Begründung statt, eine mittelbare Grundstücksschenkung liege auch dann vor, wenn es sich bei der Überweisung entgegen dem nunmehrigen Vorbringen des Klägers nicht von vornherein um eine Schenkung, sondern ursprünglich um ein Darlehen gehandelt habe, das erst am 29.9.1995 in eine Schenkung umgewandelt worden sei. Der Kläger sei zu diesem Zeitpunkt wegen der noch ausstehenden Eigentumsumschreibung im Grundbuch noch nicht zivilrechtlicher Miteigentümer der Wohnung gewesen. Das sei entscheidend.

Mit der Revision wendet sich das FA gegen diese Beurteilung. Der Kläger habe den Betrag von 100.000 DM zunächst nur als Darlehen erhalten. Da das Darlehen erst nach Abgabe der für die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erforderlichen Erklärungen in eine Schenkung umgewandelt worden sei, scheidet eine mittelbare Grundstücksschenkung aus. Es handele sich vielmehr um eine Geldschenkung.

Gründe:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und 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, es liege eine mittelbare Grundstücksschenkung vor, wenn zunächst ein Darlehen vereinbart war und dieses erst am 29.9.1995 in eine Schenkung umgewandelt wurde.

a) Sagt der Schenker dem Bedachten den für den Kauf eines bestimmten Grundstücks vorgesehenen Geldbetrag vor dem Erwerb des Grundstücks zu und stellt er ihm den Betrag bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld zur Verfügung, liegt nach dem Senatsurteil vom 10.11.2004, II R 44/02 (BFH/NV 2005, 468 = MittBayNot 2005, 440) eine mittelbare Grundstücksschenkung auch dann vor, wenn der Bedachte bereits vor der Überlassung des Geldes Eigentümer des Grundstücks geworden war. Werden die Geldmittel erst nach Erwerb des Grundstücks zugesagt oder erhält sie der Bedachte erst nach Bezahlung des Kaufpreises, scheidet eine mittelbare Grundstücksschenkung aus. In einem solchen Fall stellt sich die Vermögensmehrung im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung beim Bedachten als Geldzuwendung dar. Als Erwerb ist bei einem Kauf der Abschluss des Kaufvertrags anzusehen (Urteil des BFH vom 1.6.2004, IX R 61/03, BFH/NV 2005, 27). Erhält der Grundstückskäufer zunächst Mittel für den Erwerb eines bestimmten Grundstücks lediglich als Darlehen und verzichtet der Darlehensgeber später auf die Rückzahlung, ist nach diesen Grundsätzen eine mittelbare Grundstücksschenkung nur gegeben, wenn der Darlehensgeber die Umwandlung des Darlehens in eine Schenkung vor dem Grundstückserwerb zusagt und vor Bezahlung des Kaufpreises tatsächlich vornimmt. Auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Das Darlehen hat insoweit keine schenkungsteuerrechtliche Bedeutung.

b) Dies hat das FG verkannt. Hat der Kläger den Betrag von 100.000 DM zunächst als Darlehen erhalten und hat die Mutter erst am 29.9.1995 auf die Rückzahlung verzichtet, ist die Umwandlung des Darlehens in eine Schenkung nicht innerhalb des Zeitraums erfolgt, in dem eine mittelbare Grundstücksschenkung noch möglich war. Dies führt zur Aufhebung der Vorentscheidung. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat offengelassen, ob es sich bei der Überweisung vom 4.7.1995 von vornherein um eine Schenkung handelte oder nicht. Es wird entsprechende Feststellungen nachzuholen haben. Die Feststellungslast (objektive Beweislast) für die Richtigkeit seines Vorbringens trägt der Kläger.

24. ErbStG § 9 Abs. 1 Nr. 2 (Zeitpunkt der Ausführung einer mittelbaren Grundstücksschenkung)

Ist Gegenstand einer mittelbaren Grundstücksschenkung ein Grundstück mit einem noch zu errichtenden Gebäude, ist – jedenfalls in den Fällen, in denen der Schenker den zum Erwerb erforderlichen Geldbetrag bereits zur Verfügung gestellt hat – die Schenkung ausgeführt, wenn sowohl die Auffassung erklärt und die Eintragungsbewilligung erteilt als auch das Gebäude fertig gestellt ist (Abgrenzung zu den BFH-Entscheidungen vom 4.12.2002, II R 75/00, BStBl II 2003, 273 = MittBayNot 2003, 504, und vom 5.6.2003, II B 74/02, BFH/NV 2003, 1425).

BFH, Urteil vom 23.8.2006, II R 16/06

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in ZEV 2006, 516 und DStR 2006, 1365.

25. EStG § 23 Abs. 1 (Kein privates Veräußerungsgeschäft bei Entnahme vor 1.1.1999)

§ 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG i. d. F. des StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl I 1999, 402) sind auf Entnahmen vor dem 1.1.1999 nicht anzuwenden (gegen BMF-Schreiben vom 5.10.2000, BStBl I 2000, 1383, Tz. 1 = MittBayNot 2000, 581).

BFH, Urteil vom 18.10.2006, IX R 5/06

Die Beteiligten streiten über die Frage, ob die Anschaffungsfiktion des § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG i. d. F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl I, S. 402) auch auf Grundstücksentnahmen vor dem 1.1.1999 anwendbar ist.

Der Kläger erhielt im Jahr 1993 von seinen Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Grundstück unentgeltlich übertragen, das bis dahin Betriebsvermögen des landwirtschaftlichen Betriebs der Eltern gewesen war, durch die Übertragung aus dem Betriebsvermögen entnommen und vom Kläger im Privatvermögen gehalten wurde. Im Streitjahr (2001) veräußerte der Kläger das Grundstück. Das beklagte Finanzamt erfasste den daraus erklärten Gewinn in Höhe von 79.936 DM im Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr.

Die Klage mit dem Begehren, die Einkünfte aus dem privaten Veräußerungsgeschäft unberücksichtigt zu lassen, hatte Erfolg. Das FG wandte in seinem in EFG 2006, 671 veröffentlichten Urteil den erst ab dem 1.1.1999 geltenden § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht auf Entnahmen vor diesem Zeitpunkt an und setzte die Einkommensteuer für das Streitjahr entsprechend fest.

Hiergegen richtet sich die Revision des FA. Die Entnahme gelte selbst dann als Anschaffung, wenn das Grundstück vor dem 1.1.1999 in das Privatvermögen überführt worden sei (Hinweis auf die Rechtsauffassung des BMF im Schreiben vom 5.10.2000, IV C 3 -S 2256-263/00, BStBl I 2000, 1383, Tz. 1 = MittBayNot 2000, 581).

Gründe:

II.

Die Revision ist unbegründet und zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend hat das FG entschieden, dass der Kläger mangels Anschaffung keine Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erzielt hat.

1. Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungsgeschäften steuerbar, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt.

a) Nicht nur die Veräußerung, auch die (entgeltliche) Anschaffung ist Tatbestandsmerkmal der Steuernorm. Fehlt es daran oder an einer Anschaffungsfiktion, wird eine Veräußerung nicht nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG erfasst (BFH, BStBl II 2004, 284 unter B. III. 1. b). Entnimmt ein Steuerpflichtiger sein Grundstück aus seinem Betriebsvermögen, so liegt darin – mangels Erwerb (§ 255 Abs. 1 HGB) – keine Anschaffung (BFH, BStBl III 1965, 477; vgl. dazu auch Blümich/Glenk, § 23 EStG Rdnr. 91).

b) Indes gilt nach § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG die Überführung eines Wirtschaftsgutes in das Privatvermögen durch Entnahme als Anschaffung, die – wenn sie durch den Rechtsvorgänger vorgenommen wurde – bei unentgeltlichem Erwerb

gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG dem Einzelrechtsnachfolger zuzurechnen ist.

Diese Fiktion ist gemäß § 52 Abs. 1 EStG erstmals für den Veranlagungszeitraum 1999 anzuwenden. Entsprechend der normativen Struktur des § 23 Abs. 1 EStG ist für seine Anwendbarkeit nicht nur das Tatbestandsmerkmal der Veräußerung, sondern auch das der Anschaffung maßgebend (so auch *Kupfer*, Kölner Steuerdialoge, 2000, S. 12276; *Carlé* in Korn, § 23 EStG Rdnr. 61 m. w. N.). Denn erst mit der Anschaffung oder ihrer Fiktion beginnt die Tatbestandsverwirklichung des § 23 EStG (BFH, BStBl II 2004, 284). Dementsprechend gilt die Fiktion des § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG und deren Zurechnung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG nicht für Entnahmen vor dem 1.1.1999 (a. A. aber BMF-Schreiben vom 5.10.2000, BStBl I 2000, 1383 Tz. 1 = MittBayNot 2000, 581; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 25. Aufl., § 23 Rdnr. 33).

Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 52 Abs. 39 EStG; denn diese Vorschrift enthält Anwendungsregelungen lediglich für § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 EStG (vgl. BT-Drucks. 14/443, S. 33 zu Abs. 39). Der zeitliche Geltungsbereich von § 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 EStG richtet sich auch nicht deshalb nach § 52 Abs. 39 Satz 1 EStG, weil er mit dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG korrespondiert. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass in der Vergan-

genheit nicht eingetretene Rechtsfolgen einer Entnahme aufgrund der Fiktion nachträglich als eingetreten gelten sollen und die Norm deshalb in einer für ihren Adressaten belastenden, verfassungsrechtlich problematischen Weise zurückwirken soll. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat in § 52 Abs. 39 Satz 3 EStG i. d. F. des Steuerbereinigungsgesetzes 1999 vom 22.12.1999 (BGBl I, S. 2601) die Anwendung der Veräußerungsfiktion im Falle der Einlage (§ 23 Abs. 1 Satz 5 EStG) ausdrücklich auf Einlagen nach der Gesetzesänderung beschränkt. Der hierin zum Ausdruck kommende Grundgedanke, die Fiktion auf Sachverhalte zu beschränken, die nach ihrer Einführung verwirklicht werden, ist auf die Anschaffungsfiktion im Falle der Entnahme (§ 23 Abs. 1 Satz 2 EStG) übertragbar.

2. Nach diesen Maßstäben hat das FG zutreffend die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verneint. Der Kläger hat das Grundstück, um das es hier geht, von seinen Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich erworben und deshalb nicht angeschafft (vgl. BFH, BStBl II 1988, 250 = MittBayNot 1988, 98; vgl. dazu auch *Jansen* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Anm. 231). Die Entnahme dieses Grundstücks durch seine Eltern im Jahre 1993 gilt nicht als Anschaffung i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 2 EStG und ist dem Kläger nicht gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG zuzurechnen.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2006, 88). Neue Richtzahl ab 1.10.2006: 13,7

Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R., München

Das OLG Bamberg hat im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eine Neuberechnung der Richtzahlen, die ab 1.10.2006 anzuwenden sind, erstellt. Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 13,7. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in DM mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88 wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Keine neue Richtzahl wurde für Betriebseinrichtungen mitgeteilt. Diese beträgt seit 1.10.2003 (ebenfalls nach Euro-Umstellung) unverändert 7,3.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375, Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn heute Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 19 Rdnr. 58 a am Ende).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

Im Übrigen gelten die ergänzenden Hinweise der Prüfungsabteilung der Notarkasse in MittBayNot 2006, 88.

2006

Stand: 1.10.2006

Tabelle

zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBl. 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2002 (WertR 2002)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2006 für Gebäude: 13,7

Anleitung

Bei Versicherungssumme 1914

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8 a WertR 2002 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 b WertR 2002) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	10,850	10,850	10,850	10,741	10,631
2	10,741	10,850	10,631	10,522	10,193
3	10,631	10,741	10,522	10,302	9,864
4	10,522	10,741	10,412	10,083	9,535
5	10,412	10,631	10,302	9,864	9,097
6	10,302	10,631	10,083	9,645	8,768
7	10,193	10,522	9,974	9,426	8,439
8	10,083	10,522	9,864	9,206	8,001
9	9,974	10,412	9,754	8,987	7,672
10	9,864	10,302	9,535	8,768	7,343
11	9,754	10,302	9,426	8,549	6,905
12	9,645	10,193	9,316	8,330	6,576
13	9,535	10,193	9,206	8,110	6,247
14	9,426	10,083	8,987	7,891	5,809
15	9,316	9,974	8,878	7,672	5,480
16	9,206	9,974	8,768	7,453	5,151
17	9,097	9,864	8,658	7,234	4,713
18	8,987	9,754	8,439	7,014	4,384
19	8,878	9,754	8,330	6,795	4,055
20	8,768	9,645	8,220	6,576	3,617
21	8,658	9,535	8,110	6,357	und darüber (Restwert = 30 %): 3,288
22	8,549	9,535	7,891	6,138	
23	8,439	9,426	7,782	5,918	
24	8,330	9,316	7,672	5,699	
25	8,220	9,206	7,562	5,480	
26	8,110	9,206	7,343	5,261	
27	8,001	9,097	7,234	5,042	
28	7,891	8,987	7,124	4,822	
29	7,782	8,878	7,014	4,603	
30	7,672	8,768	6,795	4,384	
31	7,562	8,768	6,686	4,165	
32	7,453	8,658	6,576	3,946	
33	7,343	8,549	6,466	3,726	
34	7,234	8,439	6,247	3,507	
35	7,124	8,330	6,138	und darüber (Restwert = 30 %): 3,288	
36	7,014	8,330	6,028		
37	6,905	8,220	5,918		
38	6,795	8,110	5,699		
39	6,686	8,001	5,590		
40	6,576	7,891	5,480		
41	6,466	7,782	5,370		

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre
Gebäudealter in Jahren			
42	6,357	7,672	5,151
43	6,247	7,562	5,042
44	6,138	7,453	4,932
45	6,028	7,343	4,822
46	5,918	7,234	4,603
47	5,809	7,124	4,494
48	5,699	7,014	4,384
49	5,590	6,905	4,274
50	5,480	6,795	4,055
51	5,370	6,686	3,946
52	5,261	6,576	3,836
53	5,151	6,466	3,726
54	5,042	6,357	3,507
55	4,932	6,247	3,398
56	4,822	6,138	und darüber
57	4,713	6,028	(Restwert = 30 %):
58	4,603	5,918	3,288
59	4,494	5,809	
60	4,384	5,699	
61	4,274	5,590	
62	4,165	5,480	
63	4,055	5,370	
64	3,946	5,261	
65	3,836	5,042	
66	3,726	4,932	
67	3,617	4,822	
68	3,507	4,713	
69	3,398	4,603	
70	und darüber (Restwert = 30 %): 3,288	4,384	
71		4,274	
72		4,165	
73		4,055	
74		3,946	
75		3,726	
76		3,617	
77		3,507	
78		und darüber (Restwert = 30 %): 3,398	

STANDESNAHRICHTEN

1. Neu gewählter Vorstand des Bayerischen Notarvereins e. V.:

Mit Wirkung vom 22.10.2006:

Vorsitzender: Notar Dr. Winfried Kössinger, München
 Stellvertretende Vorsitzende: Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg,
 Notar Dr. Oliver Vossius, München
 Referent für Öffentlichkeitsarbeit: Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München (ab 24.11.2006)
 Schatzmeister: Notar Dr. Norbert Mayer, Regensburg
 Schriftführer: Notar Dr. Bastian Endrulat, Bad Bergzabern

weitere Vorstandsmitglieder:

Notarin Eva-Maria Brandt, Friedberg
 Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen
 Notarassessor Bernhard Weiß, Schwabmünchen

Ehrenvorsitzende:

Notar a. D. Dr. Dr. h. c. Christian Schelter, Erlangen
 Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München (seit 22.10.2006)

Geschäftsführer:

Notar Hans-Ulrich Sorge, Würzburg

2. Verstorben:

Notar a. D. Anton Röth, Weißenhorn, verstorben am 8.11.2006

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Notar Dr. Wolfgang Jorden, Dillingen a. d. Donau

Mit Wirkung vom 1.5.2007:

Notar Dr. Jürgen Adler, Wolftratshausen

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Notar Dr. Heinz Nawratil, Friedberg

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Notar Eckard Schreiber, Haag i. OB

Notar Dr. Volker Desch, Bamberg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

Osterhofen	dem Notarassessor Dr. Tobias Kappler (bisher in Ingolstadt Notarstellen Kopp/Dr. Walz)
------------	--

Mit Wirkung vom 1.2.2007:

München (in Sozietät mit Notar Arno Malte Uhlig)	dem Notar Bernd Schmitt (bisher in Bad Aibling)
--	---

Ottobeuren

dem Notarassessor
Christian Braun

(bisher in Regensburg Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer, abgeordnet an das Deutsche Notarinstitut)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2006:

Daniel Wassmann, Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Heike Stiebitz, Wassertrüdingen, wurde mit Wirkung vom 27.10.2006 promoviert.

Notar Rüdiger Merkle, Schwandorf, wurde mit Wirkung vom 8.11.2006 promoviert.

Notarassessor Matthias Meyer, Ludwigshafen am Rh. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), wurde mit Wirkung vom 30.11.2006 promoviert.

Notar Michael Grötsch, München, wurde mit Wirkung vom 21.12.2006 promoviert.

Notarassessorin Monika Pöppel, Traunstein (Notarstelle Haselbeck), ab 23.10.2006 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessor Daniel Halmer, Sonthofen (Notarstellen Caspary/Dr. Berringer), ab 20.11.2006 in Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Notarassessor Alexander Sturz, Türkheim (Notarstelle Elstner), ab 20.11.2006 in Dresden (Notarkammer Sachsen)

Notarassessor Bernhard Gleißner, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch), ab 29.11.2006 in München (Notarstellen Dr. Thiele/Dr. Pachtner)

Berichtigung:

Inspektor i. N. Matthias Fruck, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 1.9.2007 in Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/Dr. Schrenk)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Johann Hoffmann, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Hans-Günter Wegmann, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Rudolf Kammergruber, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Robert Pflaum, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

Werner Voggenreiter, Vilshofen (Notarstellen Hoffmann/Dr. Schlögel)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Brigitte Pfeifer, Dillingen a. d. Donau (Notarstelle Dr. Jorden)

Siegfried Rank, Bogen (Notarstelle Amberger)

Edelgard Treubert, Bad Königshofen (Notarstelle Struck)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Petra Achhammer, Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt)

Stefanie Hartmann, München (Notarstellen Ellert/Dr. Weinberger)

Sonja Martin, Ludwigsstadt (Notarstelle Rosendorfer)

Reiner Tondok, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Griet Woesch, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9):

Christian Albrecht, Marktobendorf (Notarstelle Baumeister)

Claudia Gommer, München (Notarstellen Dr. Schöner/von Grafenstein)

Stefanie Herbst, Markt Erlbach (Notarstelle Weinmann)

Marlen Jarzina, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer)

Pia Kaiser, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer)

Michael Kerres, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Katrin Klügel, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Keller)

Brigitte Knitl, Beilngries (Notarstelle Lindner)

Sabine Krois, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Astrid Pauli, Kempten (Notarstelle Dr. Seifert)

Susanne Schlereth, Herzogenaurach (Notarstelle Dr. Scholzen)

Andreas Schneider, Cham (Notarstelle Dr. Maurer)

Michael Spranger, München (Notarstelle Dr. Schuck)

Stefan Striegel, München (Notarstellen Dr. Reiß/Dr. Hepp)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Winfried Brod, Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk/Dr. Eckert), ab 1.1.2007 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Günter Langheinrich, Hersbruck (Notarstellen Dr. Vollhardt/Dr. Lenz), ab 1.1.2007 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Memmingen, Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer,
E-Mail: info@notare-gropengiesser.de

München, Notarstelle Wachter, Theatinerstraße 38/III,
80333 München, Tel.: 089 99890110, Fax: 089 99890120,
E-Mail: info@notar-thomas-wachter.de,
Homepage: www.notar-thomas-wachter.de

Schwabach, Notarstellen Dr. Joachim/Dr. Böhmer,
ab 19.2.2007 Bahnhofstraße 34, 91126 Schwabach

Würzburg, Notarstellen Baumann/Sorge,
E-Mail: info@notare-baumann-sorge.de

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Vertragsfreiheit im Ehevertrag? – Der aktuelle Stand der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität

Donnerstag, 18.1.2007, 16 Uhr s.t.,

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Raum E 004 (Erdgeschoss)

Begrüßung: **Professor Dr. Rudolf Streinz,**
Grüßwort des Dekans der Juristischen
Fakultät

Referate: **Dr. Meo-Micaela Hahne,**
Vorsitzende Richterin des XII. Zivilsenats
am Bundesgerichtshof:
*Die aktuelle Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs zur Inhaltskontrolle
von Eheverträgen*

Dr. Christof Münch,
Notar in Kitzingen:
*Inhaltskontrolle von Eheverträgen –
Auswirkungen auf die notarielle Vertrags-
gestaltung*

Dr. Enno Poppen,
Rechtsanwalt und Notar in Celle:
*Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen
aus anwaltlicher Sicht*

Podiumsdiskussion

Zum Ausklang der Veranstaltung wird anschließend zu einem kleinen Empfang geladen. Die Teilnahme steht jeder/-m Interessierten offen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Telefon 089 2180-1420, Telefax 089 2180-13981, E-Mail FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung bis 12.1.2007 gebeten (gerne auch per E-Mail).

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|--|
| <p>1. Praktikertagung: Bauträgervertragsrecht (Basty)
13.1.2007 in Wiesbaden</p> <p>2. Fachinstitut für Steuerrecht: Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht (Brandenberg, Crezelius, Mayer, Rieger, Widmann, Winkemann)
15.–16.1.2007 in München, 29.–30.1.2007 in Düsseldorf</p> <p>3. Ausgewählte Fragen des GmbH-Rechts in der Kautelarpraxis (Schaub)
19.1.2007 in Köln, 20.1.2007 in Kassel</p> <p>4. Schnittstellen im Zivil- und Steuerrecht (Wälzholz)
20.1.2007 in Kiel</p> <p>5. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Grundzüge und Probleme des Pflichtteilsrechts und vorbereitende Erbfolge (Frenz, R. Kössinger, Nieder)
1.–3.2.2007 in Oldenburg</p> <p>6. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (2006/2007) (Frenz, Amann, Everts, Hertel)
9.2.2007 in Kassel, 10.2.2007 in Würzburg, 2.3.2007 in Potsdam, 3.3.2007 in Kiel, 9.3.2007 in Bochum, 10.3.2007 in Homburg/Saar</p> | <p>7. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Koch, Spiegelberger)
23.2.2007 in Frankfurt am Main, 24.2.2007 in München</p> <p>8. Das neue Unterhaltsrecht in der notariellen Praxis (Frenz, Berringer, Klein)
9.3.2007 in Bochum, 10.3.2007 in Würzburg, 16.3.2007 in Berlin, 17.3.2007 in Kiel</p> <p>9. 5. Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung (Crezelius, Heckschen, Krieger, Kurzwelly, Mayer, Priester, Seibert)
16.–17.3.2007 in Hamburg</p> |
|---|--|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

Sonstiges

1. Andrae: Internationales Familienrecht. 2. Aufl., Nomos, 2006. 540 S., 69 €
2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO. 65., neu bearb. Aufl., Beck, 2006. 3 030 S., 130 €
3. Blank: Bauträgervertrag. 3. Aufl., RWS, 2006. 367 S., 66 €
4. Boruttau: Grunderwerbsteuergesetz. 16. Aufl., Beck, 2007. 1 351 S., 105 €
5. Grziwotz/Saller: Bayerisches Nachbarrecht. Beck, 2006. 202 S., 18 €
6. Hirte/Bücker: Grenzüberschreitende Gesellschaften. 2., überarb. und erw. Aufl., O. Schmidt, 2006. 772 S., 129 €
7. Horst: Rechtshandbuch Nachbarrecht. 2. Aufl., ZAP, 2006. 958 S., 98 €
8. Leesmeister: Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren. 3., neu bearb. Aufl., Giesecking, 2006. 378 S., 39 €
9. Krause: Das Familienheim bei Trennung und Scheidung. Nomos, 2006. 304 S., 44 €
10. Ponath: Die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das Testamentsrecht. Zerb, 2006. 368 S., 48 €
11. Scherer: Erbrecht. 2., überarb. u. erw. Aufl., Beck, 2006. 1 902 S., 122 €
12. Scholz: GmbHG. Band 1 (§§ 1–34). 10. Aufl., O. Schmidt, 2006. 1 940 S., 129 €
13. Schulte: Testamentsgestaltung. Beck, 2006. 196 S., 35 €
14. Süß/Ring: Eherecht in Europa. Nomos, 2006. 1 413 S., 98 €
15. Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. Zerb, 2006. 1 974 S., 148 €
16. Tiedtke: Notarkosten im Grundstücksrecht. 2. Aufl., ZAP, 2006. 586 S., 78 €
17. Weingärtner/Ehrlich: Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 10., aktualisierte Aufl., O. Schmidt, 2006. 500 S., 92 €
18. Wirich: Das Leibgeding. Zerb, 2006. 160 S., 38 €
19. Zöller: ZPO. 26. Aufl., O. Schmidt, 2007. 3 117 S., 154,80 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F