

2 MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2011

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Ulrich Gößl,
Notarassessor

Eliane Schuller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2009/2010 97

Schneider: Die Bedeutung der Patientenverfügung im Strafrecht 102

Everts: Vorweggenommene Erbfolge, Ausgleichung, Anrechnung und der BGH – zugleich ein Plädoyer für die Ausstattung 107

Milzer: Ungewollte Fernwirkungen des § 75 FamFG 112

Tagungsberichte

Kreuzer: Zum Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft 115

Rechtsprechung

Erwerb einer Eigentumswohnung für Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10) 129

Löschungsanspruch des noch nicht eingetragenen Berechtigten gegen vormerkungsbeeinträchtigende Eintragungen (BGH, Urteil vom 2.7.2010, V ZR 240/09) 135

Rückforderung einer Zuwendung der Schwiegereltern (BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06) 138

mit Anmerkung *Bruch* 144

Keine unbenannte ehebedingte Zuwendung bei Einräumung eines Nießbrauchsrechts für eine angemessene Alterssicherung (OLG Schleswig, Beschluss vom 16.2.2010, 3 U 39/09) 148

mit Anmerkung *Herrler* 150

Zur Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament (OLG München, Beschluss vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10) 156

mit Anmerkung *Musielak* 157

Bezugnahme auf die Beschlussvorlage in notarieller Beschlussniederschrift zur Satzungsänderung (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.5.2010, 20 W 115/10) 165

Steuerneutrale Abspaltung eines Teilbetriebs nur bei Übertragung, nicht bei bloßer Vermietung sämtlicher wesentlicher Betriebsgrundlagen (BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 96/08) 169

mit Anmerkung *Hörtnagl* 173

Hinweise für die Praxis

Gerichtliche Genehmigung von Verträgen (*Bolkart*) 176

Inhalt

Aufsätze

- Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2009/2010 **97**
- Schneider*: Die Bedeutung der Patientenverfügung im Strafrecht **102**
- Everts*: Vorweggenommene Erbfolge, Ausgleichung, Anrechnung und der BGH – zugleich ein Plädoyer für die Ausstattung **107**
- Milzer*: Ungewollte Fernwirkungen des § 75 FamFG **112**

Tagungsberichte

- Kreuzer*: Zum Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft **115**

Buchbesprechungen

- Bös/Leßniak/Neie/Strangmüller: Praxishandbuch für Notarfachangestellte (*Schmidt*) **117**
- Blank: Bauträgervertrag (*Kilian*) **117**
- Langenfeld/Günther: Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge (*Huttenlocher*) **119**
- Kurth: Einreden gegen Grundpfandrechte beim Wechsel des Grundstückseigentümers (*Krafka*) **120**
- Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch (*Handtke*) **121**
- Ulmer/Habersack/Winter: GmbHG – Ergänzungsband MoMiG (*Färber*) **121**
- Große-Wilde/Ouart: Deutscher Erbrechtskommentar (*Odersky*) **123**
- Mayer/Bonefeld: Testamentsvollstreckung (*Reimann*) **123**

Rechtsprechung

Strafrecht

1. Abbruch lebenserhaltender Behandlung auf Grundlage des Patientenwillens (BGH, Urteil vom 25.6.2010, 2 StR 454/09) **125**

Bürgerliches Recht

Allgemeines

2. Erwerb einer Eigentumswohnung für Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10) **129**
3. Kündigung eines Mietverhältnisses durch Mehrheit der Bruchteilseigentümer als ordnungsgemäße Verwaltung (BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09) **131**

Inhalt (Fortsetzung)

4. Darlegungs- und Beweislast für Vorliegen des Arglisttatbestandes im Rahmen von § 444 BGB
(BGH, Urteil vom 12.11.2010, V ZR 181/09) **133**

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Lösungsanspruch des noch nicht eingetragenen Berechtigten gegen vormerkungsbeeinträchtigende Eintragungen
(BGH, Urteil vom 2.7.2010, V ZR 240/09) **135**
6. Fortführung des Aufgebotsverfahrens durch den früheren Eigentümer nach Eigentumswechsel
(OLG München, Beschluss vom 5.11.2010, 34 Wx 117/10) **137**

Familienrecht

7. Rückforderung einer Zuwendung der Schwiegereltern
(BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06) **138**
mit Anmerkung *Bruch* **144**
8. Berücksichtigung eines Gesamtschuldnerausgleichs unter Ehegatten im Rahmen des Zugewinnausgleichs
(BGH, Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09) **145**
9. Keine unbenannte ehebedingte Zuwendung bei Einräumung eines Nießbrauchsrechts für eine angemessene Alterssicherung
(OLG Schleswig, Beschluss vom 16.2.2010, 3 U 39/09) **148**
mit Anmerkung *Herrler* **150**

Erbrecht

10. Pflichtteilsberechnung bei einer als „vorweggenommene Erbfolge“ bezeichneten Zuwendung des Erblassers
(BGH, Urteil vom 27.1.2010, IV ZR 91/09) **153**
11. Zur Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament
(OLG München, Beschluss vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10) **156**
mit Anmerkung *Musielak* **157**
12. Zur Formulierung „gleichzeitiges Ableben“ in einem gemeinschaftlichen Testament
(OLG München, Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10) **158**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Abstrakte Vertretungsbefugnis der Liquidatoren
(OLG München, Beschluss vom 14.5.2010, 31 Wx 47/10) **161**
14. Aktienrechtliche Sperrfrist für Änderungen der Festsetzungen zum Gründungsaufwand auch bei UG
(OLG München, Beschluss vom 6.10.2010, 31 Wx 143/10) **162**

Inhalt (Fortsetzung)

15. Kein Eintrag eines Nachtragsliquidators bei geringfügiger Abwicklungstätigkeit
(OLG München, Beschluss vom 21.10.2010, 31 Wx 127/10) **163**
16. Eintragung der Sitzverlegung einer Gesellschaft – inländische Zweigniederlassung
einer englischen Limited (*nur Leitsatz*)
(OLG München, Beschluss vom 15.12.2010, 31 Wx 199/10) **163**
17. Nachweis der Geschäftsführerbestellung wenn GbR alleinige Gesellschafterin
(OLG Hamm, Beschluss vom 10.9.2010, I-15 W 253/10) **164**
18. Bezugnahme auf die Beschlussvorlage in notarieller Beschlussniederschrift zur Satzungsänderung
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.5.2010, 20 W 115/10) **165**

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Keine Pflicht zur Fotokopierfähigkeit einer notariellen Gesamtkunde
(BGH, Beschluss vom 11.11.2010, V ZB 143/10) **167**
20. Bei rechtlicher Einheit von Bauvertrag und Grundstücksgeschäft erstreckt sich der
Formzwang auf beide Verträge (*nur Leitsatz*)
(LG Halle, Urteil vom 27.8.2010, 5 O 837/09) **168**

Kostenrecht

21. Gebühr für Entgegennahme der Gesellschafterliste auch bei Einreichung durch Notar
(OLG München, Beschluss vom 30.6.2010, 34 Wx 26/10) **168**

Steuerrecht

22. Steuerneutrale Abspaltung eines Teilbetriebs nur bei Übertragung, nicht bei bloßer Vermietung
sämtlicher wesentlicher Betriebsgrundlagen
(BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 96/08) **169**

mit Anmerkung *Hörtnagl* **173**

Hinweise für die Praxis

Gerichtliche Genehmigung von Verträgen (*Bolkart*) **176**

Standesnachrichten **179**

Sonstiges **III**

2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2011 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2009/2010

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

Die Grunderwerbsteuer bleibt in Bewegung. Für den Betrachtungszeitraum 2009/2010 sind nicht nur grundlegende BFH-Urteile¹ hervorzuheben, sondern auch wichtige Erlasse der Finanzverwaltung, etwa zu § 1 Abs. 2 a GrEStG und zur Anwendbarkeit persönlicher Befreiungsvorschriften im Bereich des § 1 Abs. 3 GrEStG. Darüber hinaus ist auch der Gesetzgeber aktiv geworden.²

Der Aufsatz gibt in gekürzter Form den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 8. Jahresarbeitstagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstituts, im September 2010 in Würzburg gehalten hat.

I. Anhebung der Grunderwerbsteuersätze

Mit der Föderalismusreform wurde den Bundesländern auch die Befugnis zur Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer übertragen (Art. 105 Abs. 2 a GG). Als erstes Bundesland hat Berlin hiervon Gebrauch gemacht und die Grunderwerbsteuer mit Wirkung zum 1.1.2007 auf 4,5 % erhöht.³ Seit 1.1.2009 beträgt auch in Hamburg der Steuersatz 4,5 %.⁴ Der neue Grunderwerbsteuersatz von 4,5 % findet ferner in Sachsen-Anhalt auf Erwerbsvorgänge Anwendung, die nach dem 1.3.2010 verwirklicht werden.⁵ Weiter wurde die

¹ Zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei im Kaufpreis enthaltenen Kosten für Erschließung und Naturschutz-Ausgleichsmaßnahmen vgl. BFH, MittBayNot 2010, 335 ff. m. Anm. Gottwald/Grziwotz.

² Vgl. hierzu außerdem Pahlke, MittBayNot 2010, 169 ff. zu der neuen Grunderwerbsteuervergünstigungsvorschrift des § 6 a GrEStG für Rechtsvorgänge im Konzern.

³ Vgl. „Gesetz über die Festsetzung der Hebesätze für die Realsteuern für die Kalenderjahre 2007 bis 2011 und des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer“ verkündet, am 30.12.2006 im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, GVBl Berlin 2006, S. 1172. Ob der erhöhte Steuersatz auch bei Erwerbsvorgängen i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG gilt, wenn ein Teil der Gesellschafterwechsel noch vor Anhebung des Steuersatzes und ein Teil der Gesellschafterwechsel erst danach erfolgte, ist derzeit unklar; vgl. ablehnend Halaczinsky, NWB 2008, 1592 ff. Das Grundgesetz erlaubt den Ländern die Festlegung des Steuersatzes.

⁴ Vgl. HmbGVBl. 2008, S. 433.

⁵ Vgl. Gesetz über die Festsetzung des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer vom 21.1.2010, Plenarprotokoll 5/70 vom 21.10.2010, S. 4520 ff. Ferner beabsichtigt Schleswig-Holstein ab 2013 den Steuersatz auf 5,0 % zu erhöhen. Für Bayern und Baden-Württemberg sind derzeit keine entsprechenden Planungen bekannt.

Grunderwerbsteuer mit Wirkung zum 1.1.2011 in den folgenden Bundesländern erhöht: Brandenburg 5 %, Bremen 4,5 %, Niedersachsen 4,5 %, Saarland 4 %.

II. Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG auf Anteilsschenkungen

1. BFH, Urteil vom 7.10.2009, II R 58/08

§ 5 Abs. 3 GrEStG setzt die objektive Möglichkeit einer Steuerumgehung voraus und ist daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass trotz der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des Grundstückseinbringenden Gesamthänders, die Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht entfällt, wenn aufgrund einer Anteilsschenkung eine Steuerumgehung objektiv ausscheidet.⁶

2. FG Nürnberg, Beschluss vom 28.10.2009

Die Einbringung von Grundstücken in eine Kommanditgesellschaft ist Grunderwerbsteuerfrei, soweit Teile des Kommanditanteils innerhalb von fünf Jahren nach der Einbringung unentgeltlich weitergegeben werden, da Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinn des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes von der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz ausgenommen sind.⁷

⁶ Vgl. BFH, DStR 2009, 2534 ff.; vgl. hierzu Schanko, UVR 2009, 381 ff.

⁷ Vgl. FG Nürnberg, AZ 4 V 388/09.

3. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 14.1.2010⁸

In dem mit Erlass vom 7.11.2008 mitgeteilten Revisionsverfahren hat der BFH mit Urteil vom 7.10.2009, II R 58/08 (DStR 2009, 2534 = ZEV 2009, 639) entschieden, dass trotz der Verminderung der vermögensmäßigen Beteiligung des grundstückseinbringenden Gesellschafters die Vergünstigung nach § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht nach § 5 Abs. 3 GrEStG entfällt, wenn aufgrund einer Anteilsschenkung eine Steuerumgehung objektiv ausscheidet.

Der diesem Urteil entgegenstehende Bezugserlass wird deshalb hiermit aufgehoben.

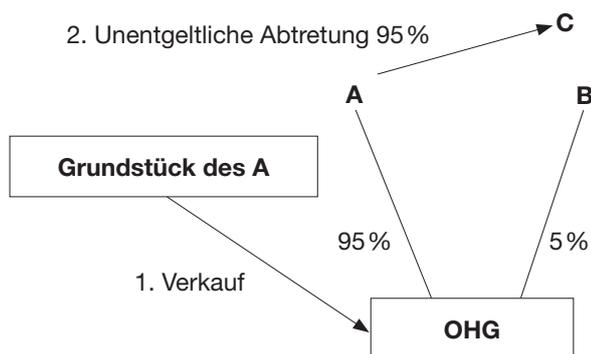
Die Finanzverwaltung hat sich somit der BFH-Rechtsprechung angeschlossen. Nicht ganz deutlich wird aus dem Erlass und aus dem BFH-Urteil, ob der vom FG Nürnberg geforderte Eintritt des Anteilserwerbers in die laufende Fünfjahresfrist des Veräußerers (vgl. § 5 Abs. 3 GrEStG) erforderlich ist oder nicht. Meines Erachtens ist aber sehr wohl zu fordern, dass der Erwerber in die laufende Fünfjahresfrist des Veräußerers eintritt, da sonst durch die Zwischenschaltung einer Schenkung auf einen nahen Verwandten im Sinn des GrEStG (Ehefrau, Kinder usw.) die fünfjährige Nachbehaltefrist des § 5 Abs. 3 GrEStG umgehbar wäre.⁹

Vorzuheben ist außerdem, dass es keine Rolle spielt, ob für die beiden maßgeblichen Vorgänge (Einbringungsvorgang einerseits und Gesellschaftsanteilsabtretung andererseits) unterschiedliche grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlagen bestehen. Selbst wenn für die nachfolgende Geschäftsanteilsabtretung eine höhere oder eine niedrigere Bemessungsgrundlage als für den ursprünglichen Einbringungsvorgang heranzuziehen wäre, greift die Befreiungsvorschrift gleichwohl in vollem Umfang ein.

Beispiel:

A ist zu 95 % und B zu 5 % in der AB-OHG beteiligt.

A verkauft ein Grundstück zum Kaufpreis von 400.000 € an diese OHG. zwei Jahre später verschenkt er seine Gesellschaftsbeteiligung an dieser (nunmehr grundbesitzhaltenden) OHG an seinen Neffen C.



Lösung:

Für den ursprünglichen Kaufvertrag war die Grunderwerbsteuer wegen § 5 Abs. 2 GrEStG nur von 20.000 € zu bemessen (= 5 %, also in Höhe der Beteiligungsquote des B).

⁸ Vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 14.1.2010, DStR 2010, 283 (§ 5 Abs. 3 GrEStG bei schenkweiser Übertragung eines Anteils an einer Gesamthand nach steuerbegünstigter Einbringung des Grundstücks).

⁹ Ebenso BFH-Vizepräsident *Viskorf* anlässlich der 8. Jahresarbeits-tagung des DAI am 24.9.2010 in Würzburg.

A verringert allerdings innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 95 % der Gesellschaftsanteile an den Neffen C; folglich wäre die Steuer vom dem anteiligen Kaufpreis von 380.000 € (= 95 %) nach § 5 Abs. 3 GrEStG (nachträglich) zu erheben; allerdings ist hierzu zu beachten, dass die Anteilsabtretung in Höhe von 95 % von A an C ihrerseits gemäß § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG selbst grunderwerbsteuerbar ist. Aufgrund der vom BFH geforderten teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 3 GrEStG ist deshalb die Steuer aus dem anteiligen Kaufpreis von 380.000 € (= 95 %) nicht nachträglich zu bemessen. Vielmehr wird allein die fingierte Grundstücksübertragung gemäß § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG besteuert. Zu beachten ist hierbei, dass im Bereich des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG jedoch nicht mehr auf die Bemessungsgrundlage des ursprünglichen Kaufvertrages (Kaufpreis) abgestellt wird, sondern gemäß § 1 Abs. 2 a Satz 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG auf die Werte i. S. d. § 138 Abs. 2 und 3 des Bewertungsgesetzes. Sofern diese Bedarfswerte niedriger sind als der ursprüngliche Kaufpreis, könnte somit die vollständige teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 3 GrEStG zu einer Steuerersparnis für den Steuerpflichtigen führen und somit gleichwohl Missbrauchsgefahren beinhalten. Diese Gefahr erachten Rechtsprechung und Finanzverwaltung allerdings für irrelevant, da eine objektive Missbrauchsgefahr bereits dann ausgeschlossen sei, wenn der Weiterübertragungsvorgang seinerseits grunderwerbsteuerbar ist. Dass es hier zu unterschiedlich hohen Bemessungsgrundlagen kommen kann, sei somit zu vernachlässigen.

Im konkreten Fall ist jedoch die an sich steuerbare Gesellschaftsanteilsabtretung nach der neueren BFH-Rechtsprechung gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Diese Befreiung führt gleichwohl nicht zu einer Nacherhebung der Steuer für den ursprünglichen Kaufvertrag gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG; dies kann m. E. aber nur gelten, sofern der Erwerber (hier der Neffe C) in die bereits angelaufene restliche Fünfjahresfrist seines Rechtsvorgängers eintritt, d. h. die Gesellschaftsanteile während der restlichen Fünfjahresfrist (also noch drei weitere Jahre) behält.

III. Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in den Fällen der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG – FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 18.12.2009.¹⁰

Die Finanzverwaltung differenziert in ihrem Erlass vom 18.12.2009 bei der Anwendbarkeit persönlicher Befreiungsvorschriften zwischen den Fällen der erstmaligen Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) und den Fällen der Übertragung bereits vereinigter Anteile (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 4 GrEStG).

In den Fällen der Übertragung vereinigter Anteile wird der Grundbesitz grunderwerbsteuerlich dem vormals herrschenden Gesellschafter (der mindestens 95 % der Anteile in seiner Hand vereinigt hatte) zugerechnet. Folglich ist bei der Übertragung bereits vereinigter Anteile davon auszugehen, dass der Erwerber die Grundstücke von dem früheren Gesellschafter (und nicht von der Gesellschaft) erwirbt. Folglich können die personenbezogenen Befreiungsvorschriften (z. B. § 3 Nr. 4, § 3 Nr. 6, aber auch § 3 Nr. 2 GrEStG) angewendet werden. Dies gilt sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften.

¹⁰ Vgl. DStR 2010, 114 ff.

Demgegenüber können die personenbezogenen Befreiungsvorschriften nach Auffassung der Finanzverwaltung in den Fällen der erstmaligen Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) jedenfalls bei Kapitalgesellschaften nicht angewendet werden. Insoweit unterstellt die Finanzverwaltung, dass derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, das Grundstück fiktiv von der Gesellschaft (und nicht dem vormaligen Gesellschafter) erworben habe. Folglich seien die persönlichen Befreiungsvorschriften (z. B. § 3 Nr. 4, § 3 Nr. 6, aber auch § 3 Nr. 2 GrEStG) nicht anwendbar.

Zudem sei die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG in den Fällen der erstmaligen Anteilsvereinigung auch bei Personengesellschaften nicht anwendbar. Hier könne nur § 6 Abs. 2 und 3 GrEStG angewendet werden, da derjenige, in dessen Hand sich alle Anteile vereinigen, grunderwerbsteuerlich so behandelt werde, als habe er das Grundstück von der Gesellschaft erworben. Für den Erwerb eines Grundstücks von einer Personengesellschaft sei deshalb nur § 6 GrEStG zu beachten. Im Rahmen des § 6 GrEStG fänden die sonstigen persönlichen Befreiungsvorschriften (z. B. § 3 Nr. 4 und § 3 Nr. 6 GrEStG) sehr wohl Anwendung, nicht aber § 3 Nr. 2 GrEStG.¹¹

M. E. steht dieser Erlass, soweit es um die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG bei Personengesellschaften geht, im Widerspruch zur Rechtsprechung des BFH.¹² Mit Urteil vom 13.9.2006¹³ hat der BFH die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG beispielsweise bei unentgeltlichen Anwachsungsvorgängen bei Personengesellschaften bejaht. Auch hier findet ein Übergang eines Grundstücks aus dem Gesamthandsvermögen in das Alleineigentum des Beschenkten statt, der an und für sich nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbar wäre. Dieser Erwerb wäre gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 GrEStG (vorbehaltlich § 6 Abs. 4 GrEStG) in Höhe der vermögensmäßigen Beteiligung des verbleibenden letzten Gesellschafters grunderwerbsteuerfrei. Ein unentgeltlicher Anwachsungsvorgang wird jedoch nach der Rechtsprechung sogar insgesamt über § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei gestellt.

Zusammenfassung:

Anteilsvereinigung, § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG

| | | |
|-------------------------|-----------------------------------|---|
| a) Personengesellschaft | § 3 Nr. 2 | (-) lt. FinVerw; (+) lt. BFH |
| | § 3 Nr. 4, 6 (+) | (über § 6 II, III, aber § 6 IV GrEStG beachten) |
| b) Kapitalgesellschaft | § 3 Nr. 2 (-) § 3 Nr. 4, 6 (-) | |

Übertragung vereinigter Anteile, § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG

| | |
|-------------------------|-----------------------------------|
| a) Personengesellschaft | § 3 Nr. 2 (+) § 3 Nr. 4, 6 (+) |
| b) Kapitalgesellschaft | § 3 Nr. 2 (+) § 3 Nr. 4, 6 (+) |

¹¹ Vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 18.12.2009, DStR 2010, S. 114.

¹² Ebenso BFH-Vizepräsident *Viskorf* anlässlich der 8. Jahrestagung des DAI am 24.9.2010 in Würzburg.

¹³ Vgl. BFH/NV 2007, S. 157 ff.

IV. Neuer Erlass zu § 1 Abs. 2 a GrEStG

Der Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.2.2010 bringt folgende Änderungen zur bisherigen Rechtslage mit sich.

1. Gesellschaftereigenschaft

Der Erlass vom 25.2.2010 hat beim Begriff des Gesellschafters eine terminologische (aber wohl keine inhaltliche) Änderung gebracht:

Altgesellschafter sind die natürlichen Personen, die unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt sind. Ist eine Personengesellschaft unmittelbar an der Gesellschaft als Gesellschafterin beteiligt, gilt diese selbst als Altgesellschafter; aber auch die Gesellschafter dieser beteiligten Personengesellschaft werden als mittelbare Altgesellschafter betrachtet. Eine Personengesellschaft wird somit weiterhin als transparent erachtet.

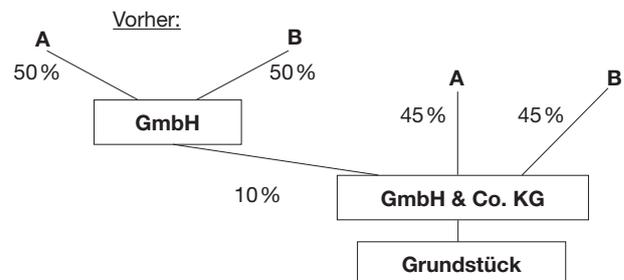
Anders ist die Terminologie bei Kapitalgesellschaften: Ist eine Kapitalgesellschaft unmittelbar an einer Personengesellschaft beteiligt, wird die beteiligte Kapitalgesellschaft nicht als transparent erachtet. Hier gilt nur die an der Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft als Altgesellschafter. Die Gesellschafter der beteiligten Kapitalgesellschaft wiederum werden nach neuer Terminologie nicht mehr als mittelbare Gesellschafter der Personengesellschaft (über die Kapitalgesellschaft mittelbar beteiligte Gesellschafter) angesehen. Gleichwohl ist deren Bestand weiterhin relevant: Ändern sich nämlich mindestens 95 % der Gesellschafter der beteiligten Kapitalgesellschaft, so wird fingiert, dass jetzt eine neue Kapitalgesellschaft beteiligt ist.

Bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen von Kapitalgesellschaften an einer Personengesellschaft ist die Prüfung, ob die 95 %-Grenze erreicht ist, für jede Beteiligungsebene gesondert vorzunehmen. Ist aber die 95 %-Grenze erreicht, dann ist die mittelbare Beteiligung in voller Höhe (und nicht etwa nur in Höhe von jeweils 95 %) zu berücksichtigen.

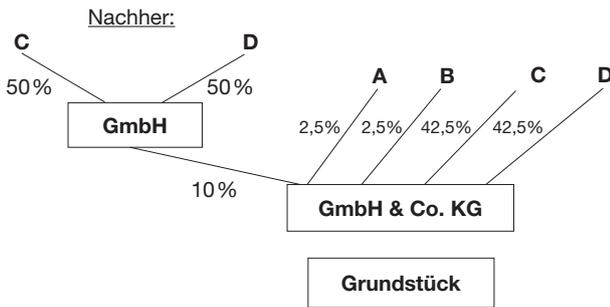
Bei Personengesellschaften wird dagegen (wie bisher) durchgerechnet, so dass sich bei mehreren hintereinander geschalteten 95 % Beteiligungsquoten durch die Multiplikation eine Quote unter 95 % ergeben kann.¹⁴

Beispiel:

Am Vermögen einer grundbesitzenden GmbH & Co. KG sind A und B als Kommanditisten zu je 45 % und die Komplementär-GmbH zu 10 % beteiligt. Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind ebenfalls A und B zu je 50 %. Auf C und D gehen die Kommanditanteile zu 85 % (jeweils 42,5 %) und ferner sämtliche GmbH-Anteile über.



¹⁴ Außerdem wird in dem Erlass klargestellt, dass ein Altgesellschafter seine vormalige Altgesellschaftereigenschaft endgültig verliert, wenn er auch nur kurzfristig aus der Gesellschaft ausscheidet und anschließend wieder eintritt. Ab dem Neueintritt ist er Neugesellschafter.

**Lösung:**

Die Komplementär-GmbH war schon vor den Anteilsabtretungen Gesellschafterin der Personengesellschaft. Da § 1 Abs. 2 a GrEStG jedoch auch ausdrücklich mittelbare Änderungen des Gesellschafterbestandes für ausreichend erklärt, wurden C und D nach vormaliger Terminologie der Finanzverwaltung als sowohl unmittelbare als auch mittelbare neue Gesellschafter angesehen. Der Gesellschafterbestand der GmbH & Co. KG hatte sich zu 85 % unmittelbar und zu 10 % mittelbar (über die GmbH) geändert. Nach neuer Terminologie liegt dagegen ausschließlich eine unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes vor. Einerseits haben sich 85 % der Kommanditbeteiligungen unmittelbar geändert (durch die teilweise Abtretung der Kommanditanteile an C und D); da sich aber auch bei der Komplementär-GmbH über 95 % der Gesellschafter geändert haben, gilt die Komplementärin nunmehr als fiktive neue Gesellschafterin. Im Ergebnis ist aber sowohl nach bisheriger als auch nach neuer Erlasslage jeweils eine Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 2 a GrEStG zu bejahen.

Bei der Abschirmwirkung der beteiligten Kapitalgesellschaften gibt es nach dem Erlass jedoch weiterhin folgende Ausnahme: Die Altgesellschaftereigenschaft einer mittelbar über eine beteiligte Kapitalgesellschaft beteiligten weiteren Kapitalgesellschaft bleibt dann erhalten, wenn sich die Beteiligungskette von Kapitalgesellschaften verkürzt (entweder durch ein näheres Heranrücken oder durch eine Verstärkung einer mittelbaren in eine unmittelbare Beteiligung). Voraussetzung ist jedoch, dass auf jeder Stufe der Beteiligungskette das grunderwerbsteuerrechtlich erhebliche Quantum von 95 % weiterhin erreicht wird. Ist dieses Quantum nicht erreicht und wird die Beteiligungskette verkürzt, gilt die näher herangerückte Kapitalgesellschaft als Neugesellschafterin, mit der Folge, dass der übergegangene Vermögensanteil bei der Berechnung des maßgeblichen Vohundertsatzes einzu beziehen ist (siehe Teil Ziffer 3.7 des neuen Erlasses).

2. Zweifelsfragen bei der Ermittlung des maßgeblichen Prozentsatzes

Im Hinblick auf Immobilienfonds enthält der Erlass eine wesentliche Neuerung: Im Gegensatz zur früheren Auffassung der Finanzverwaltung, die auf eine Gesamtplanbetrachtung abstellte, sind nunmehr nur noch solche Gesellschafterwechsel zu berücksichtigen, die sich zeitlich gesehen nach einem Grundstückserwerb vollziehen. Für Immobilienfondsgestaltungen bedeutet dies, dass man vor dem Erwerb des Bauplatzes bereits so viele Kapitalanleger zeichnen lässt, dass diese mit mindestens 5,1 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind. Erst danach sollte das Grundstück gekauft werden. Durch den Beitritt der weiteren Gesellschafter kann dann die 95 %-Schwelle des § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht mehr verletzt werden.¹⁵

¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 262 ff.

In diesem Zusammenhang ist aber eine häufig übersehene Falle zu beachten: Oftmals sind die Initiatoren schon wirtschaftliche Besitzer des Grundstücks gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG, bevor neue Gesellschafter beitreten (weil sich die Initiatoren über Angebote und Planungen usw. das Grundstück bereits vor dem Abschluss des Kaufvertrages gesichert hatten). In einem solchen Fall könnte dann gleichwohl eine Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 2 a GrEStG entstehen, weil dann eben doch die neuen Gesellschafter erst nach dem grunderwerbsteuerrechtlich relevanten Grundstückserwerb (Erwerb nicht in Sachen eines Kaufvertrages gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, sondern wirtschaftlicher Erwerb i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG) beigetreten sind.

Als Alternativgestaltung ist es auch denkbar, dass die Altgesellschafter selbst (Initiatoren) gesellschaftsvertraglich stets mit 5,1 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt bleiben; es ist auf die schuldrechtliche Vereinbarung abzustellen und nicht auf die Leistung der Einlage. Hier kann auch kein Umgehungsfall nach § 42 AO konstruiert werden, da es auch bei der Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG lediglich auf den schuldrechtlichen Vertrag und nicht etwa auf die Leistung des Kaufpreises ankommt. Der neue Erlass zu § 1 Abs. 2 a GrEStG hat somit eine wesentliche Erleichterung für den Steuerpflichtigen bei Immobilienfondsgestaltungen gebracht (vgl. Tz. 3.6 des Erlasses).

Beispiel:

A und B gründen mit einer Beteiligung von je 5.000 € eine GbR, die zum Zweck der Errichtung eines Bürogebäudes ein Grundstück erwirbt. Entsprechend der vorhandenen Finanzierungsplanung beteiligt sich (nach dem Bauplatzkauf) zunächst ein weiterer Gesellschafter C mit 200.000 € an der Gesellschaft. Anschließend treten der Gesellschaft weitere Gesellschafter bei, bis die erforderliche Kapitalaufstockung auf insgesamt 4 Mio. € vollzogen ist.

Lösung:

In diesem Fall ist § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht bereits mit dem Beitritt des C, sondern erst mit dem Vollzug der dem vorgefassten Plan entsprechenden Kapitalaufstockung in Höhe von 95 % bezogen auf 4 Mio. € verwirklicht, zu der auch der Kapitalbeitrag des C gehört.

In diesem Sachverhalt fällt somit zwei Mal Grunderwerbsteuer an. Zunächst wird die Grunderwerbsteuer gegen die aus A und B bestehende GbR für den Erwerb des Bauplatzes festgesetzt. Bemessungsgrundlage ist der Kaufpreis für das unbebaute Grundstück. Der anschließende originäre Erwerb der weiteren Gesellschaftsanteile führt jedoch zu einer weiteren Grunderwerbsteuerbelastung gemäß § 1 Abs. 2 a GrEStG durch die „neue“ Personengesellschaft, an der sämtliche Kapitalanleger beteiligt sind. Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG ist nunmehr jedoch der Wert des Grundstücks abweichend von § 138 Abs. 1 Satz 2 BewG nach den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes maßgebend, da die Änderung des Gesellschafterbestandes i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG auf einem vorgefassten Plan zur Bebauung eines Grundstücks beruht. Bei dem zweiten Grunderwerbsteuerbescheid werden somit die Baukosten mit in die Bemessungsgrundlage einbezogen!

Eine Anrechnung der für den Grundstückskauf nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG relevanten Bemessungsgrundlage auf die für den Gesellschafterbeitritt nach § 1 Abs. 2 a GrEStG maßgebende höhere Bemessungsgrundlage ist nach § 1 Abs. 6 Satz 2 GrEStG nicht möglich. Für den Bauplatzkauf gilt nur die aus den Initiatoren (A und B) bestehende Fonds-

gesellschaft als Erwerber, während der Tatbestand des § 1 Abs. 2 a GrEStG durch die gesetzlich fingierte neue Personengesellschaft erfüllt wird. Mangels Erwerberidentität ist daher eine Verringerung der für § 1 Abs. 2 a GrEStG maßgeblichen Bemessungsgrundlage nicht möglich.¹⁶

Nach vormaliger Rechtslage hätte auch ein Beitritt des C vor dem Erwerb des Bauplatzes durch die Gesellschaft an dem Grunderwerbsteuerlichen Ergebnis nichts geändert, da C nach früherer Auffassung der Finanzverwaltung auf der Grundlage einer Gesamtplanbetrachtung bereits als neuer Gesellschafter angesehen wurde. Diese Betrachtungsweise wurde nunmehr jedoch aufgegeben, so dass nach dem Erwerb des Bauplatzes jedenfalls keine 95 % neue Gesellschafter mehr beitreten.

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit besteht auch darin, dass die Initiatoren (Gründungsgesellschafter A und B) dauerhaft mit mindestens 5,1 % gesellschaftsvertraglich am Gesellschaftsvermögen beteiligt bleiben.

Es sind jedoch stets die Warnhinweise der Finanzverwaltung im Hinblick auf § 1 Abs. 2 GrEStG (wirtschaftlicher Erwerb durch die Gründungsgesellschafter A und B zeitlich vor dem eigentlichen Bauplatzkauf) zu beachten.

3. Anwendbarkeit des § 16 GrEStG

Eine weitere Neuerung enthält Tz. 9 des Erlasses vom 25.2.2010. Danach ist § 16 Abs. 2 GrEStG bereits dann anzuwenden, wenn ein (und nicht mehr wie vorher sämtliche) Gesellschafterwechsel, die zu einer Verwirklichung des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG geführt haben, rückgängig gemacht wird, sofern die weiteren Gesellschafterwechsel in dem Fünfjahreszeitraum nicht zu einem Übergang von mindestens 95 % am Gesellschaftsvermögen geführt haben.

4. Treuhandverhältnisse

In Bezug auf Treuhandverhältnisse hat sich der Erlass an die BFH-Rechtsprechung angepasst und den Treugeber, auf den die treuhänderisch gehaltenen Anteile vom Treuhänder zurück übertragen werden als Neugesellschafter i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG definiert. Diese geänderte Verwaltungsauffassung wird aber in der Praxis regelmäßig zu keinem anderen Ergebnis führen, da insoweit die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 8 GrEStG einschlägig ist.¹⁷

V. Bemessungsgrundlage bei Erwerb kontaminierter Grundstücke und bei Übernahme von Investitions- und Beschäftigungsgarantien

Das FinMin Baden-Württemberg vertritt mit Erlass vom 15.4.2010¹⁸ zu der Frage, von welcher Bemessungsgrundlage die Grunderwerbsteuer zu erheben ist, wenn Grundstückskaufverträge zugleich Regelungen über die Beseitigung von Altlasten enthalten bzw. der Erwerber sich verpflichtet, bestimmte Investitionen zu tätigen und/oder einen bestimmten Beschäftigungsstand aufzubauen bzw. beizubehalten, folgende Auffassung:

¹⁶ In § 1 Abs. 6 Satz 1 GrEStG wurde der Hinweis auf § 1 Abs. 2 a GrEStG durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 24.3.1999, BGBl I, S. 402, mit Wirkung v. 1.4.1999 gestrichen; vgl. hierzu auch *Hofmann*, § 1 Rdnr. 175.

¹⁷ Vgl. zur aktuellen Verwaltungsauffassung zum § 1 Abs. 2 a GrEStG *Schanko*, UVR 2010, 148 ff. Vgl. kritisch zum neuen Erlass *Behrens*, DStR 2010, 777 ff.

¹⁸ Vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 15.4.2010, DStR 2010, 1384.

Bei Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast entsteht eine öffentlichrechtliche Sanierungsverpflichtung erst und ausschließlich dann, wenn sich die materielle, aus dem einschlägigen Bodenschutzrecht ergebende Sanierungsverantwortlichkeit durch Erlass einer formellen Sanierungsverfügung einzelfallbezogen konkretisiert hat. Liegt eine solche hinreichend konkretisierte Sanierungsverpflichtung vor, die vom Erwerber kaufvertraglich übernommen wird, sind die Sanierungskosten in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Die Kosten für die Beseitigung der Altlasten gehören dagegen nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung, wenn keine formelle Sanierungsverpflichtung vorliegt. In diesen Fällen ist Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer lediglich der vereinbarte Grundstückskaufpreis.

Wird ein Grundstück übertragen, in welchem Altlasten festgestellt worden sind oder vermutet werden und wird deswegen keine Gegenleistung oder nur ein symbolischer Kaufpreis vereinbart, so ist die Steuer nach dem Wert des Grundstücks zu bemessen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG). Die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG scheidet aus, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Veräußerer den Erwerber mit der Übertragung des Grundstücks aus seinem Vermögen bereichern will und daher eine Schenkung nicht vorliegt. Jedoch kann auch ein niedriger Grundstückskaufpreis (z. B. sog. 1-Euro-Verträge) im Vergleich zum höheren Wert nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG die Gegenleistung i. S. d. § 8 Abs. 1 GrEStG bilden, wenn er ernsthaft vereinbart worden ist.

Werden mit einer Grundstücksübertragung nur Investitions- und Beschäftigungsgarantien übernommen und ist eine Gegenleistung im Grunderwerbsteuerlichen Sinne für das übertragene Grundstück nicht zu erbringen, so ist die Grunderwerbsteuer nach dem Wert des Grundstücks zu bemessen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG). Werden mit der Grundstücksübertragung Investitions- und Beschäftigungsgarantien übernommen und ist eine Gegenleistung im Grunderwerbsteuerlichen Sinne für das übertragene Grundstück zu erbringen, so bemisst sich die Grunderwerbsteuer regelmäßig nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Die Grunderwerbsteuer berechnet sich auch dann nach dem Wert der Gegenleistung, wenn diese niedriger ist als der Wert des Grundstücks (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG). Ein symbolischer Kaufpreis kann aber nicht als Grunderwerbsteuerlich maßgebliche Gegenleistung angesehen werden.

In der späteren Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung der Investitions- und Beschäftigungsgarantie ist keine zusätzliche Gegenleistung zu sehen. Die Vertragsstrafe wird nicht gezahlt, weil der Erwerber ein Grundstück erworben hat, sondern weil er nach dem Vertrag für die Nichterfüllung oder die nicht rechtzeitige Erfüllung der Investitions- und Beschäftigungsgarantie einzustehen hat.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.¹⁹

VI. Zusammenfassung

In Berlin, Hamburg, Sachsen-Anhalt, Bremen und Niedersachsen beträgt der Grunderwerbsteuersatz inzwischen 4,5 %, im Saarland 4,0 % und in Brandenburg sogar 5,0 %.

§ 5 Abs. 3 GrEStG ist teleologisch nicht anwendbar, wenn eine Steuerumgehung objektiv ausscheidet. Dies ist dann der Fall, wenn der die Anteilreduzierung auslösende Vorgang

¹⁹ Vgl. FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 15.4.2010, DStR 2010, 1384.

selbst grunderwerbsteuerbar ist. Hierbei ist es unerheblich, ob dieser steuerbare Vorgang gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG befreit ist (jedenfalls sofern der beschenkte Erwerber in die laufende Fünfjahresfrist des Veräußerers eintritt).

Die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG bei Anteilsvereinigungen i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG bereitet der Finanzverwaltung nach wie vor Schwierigkeiten, neuerdings sogar bei Personengesellschaften. Insoweit widerspricht die Erlasslage m. E. der BFH-Rechtsprechung.

Der neue Erlass zu § 1 Abs. 2 a GrEStG bringt eine neue Definition des Gesellschafterbegriffes bei an einer Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaften; außerdem

enthält der Erlass Erleichterungen bei Immobilienfondsgestaltungen und bei der Rückabwicklung von Gesellschaftsanteilsabtretungen im Bereich des § 16 GrEStG; bei Treuhandverhältnissen wird ein Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung herbeigeführt.

Die Finanzverwaltung hat sich in einheitlichen Erlassen außerdem zur Bemessungsgrundlage bei Erwerb kontaminierter Grundstücke und bei Übernahme von Investitions- und Beschäftigungsgarantien geäußert.

Alles in allem hat sich die Grunderwerbsteuer somit im Betrachtungszeitraum wieder als extrem dynamisches Rechtsgebiet erwiesen.

Die Bedeutung der Patientenverfügung im Strafrecht – Auswirkungen des Urteils des 2. Strafsenats des BGH vom 25.6.2010 auf die notarielle Beratung bei Patientenverfügungen

Von Univ.-Prof. Dr. Hendrik Schneider, Leipzig

Der BGH hat in einer Aufsehen erregenden Entscheidung (2 StR 454/09) die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe neu justiert. Durch Einführung eines neuen Rechtfertigungsgrundes des „Behandlungsabbruchs“ trägt das Gericht dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung Rechnung und harmonisiert Betreuungsrecht und Strafrecht. Der Entscheidung ist zuzustimmen, soweit nunmehr die Abgrenzung zwischen der strafbaren Tötung auf Verlangen und der erlaubten Sterbehilfe nicht mehr primär anhand der dogmatisch zweifelhaften Kategorien der „aktiven“ und „passiven“ Sterbehilfe erfolgt. Allerdings geht der Senat zu weit, wenn er auch lebensbeendende Maßnahmen nicht in das Behandlungsgeschehen einbezogener Dritter unter den „Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ subsumiert.

1. Höchstrichterliche Neujustierung der Sterbehilfe: Das Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 25.6.2010

Das Urteil des BGH vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09¹ ist die erste höchstrichterliche Entscheidung zur sogenannten „Sterbehilfe“ seit Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009. Die als Grundsatzurteil angelegte Entscheidung im sog. „Fuldaer Sterbehilfefall“ ist in der Literatur zu Recht als „Durchbruch ohne Dammbuch“² charakterisiert und mehrheitlich³ begrüßt⁴ worden. Das Urteil erweitert die Fallgruppe der sog. „passiven Sterbehilfe“ und präzisiert die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung in den Behandlungsabbruch durch enge Anbindung an die Regelungen der §§ 1901 a ff. BGB. Der Senat will damit die Patientenautonomie stärken, ohne jedoch den Anwendungsbereich des Straftatbestandes der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) in seinem Kern anzutasten.⁵

Wird nunmehr auch im Bereich des Strafrechts die Verantwortung für Art und Umfang der Behandlung am Ende des Lebens zunehmend vom Arzt auf den Patienten, Bevollmächtigten oder Betreuer verlagert, sind Patientenverfügungen (§ 1901 a Abs. 1 BGB) von immer größerer Tragweite. Wie die Entscheidung des BGH zeigt, ist der Patient gut beraten, sich voreiliger Äußerungen über erwünschte oder unerwünschte Behandlungsmaßnahmen für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit zu enthalten und über derartige Maßnahmen stattdessen nach eingehender medizinischer und rechtlicher Beratung schriftlich zu verfügen. Auch wenn für die Wirksamkeit von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht weder notarielle Beurkundung noch Unterschriftsbeglaubigung erforderlich sind, empfiehlt sich die notarielle Beurkundung zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit,⁶ aus Schutz vor Übereilung sowie aus Beweisgründen zur Sicherung sowohl des Patienten als auch des behandelnden Arztes.⁷

a) Sachverhalt

Wie schon in den vorausgegangenen einschlägigen Entscheidungen des BGH, dem „Kemptener Sterbehilfe-Fall“⁸ sowie den Urteilen in Zivilsachen im „Lübecker“⁹ und „Traunsteiner Fall“¹⁰ betraf auch das aktuelle Urteil des 2. Strafsenats

¹ MittBayNot 2011, 125 (in diesem Heft) = NJW 2010, 2963 ff. = NStZ 2010, 630 ff.

² Gaede, NJW 2010, 2925 ff.

³ Zurückhaltend Kubiciel, ZJS 2010, 656 ff.

⁴ Alberts, FamFR 2010, 430; Duttge, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09, Aktives Beenden einer laufenden Therapiemaßnahme (künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde), MedR 2011 [im Druck]; Gaede, NJW 2010, 2925 ff.; Kleszczewski, Strafrecht Besonderer Teil, die examensrelevanten Delikte im Grundriss. Teil 1: Straftaten gegen die Person, Leipzig 2010, S. 52; Lipp, FamRZ 2010, 1556 ff.: „wichtiger Meilenstein“.

⁵ Gaede, NJW 2010, 2925 ff.; Kubiciel, ZJS 2010, 656 ff.

⁶ Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich, vgl. Palandt/Diederichsen, 69. Aufl. 2010, § 1901 a Rdnr. 10.

⁷ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, 426, 430 f.

⁸ BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 ff.

⁹ BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588 ff. = MittBayNot 2003, 387 ff.

¹⁰ BGHZ 163, 195 = MittBayNot 2006, 49 ff.

eine Patientin im sog. „Wachkoma“¹¹, das in der medizinischen Fachliteratur auch als „apallisches Syndrom“ bezeichnet wird. Hierbei handelt es sich um einen dauerhaften Ausfall der Großhirnrinde, der häufig als Folge eines Sauerstoffmangels im Zusammenhang mit einer Reanimation auftritt. Bei Patienten im Wachkoma fehlt die Ansprechbarkeit und Reizbeantwortung. In der Regel sind lediglich vegetative Funktionen wie Atmung, Kreislauf, Darm- und Nierenfunktion erhalten. Bei einigen Patienten kann zudem noch ein Wach-Schlafrhythmus erkennbar sein. In seltenen Fällen¹² finden Patienten noch nach Jahren intensiver Pflegebedürftigkeit und Behandlung in ein selbst bestimmtes Leben zurück.¹³ Das Krankheitsbild schließt die eigenverantwortliche Entscheidung über die Aufnahme oder Fortsetzung der Behandlung aus. Maßgeblich sind daher Willensbekundungen des Patienten, die dieser vor dem Eintritt des Wachkomas geäußert hat.

In dem vom BGH im Sommer 2010 entschiedenen Fall befand sich die 1931 geborene Patientin Erika K. seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie war seither nicht mehr ansprechbar und wurde mittels einer PEG-Sonde über einen Zugang in der Bauchdecke künstlich ernährt. Ende September 2002 hatte sie im Gespräch mit ihrer Tochter G. geäußert, im „Fall der Bewusstlosigkeit“ sei auf „lebensverlängernde Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung“ zu verzichten. Sie wolle nicht „an irgendwelche Schläuche angeschlossen werden“. Aus in der Entscheidung nicht näher dargelegten Gründen wurde gleichwohl die PEG-Sonde angelegt und die künstliche Ernährung aufgenommen. Erst im März 2006, d. h. dreieinhalb Jahre nach Beginn der Behandlung, äußerte die Tochter der Erika K. unter Hinweis auf das im Jahr 2002 geführte Gespräch den Wunsch, dass die Magensonde entfernt werde, „damit ihre Mutter in Würde sterben könne“. Als die Heimleitung diesem mehrfach geäußerten Wunsch nicht folgen wollte, schloss sich G., die im August 2007 (gemeinsam mit ihrem Bruder) zur Betreuerin ihrer Mutter bestellt worden war, dem Rat ihres Rechtsanwalts P. an¹⁴ und durchtrennte am 21.12.2007 den Schlauch der Sonde knapp über der Bauchdecke mit einer Schere. Auf Anordnung eines Staatsanwalts wurde Erika K. sodann in ein Krankenhaus verlegt, wo ihr eine neue Sonde eingesetzt wurde. Frau K. verstarb am 5.1.2008 eines natürlichen Todes infolge ihrer Erkrankung.

b) Lösung anhand der Kategorien der aktiven und passiven Sterbehilfe

Nach der Rechtslage vor der Entscheidung des 2. Strafsenats hängt die strafrechtliche Einordnung des Falles maßgeblich davon ab, ob der Sachverhalt als nach §§ 212, 211 bzw. § 216 StGB strafbare „aktive“ oder als „passive“ Sterbehilfe einzu-

ordnen ist. Diese in Literatur¹⁵ und Rechtsprechung anerkannten Abgrenzungstopoi¹⁶ beziehen sich auf die sog. „Schwerpunktformel“, die für die Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen herangezogen wird. Liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem aktiven Tun, ist „aktive Sterbehilfe“ gegeben, die in der Regel strafbar ist. Liegt der Schwerpunkt hingegen bei einem Unterlassen, geht man von passiver Sterbehilfe aus, die dann zulässig ist, wenn sie dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Hat der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt, sind an die Feststellung des mutmaßlichen Willens „besonders hohe Anforderungen“ zu stellen¹⁷ (sog. „Hilfe zum Sterben“). Nach der im strafrechtlichen Schrifttum¹⁸ umstrittenen Position der Rechtsprechung¹⁹ ist bei der danach gebotenen Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen allerdings kein „naturalistischer“, sondern ein normativer Maßstab anzulegen. Danach kann auch das Abstellen der künstlichen Beatmung oder der Abbruch der künstlichen Ernährung als Unterlassung qualifiziert werden, weil das Verhalten „dem sozialen Handlungssinn nach nur ein Unterlassen“²⁰ der weiteren Versuche der Rettung, Wiederbelebung oder Behandlung darstellt. Durch diese von Teilen des Schrifttums zu Recht kritisierte „Umdeutung des positiven Tuns in ein Unterlassen“²¹ wird zum Beispiel das Abschalten des Beatmungsgeräts²² als Unterlassen und im Ergebnis als passive Sterbehilfe angesehen.

Im vorliegenden Fall hätten diese Maßstäbe zur Annahme einer (gemäß §§ 212, 22, 23 StGB) strafbaren aktiven Sterbehilfe geführt. Dementsprechend hat das LG Fulda die Voraussetzungen eines seitens der Tochter G. und ihres Rechtsanwalts P. mittäterschaftlich begangenen versuchten Totschlags bejaht und P. entsprechend verurteilt.²³ Denn erstens steht der Einsatz von Körperenergie beim Durchtrennen des Schlauches derart im Vordergrund, dass das Verhalten auch bei nor-

¹⁵ Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, vor §§ 211–216 Rdnr. 17 ff.; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 34. Aufl. 2010, Rdnr. 28 ff.; NK-Neumann, 3. Aufl. 2010, vor § 211 Rdnr. 93 ff.; MK-Schneider, 2003, vor §§ 211 ff. Rdnr. 88 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, S. 336 ff.; Roxin in Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 75 ff., jeweils m. w. N. zur Judikatur und Literatur.

¹⁶ Vgl. allerdings Janes/Schick, NSTZ 2006, 484 ff., die auf die erheblichen Schwierigkeiten dieser Differenzierung in der ärztlichen Praxis verweisen.

¹⁷ Grundlegend BGHSt 40, 257, 265 = NJW 1995, 204 ff., aus medizinischer Sicht Bickhardt, Der Patientenzweck. Was tun, wenn der Patient nicht mehr selbst entscheiden kann? Ein Ratgeber für Angehörige, Betreuer, Bevollmächtigte, Ärzte, Pflegekräfte, Seelsorger und andere, München 2010.

¹⁸ Zustimmend Roxin (Fn. 15), S. 95; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, § 31 Rdnr. 115 ff. m. w. N. aus der „unübersehbaren Literatur“ in Fn. 162 und 163.

¹⁹ BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 ff.

²⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rdnr. 704; Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, vor § 211 Rdnr. 8 a; NK-Neumann, vor § 211 Rdnr. 122; MK-Schneider, 2003, vor §§ 211 ff. Rdnr. 109; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rdnr. 160.

²¹ Eingehend: Gropp in Duttge u. a.: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 173 ff., 184; vgl. auch Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, vor §§ 211–216, Rdnr. 20; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 34. Aufl. 2010, Rdnr. 37; LK-Jähne, 11. Aufl. 2001, vor § 211, Rdnr. 18; SK-Rudolph/Stein, vor § 13, Rdnr. 81 ff.

²² LG Ravensburg, NSTZ 1987, 229 f.

²³ Zugunsten der G. war das LG Fulda (Fn. 14) demgegenüber zu treffend von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgegangen: G. sei ihrer Prüfungspflicht durch Nachdenken und Erkundigen als Mittel der Erkenntnisgewinnung von der Rechtswidrigkeit ihres Handelns in ausreichendem Maße nachgekommen.

¹¹ Lipp (Fn. 4).

¹² Im vorliegenden Fall ist das LG Fulda allerdings von einem „definitiv“ irreversiblen Wachkoma ausgegangen, LG Fulda, Urteil vom 30.4.2009 – 16 Js 1/08–1 Ks, ZfL 2009, 97 ff. m. Anm. Beckmann, 108 ff.

¹³ Näher: Geremek, Wachkoma: Medizinische, rechtliche und ethische Aspekte, Köln 2009. Für den Literaturhinweis und die Prüfung der Ausführungen zum Wachkoma danke ich Dr. med. Maria Strauß, Fachärztin für Neurologie am Universitätsklinikum Leipzig.

¹⁴ Der auf Medizinrecht spezialisierte Rechtsanwalt und frühere Berater des Deutschen Juristentages zum Thema Sterbehilfe hatte das Durchtrennen des Schlauches als strafrechtlich nicht relevant bezeichnet. Es handele sich um zulässige „Hilfe zum Sterben“, die von der Rechtsprechung des BGH gedeckt sei, vgl. hierzu und zu weiteren Einzelheiten des Sachverhalts im Fuldaer Fall den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils des LG Fulda vom 30.4.2009 – 16 Js 1/08 – 1 Ks, ZfL 2009, 97 ff.

mativer Betrachtung nicht in ein Unterlassen umetikettiert werden kann und zweitens liegt die Annahme eines Unterlassens der Behandlung nur bei den Personen nahe, die in den Behandlungsprozess einbezogen sind.²⁴ Der Tochter G. der verstorbenen Erika K. oblagen derartige Behandlungs- oder Pflegemaßnahmen jedoch ausweislich des vorstehend geschilderten Sachverhalts nicht.

Selbst wenn man den Fall als passive Sterbehilfe bewertet, bestehen unter Zugrundlegung der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung gewichtige Bedenken gegen das Vorliegen einer wirksamen mutmaßlichen Einwilligung der Erika K. in den Behandlungsabbruch. Wie die einschlägigen Entscheidungen²⁵ zeigen, war die Rechtsprechung bei lange zurückliegenden mündlichen Äußerungen bislang sehr zurückhaltend und ging vor allem in der auch hier vorliegenden Fallgruppe der „Hilfe zum Sterben“ im Zweifel nicht von einer wirksamen mutmaßlichen Einwilligung in den Behandlungsabbruch aus. Dies galt auch dann, wenn ein Betreuer bestellt worden war und sich dieser im Rahmen seines Behandlungsvetos auf frühere Willensbekundungen des Betreuten berief. So führt der BGH beispielsweise im Kemptner Fall aus, eine vor acht oder zehn Jahren vor dem Krankheitsfall unter dem Eindruck einer Fernsehreportage über einen „Pflegefall mit Gliederversteifung und Wundliegen“ erfolgte Äußerung, „so nicht leiden“ zu wollen, biete für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung keine ausreichend sichere und tragfähige Grundlage. Deshalb komme ein Behandlungsabbruch auch dann nicht in Betracht, wenn der Betreuer dies befürworte.²⁶

c) Das Leitmotiv der Einheit der Rechtsordnung im Urteil des 2. Strafsenats

Vor diesem Hintergrund überrascht der Freispruch (§ 354 Abs. 1 StPO) des angeklagten Rechtsanwalts P. durch den 2. Senat im Fuldaer Fall. Der BGH geht ohne weiteres und unter Bezug auf das Gespräch zwischen Mutter und Tochter im Jahr 2002 davon aus, „der vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit geäußerte wirkliche Wille“ der Erika K. sei „zweifelsfrei festgestellt“ und strafrechtlich maßgeblich. Dabei bezieht sich das Gericht, das unter Berufung auf die neue Rechtslage in Gestalt des „Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“²⁷ auch auf die Anfrage gemäß § 132 Abs. 3 GVG verzichtet, auf die §§ 1901 a ff. BGB, mit denen Wertungskonsonanz herzustellen sei:

„Die §§ 1901 a ff. BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willens-

äußerung nicht mehr in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ... bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.“²⁸

Geht man mit dem Senat davon aus, dass die §§ 1901 a ff. BGB auch im Strafrecht „Wirkung entfalten“,²⁹ kam es vorliegend maßgeblich auf die Entscheidung der als Betreuerin eingesetzten Erika K. an, der es gemäß § 1901 a Abs. 2 BGB mangels Vorliegens einer schriftlichen Patientenverfügung i. S. d. § 1901 a Abs. 1 BGB oblag, den Willen ihrer Mutter zu ermitteln.³⁰ Da auch der behandelnde Hausarzt mit der Einstellung der künstlichen Ernährung einverstanden war, kam eine Überprüfung der Übereinstimmung der Maßnahme mit dem (mutmaßlichen) Willen der Erika K. durch das Betreuungsgericht nicht in Betracht (§ 1904 Abs. 4 BGB). Die als Betreuerin eingesetzte Tochter G. der Erika K. konnte daher betreuungsrechtlich wirksam die weitere Behandlung untersagen. Akzeptiert man diese Wertentscheidung des Gesetzgebers auch im Strafrecht, ist es folgerichtig, dass der Senat (im Gegensatz zur Argumentation des 1. Strafsenats im Kemptner Fall³¹) die Betreuerentscheidung nicht durch einen eigenmächtigen „Durchgriff“ auf den Willen der Erika K. und eine Entscheidung „im Zweifel für das Leben“ mit den Mitteln des Strafrechts korrigiert.

Die Urteilsbegründung des 2. Senats im Fuldaer Fall vermeidet daher mit einem nachvollziehbaren Rückgriff auf das Postulat der „Einheit der Rechtsordnung“ Wertungswidersprüche zwischen den beiden Rechtsgebieten und sichert, dass Einwilligungen, die betreuungsrechtlich wirksam sind, nicht strafrechtlich unmaßgeblich sein können.³² Andererseits dokumentiert der Fall aber auch auf eindrucksvolle Weise, dass die Verfahrensregelung des § 1901 a Abs. 2 BGB das Schicksal des Patienten in die Hände des Betreuers bzw. Bevollmächtigten legt, der Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten weitgehend (vgl. aber § 1904 Abs. 4 BGB) eigenverantwortlich ermitteln kann. Nicht nur wenn der Betreuer zugleich der Erbe des Betreuten bzw. ihm gegenüber unterhaltspflichtig ist oder er von einer Rente bzw. Pensionszahlung profitiert, bleibt fraglich, ob der vom Betreuer ermittelte Wille auch tatsächlich identisch mit dem Willen des aufgrund seiner Erkrankung nunmehr einwilligungsunfähigen Patienten ist. Da nach Auffassung des BGH die seitens des Betreuers erklärte Einwilligung in den Behandlungsabbruch nicht nur den Behandlungsabbruch seitens des Arztes, sondern auch das Handeln Dritter erfasst, soweit es sich um Betreuer oder Bevollmächtigte handelt oder sie zum Beispiel durch die Übernahme von Pflegetätigkeiten in die Patientenversorgung einbezogen sind,³³ kann der Betreuer (bzw. Bevollmächtigte, vgl. § 1901 a Abs. 5 BGB) sein Han-

²⁴ BGH, NJW 1995, 204, 206, vgl. auch *Roxin* (Fn. 15), S. 95: „Die Zulässigkeit eines technischen Behandlungsabbruchs ist in der Regel auf den behandelnden Arzt beschränkt, weil nur dieser deren Voraussetzungen sachverständig beurteilen kann und weil er die Verantwortung für eine sachgerechte Behandlung trägt. Wenn daher die Putzfrau oder ein Besucher das Beatmungsgerät eigenmächtig ausschalten, sind sie wegen Totschlags strafbar, auch wenn der Arzt die Behandlung zulässigerweise hätte abbrechen dürfen.“

²⁵ Vgl. neben BGH, NJW 1995, 204 ff. auch den vergleichbar gelagerten Fall des OLG Frankfurt, NJW 1998, 2749 f.: Bei Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme „ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 I GG) grundsätzlich anzuerkennen, jedoch sind an die Annahme eines erklärten oder mutmaßlichen Willens deswegen erhöhte Anforderungen zu stellen, weil der Gefahr entgegengewirkt werden muss, dass Arzt, Angehörige oder der Betreuer nach eigenen Vorstellungen das für sinnlos gehaltene Leben des Betroffenen beenden wollen.“

²⁶ Schönke/Schröder-Eser, vor §§ 211 ff. Rdnr. 28 b.

²⁷ BGBl I, S. 2286.

²⁸ BGH, NJW 2010, 2963, 2966, Rdnr. 25.

²⁹ BGH, NJW 2010, 2963, 2966, Rdnr. 25.

³⁰ Vgl. § 2 Abs. 3 StGB, § 354 a StPO.

³¹ Schönke/Schröder-Eser, vor §§ 211 ff. Rdnr. 28 b.

³² Vgl. auch *Sternberg-Lieben*, NJW 1985, 2734 ff.; *ders.* in Arnold u. a.: *Menschengerechtes Strafrecht*, FS für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1185 ff., der sich vehement für die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ausspricht und insoweit einer Patientenverfügung eine strafbewehrte (§ 223 StGB) Bindungswirkung zukommen lassen will.

³³ BGH, NJW 2010, 2963, 2968, Rdnr. 39.

deln sogar faktisch selbst unter Berufung auf den von ihm ermittelten Patientenwillen legitimieren, wenn er zuvor Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt hergestellt hat.

d) Der Behandlungsabbruch als Oberbegriff

Hinzu kommt, dass der BGH die Fallkonstellationen der „passiven Sterbehilfe“ erweitert und hierdurch den Schutz des Lebens des Patienten durch die §§ 212, 216 StGB beschränkt. Nach Auffassung des 2. Senats soll nämlich die „Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes“ nicht mehr an den „Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen“³⁴ orientiert, sondern unmittelbar aus den (strafrechtsfremden) Begriffen der Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs deduziert werden. Der mit Willen des Patienten vorgenommene Behandlungsabbruch hat dabei offensichtlich die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes,³⁵ der sowohl Fälle des aktiven Tuns als auch des Unterlassens erfassen soll. Rechtfertigung tritt nach Auffassung des Senats³⁶ ein, wenn

- „die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt“ ist,
- die Maßnahme des Täters auf das Unterlassen oder den Abbruch einer Behandlung bezogen ist, die sich „medizinisch zur Erhaltung des Lebens“ eignet,
- eine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt und
- sich die „Sterbehilfe“ auch subjektiv auf die „medizinische Behandlung“ bezieht.

Nach dieser Rechtsauffassung liegt kein Tötungsdelikt mehr vor, soweit die genannten objektiven und subjektiven³⁷ Voraussetzungen des neuen Rechtfertigungsgrundes des Behandlungsabbruchs vorliegen. Im Ergebnis führt der BGH im Wege der Rechtsfortbildung nunmehr eine Regelung ein, die bereits im „Alternativentwurf Sterbehilfe“ im Jahr 1986³⁸ sowie im „Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung“ aus dem Jahr 2005³⁹ durch Gesetz in Kraft gesetzt werden sollte.⁴⁰

³⁴ BGH, NJW 2010, 2963, 2966, Rdnr. 28.

³⁵ Der BGH schließt sich insoweit einem in der Literatur vertretenen Standpunkt an, näher: Schönke/Schöder-Eser, vor § 211, Rdnr. 32. Zur dogmatischen Einordnung des Standpunkts des 2. Senats, vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, Rdnr. 39; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rdnr. 381 b; kritisch: Kubiciel (Fn. 3), S. 660.

³⁶ BGH, NJW 2010, 2963, 2967, Rdnr. 32–34.

³⁷ Mit Kubiciel (Fn. 3), S. 659 wird man den BGH dabei so interpretieren können, dass die subjektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes auch das Handeln in Kenntnis der Einwilligung voraussetzen.

³⁸ Baumann u. a. (Mitarb.), Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, Stuttgart 1986. Der vom Arbeitskreis von Professoren des Strafrechts und der Medizin ausgearbeitete „Alternativentwurf Sterbehilfe“ traf in § 214 Abs. 1 AE-StB folgende Regelung: „Wer lebenserhaltende Maßnahmen abbricht oder unterlässt, handelt nicht rechtswidrig, wenn der Betroffene dies ausdrücklich und ernstlich verlangt (Nr. 1) oder der Betroffene nach ärztlicher Erkenntnis sonst zu einer Erklärung über Aufnahme oder Fortführung der Behandlung dauernd außerstande ist und aufgrund verlässlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass er im Hinblick auf Dauer und Verlauf seines aussichtslosen Leidenszustandes, insbesondere seinen nahe bevorstehenden Tod, diese Behandlung ablehnen würde (Nr. 3). ...“ Vgl. auch Roxin, NSiZ 1987, 345 ff.

³⁹ Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, GA 2005, 553 ff. Dieser sah in dem mit „Abbruch oder Unterlassung lebenserhaltender Maßnahmen“ überschriebenen § 214 Abs. 1 StGB vor: „Wer lebenserhaltende Maßnahmen beendet, begrenzt oder unterlässt, handelt nicht rechtswidrig, wenn 1. der Betroffene dies ausdrücklich und ernstlich verlangt oder 2. der Betroffene dies in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit angeordnet hat ...“

⁴⁰ Näher: Neumann/Saliger, HRRS 2006, 280 ff.

2. Die verbleibenden Grenzen des § 216 StGB und der aktiven Sterbehilfe

Dass mit der durch das Urteil des 2. Senats vollzogenen Änderung der Rechtsprechung die überkommenen strafrechtlichen Kategorien der aktiven und passiven Sterbehilfe allerdings nicht völlig aufgelöst werden sollen, zeigt das vom BGH für die Rechtfertigung des Täters vorausgesetzte Kriterium der Behandlungsbezogenheit des Eingriffs. Raum für eine strafbare aktive Sterbehilfe und Tötung auf Verlangen i. S. d. § 216 StGB besteht daher nach wie vor in Fallkonstellationen, in denen der Täter einen behandlungsunabhängigen Eingriff vornimmt. Strafbar ist daher zum Beispiel die Injektion eines tödlichen Giftes, wobei § 216 StGB in Betracht kommt, wenn dies dem Willen des Patienten entspricht⁴¹ und die Tat nach §§ 212, 211 StGB bestraft wird, soweit sie ohne Übereinstimmung mit seinem Willen z. B. heimlich vorgenommen wird.⁴²

Im Gegensatz zum Behandlungsabbruch, bei dem sich Natur ausbreitet, hat der Täter hier eine von der Grunderkrankung und der Behandlung unabhängige zum Tod führende Kausalkette in Gang gesetzt. Ein derartiges Täterverhalten ist auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht zu rechtfertigen.⁴³

„Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt ... nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt.“

3. Stellungnahme

Dem Urteil ist zuzustimmen, soweit es durch die Rechtfertigungslösung Strafrecht und Betreuungsrecht harmonisiert und sich mit dem Begriff des Behandlungsabbruchs in praxiswichtigen Grenzfällen von den nur scheinbar trennscharfen Kriterien der aktiven und passiven Sterbehilfe löst. Wenn der BGH allerdings aus dem „Oberbegriff des Behandlungsabbruchs“ ableitet, die Rechtfertigung sei nicht „auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte“ beschränkt, sondern erfasse unter bestimmten weiteren Voraussetzungen auch Dritte, ist dies dogmatisch anfechtbar und auch im Ergebnis fragwürdig.

Auf die Beendigung der Behandlung abzielende Maßnahmen Dritter sind kein Abbruch der Behandlung, sondern vielmehr eine eigenmächtige Behandlungsintervention, die nicht nur den Rechtskreis des Patienten, sondern auch den des Arztes bzw. Krankenhauses betrifft und demnach durch eine Einwilligung des Patienten alleine nicht legitimiert werden kann. Etwas anderes gilt weder für Betreuer und Bevollmächtigte, noch für Dritte, die am Krankenbett gelegentlich pflegerische Maßnahmen ausführen. Wem die Behandlung obliegt bestimmt sich alleine aus dem Vertrag, den der Patient mit einem Arzt oder Krankenhaus geschlossen hat. Im Falle einer Krankenhausbehandlung liegt bei Kassenpatienten in der Regel ein sog. „totaler Krankenhausaufnahmevertrag“ vor, nach dem der Krankenhausträger eine umfassende Versorgung des Patienten, d. h. Unterbringung, pflegerische Betreuung und als Schwerpunkt die ärztliche Behandlung schuldet. Nur die

⁴¹ Vgl. den Sachverhalt im Beschluss des BGH, NSiZ 1987, 365 f.

⁴² Vgl. den Sachverhalt in BGHSt 37, 376.

⁴³ BGH, NJW 2010, 2963, 2967, Rdnr. 35.

Mitarbeiter des Krankenhauses sind Erfüllungsgehilfen des Krankenträgers. Nur sie können demnach eine Behandlung im Rechtssinn abbrechen.

Die Lösung des BGH überschreitet damit nicht nur die durch den Begriff Behandlungsabbruch gezogene Grenze, sie legitimiert auch Übergriffe in die Arbeitsabläufe von Krankenhäusern, Pflegeheimen und Hospizen, die für die Mitarbeiter dieser Einrichtungen nicht zumutbar sind. So ist es auch angesichts des breiten Medienechos, den der Fuldaer Sterbehilfefall erzeugt hat, denkbar, dass durch Bevollmächtigte oder Betreuer, die den Patientenwillen durchsetzen, nunmehr in palliativmedizinischen Einrichtungen Schläuche abgeschnitten, elektrische Kabel durchtrennt, Stecker gezogen oder Venenzugänge entfernt werden.⁴⁴ Derartige Reaktionen zur Durchsetzung des Patientenwillens, zu denen der BGH bestimmte Dritte nunmehr ermächtigt, dürften in der Regel auch unnötig sein, weil die Rechtslage durch Einführung des zum Tatzeitpunkt im Fuldaer Fall noch nicht existenten „Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts“ für alle Beteiligten klarer geworden ist und sich Ärzte oder Heimleitungen, nicht zuletzt wegen des drohenden Körperverletzungsvorwurfs, dem Patientenwillen nicht mehr verschließen.

4. Konsequenzen für die Beratung bei Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht

Neben der oben angesprochenen Problematik zeigt der Fall, dass nach nunmehr geltender Rechtslage unter Bezug auf § 1901 a Abs. 2 BGB unter Umständen weitreichende Entscheidungen auf dürftiger Grundlage getroffen werden können. Wie bereits eingangs erwähnt, besteht die Kehrseite der engen Bindung des Strafrechts an das Betreuungsrecht darin, dass Vorsorgevollmachten im Außenverhältnis unmittelbar wirken und ebenso wie Entscheidungen des Betreuers rechtlich verbindlich sind. Liegt keine Patientenverfügung i. S. d. § 1901 a Abs. 1 BGB vor, besteht deshalb die Gefahr, dass die Regelung des § 1901 a Abs. 2 BGB als „Einfallstor für Fremdbestimmungen benutzt“⁴⁵ und das vom BGH intendierte Ziel

⁴⁴ Wegen der hiernach drohenden Beeinträchtigung der Sicherheit und Ordnung des Krankenhausbetriebes regt *Kubiciel* (Fn. 3), S. 661 die Einführung eines „Sterbehilfebegleitgesetzes“ an.

⁴⁵ *Palandt/Diederichsen*, § 1901 a Rdnr. 27; Nomos Kommentar BGB Familienrecht-*Heitmann*, 2. Aufl. 2010, § 1901 a Rdnr. 42; vgl. ferner *Höfling*, NJW 2009, 2851 ff., der hinsichtlich der neuen gesetzlichen Regelungen die kritische Frage stellt, „ob der Gesetzgeber wirklich einen angemessenen Ausgleich zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz gefunden hat. Denn neben dem abwehrrechtlich bedeutsamen Aspekt der Patientenautonomie ist auch die schutzrechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 2 GG in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber hat Vorsorge dagegen zu treffen, dass keine fremdbestimmenden Entscheidungen getroffen werden, die zum Tode des Patienten führen, ohne von dessen Willen getragen zu sein.“

der Sicherung der Patientenautonomie konterkariert wird. Die Praxis zeigt, dass auch das gemäß § 1904 Abs. 4 BGB vorausgesetzte Einvernehmen mit den behandelnden Ärzten keine wirksame Kontrolle beinhaltet. Oft wird von Verwandten und Bevollmächtigten am Krankenbett erheblicher Druck auf die behandelnden Ärzte aufgebaut, sich in die eine oder andere Richtung im Hinblick auf bestimmte Behandlungsmaßnahmen festzulegen. Das Strafrecht (Drohen mit einer Strafanzeige entweder wegen Körperverletzung oder wegen unterlassener Hilfeleistung bzw. Totschlag durch Unterlassen!) dient dabei nicht selten als Mittel, um gegenüber dem Arzt eigene Behandlungsvorstellungen durchzusetzen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich in der Praxis eine Kombination von Patientenverfügung und Vollmacht, wobei es ferner ratsam ist, Behandlungswünsche nur nach vorheriger medizinischer und rechtlicher Beratung zu formulieren.⁴⁶ Zwar sind aus der medizinischen Beratungspraxis Fälle bekannt, die dokumentieren, dass nicht alle Patienten in jedem Fall ihr Selbstbestimmungsrecht ausüben wollen.⁴⁷ Mit Blick auf die gegebenen Missbrauchsmöglichkeiten und mit Rücksicht auf die emotional aufgeladene Situation insbesondere bei Entscheidungen, die mit nachvollziehbaren aber medizinisch oft nicht zutreffenden Vorstellungen über „Verhungern und Verdursten lassen“ verbunden sind, ist der Patient gut beraten, sein Schicksal nicht alleine in die Hände des Bevollmächtigten oder Betreuers zu legen und sich auf die Erteilung einer Generalvollmacht (§ 1904 Abs. 5 BGB) zu beschränken.

Im Rahmen der Kombination von Patientenverfügung und Vollmacht kann neben anderen Regelungsinhalten bestimmt werden, dass der Bevollmächtigte Entscheidungen nur im Rahmen der Patientenverfügung treffen und durchsetzen darf. Selbstverständlich erfasst dies auch die Möglichkeit, auf Durchführung der medizinischen Maximalversorgung bis zum Lebensende zu bestehen und sich nicht für das Unterlassen oder den Abbruch von Maßnahmen zu entscheiden.

⁴⁶ *Höfling* (Fn. 45).

⁴⁷ Eingehend zu den unterschiedlichen Fallgruppen *Bickhardt* (Fn. 17).

Vorweggenommene Erbfolge, Ausgleichung, Anrechnung und der BGH – zugleich ein Plädoyer für die Ausstattung

– und zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.1.2010, IV ZR 91/09¹ –

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Der Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ ist ein schillerndes Gebilde. Häufig wird durch seine Verwendung nicht nur die Erbfolge effektiv nicht vorweggenommen, sondern bloß Streit vorprogrammiert. Der BGH hatte in einer von der Kautelarpraxis bislang kaum reflektierten² Entscheidung unlängst Gelegenheit, sich mit der Auslegung dieser Wendung in einem Übergabevertrag erneut auseinanderzusetzen. Der nachfolgende Beitrag soll zum einen zeigen, dass die hierzu ergangene Entscheidung richtig ist und auf der bisherigen Linie der Rechtsprechung liegt. Zum anderen gilt es, anlässlich des nun vorliegenden Judikats über ein vom BGH überraschenderweise nicht behandeltes Institut der Vermögensnachfolge erneut nachzudenken, nämlich die familienrechtliche Ausstattung, und dabei deren erb- und pflichtteilsrechtliche Bezüge für den Vertragsgestalter herauszuarbeiten und handhabbar zu machen.

I. Sachverhalt

Ein Bruder macht gegen seine Schwester und deren Kinder Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach seiner verstorbenen Mutter geltend. Diese übertrug mehr als zwanzig Jahre vor ihrem Tod einen von ihr geführten Großhandelsbetrieb für Herrentextilien und -accessoires auf den Sohn und Bruder. Die Übertragung erfolgte gemäß Übergabevertrag „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“. Weitere erb- und pflichtteilsrechtliche Textzusätze waren offensichtlich nicht vorhanden. Durch ein drei Jahre nach der Übergabe errichtetes Testament setzte sodann die Mutter ihre Tochter und deren Kinder zu ihren Erben ein. Der Sohn (= Übernehmer) wurde nicht bedacht. Es kam für die allfällige Pflichtteilsberechnung also darauf an, welches erbrechtliche Institut im Betriebsübergabevertrag mit dem Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ gemeint war.

II. Interpretationslage

Lebzeitige Vorempfänge – hier: der Betrieb – können sich unterschiedlich auf die Pflichtteilsberechnung auswirken. Nachdem sich der Gesetzgeber anlässlich der Reform des Erb- und Verjährungsrechts³ letztlich nicht hat entschließen können, §§ 2050 ff., 2315 BGB strukturell zu verändern, ist die Entscheidung des BGH wichtig, weil sie mit dem geltenden Anrechnungs- und Ausgleichsrecht des BGB Institute erläutert, mit denen die Praxis weiter leben muss.⁴ In Betracht kommen jedenfalls, bei der notwendigen Auslegung im konkreten Fall, nach den Ausführungen des Senats zunächst einmal:

- die Anordnung, die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen, §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB,
- eine Bestimmung, die Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen, § 2315 Abs. 1 BGB,
- die Anordnung nach beiden vorgenannten Bestimmungen, wonach die Zuwendung auszugleichen und zugleich anzurechnen ist, § 2316 Abs. 4 BGB.

Jede dieser drei Möglichkeiten kann aufgrund unterschiedlicher tatbestandlicher Voraussetzungen und Berechnungs-

weisen zu anderen Ergebnissen führen.⁵ Insbesondere kann eine gleichzeitige Anrechnungs- und Ausgleichsanordnung sogar zu einem höheren Pflichtteilsanspruch führen als eine Anrechnungsanordnung allein.⁶ Von der gesetzlichen Ausgangslage her ist festzuhalten, dass das BGB weder die Annahme einer Anrechnungsanordnung bevorzugt, noch sich regelhaft für eine Ausgleichsbestimmung ausspricht. Auch gibt es, anders als etwa in Frankreich, keine Auslegungsregel des Inhalts, dass die Anordnung der „Anrechnung auf den Erbteil“ im Zweifel auch die Anrechnung auf den Pflichtteil enthält.⁷

Allerdings ist, um Missverständnissen vorzubeugen, die daraus folgende Problematik, wie eine „Anrechnung auf den Erbteil“ oder eine „Anrechnung auf den Erb- und Pflichtteil“ im Zweifel zu verstehen sei,⁸ für die hier interessierende Auslegung des Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge unerheblich.⁹ Von einer „Anrechnung auf den Erbteil“ war im vorliegenden Fall auch nicht die Rede.

III. Chronologie der Entscheidung

Der BGH hat sich bisher zweimal intensiver mit der juristischen Zuordnung des Begriffs „vorweggenommene Erbfolge“ befasst. Im Jahr 1981 wurde eine solche Formulierung von ihm als Ausgleichsanordnung verstanden und lediglich klargestellt, dass auch andere Auslegungen möglich sind.¹⁰ Später hat der BGH dann unter Bezugnahme auf die erste Entscheidung ebenfalls ausgeführt, dass die Formulierung als Ausgleichsanordnung zu verstehen sei.¹¹ In diesen einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden Urteilen konnte die Ausgleichsanordnung noch ohne größeren Begründungsaufwand bejaht werden, weil der Erblasser dort durch gemeinschaftliches Testament bereits insoweit gebunden war, als er seinen Nachlass auf die als Schlusserben eingesetzten Kinder gleichmäßig verteilen musste.

⁵ Eindrucksvoll J. Mayer, ZErB 2007, 130.

⁶ An dieser Stelle statt aller Lindner, jurisPR-BGHZivilR 10/2010, Anm. 2, Teil B.

⁷ Kroppenber, JZ 2010, 741, 743 – auf die Streichung eines entsprechenden Zusatzes in § 2888 der Reichstagsvorlage zum BGB weist der BGH unter II. 1. c) der Gründe selbst hin.

⁸ Vgl. nur Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2315 Rdnr. 23, m. w. N.; siehe auch Wolfsteiner, MittBayNot 1982, 61.

⁹ Keim, ZEV 2010, 192.

¹⁰ NJW 1982, 43 = MittBayNot 1984, 198.

¹¹ FamRZ 1989, 175 m. Anm. Musielak.

¹ MittBayNot 2011, 153 (in diesem Heft).

² Im gedruckten Schrifttum soweit ersichtlich nur Keim in einer krit. Anm., ZEV 2010, 192.

³ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009, BGBI I, S. 3142 ff.

⁴ Kroppenber, JZ 2010, 741.

Mit der jetzt ergangenen Entscheidung ist indes klar, dass auch in anderen einschlägigen Fällen ein Verständnis der „vorweggenommenen Erbfolge“ je nach den gegebenen Umständen als Ausgleichungsanordnung möglich, aber nicht zwingend ist.¹² Der BGH hält dem Berufungsgericht daher vor, dass es den Übertragungsvertrag insoweit hätte auslegen und die Parteien, denen dies offenbar nicht bewusst gewesen war, auf die verschiedenen Verständnismöglichkeiten hätte hinweisen müssen (die veröffentlichte Entscheidung lässt im Übrigen nicht erkennen, ob eine notarielle Urkunde inmitten stand oder die Beteiligten bei Abfassung des Vertrags sonst rechtlich beraten waren).

IV. Zur Auslegung durch den BGH

1. Bloße Motivangabe

Bei der Behandlung des Falles durch den BGH überrascht auf den ersten Blick zunächst, dass dieser eine weitere, gänzlich konträre Auslegungsmöglichkeit des Begriffs „vorweggenommene Erbfolge“ nicht anführt. Das OLG Düsseldorf und eine verbreitete Meinung gehen nämlich davon aus, diese Bezeichnung besage grundsätzlich allenfalls etwas über das Motiv der Zuwendung – nicht aber darüber, ob eine Ausgleichung oder Anrechnung vom Erblasser gewollt sei;¹³ der Begriff würde also für den vorliegenden Fall praktisch nichts bedeuten. Denn es könnte auch nur die Absicht des Erblassers verdeutlicht worden sein, die lebzeitige Übertragung bei künftiger Abfassung letztwilliger Verfügungen zu berücksichtigen.¹⁴ Eine Motivangabe könnte darüber hinaus auch vor dem weiteren Hintergrund möglicher steuerrechtlicher (§ 7 EStDV a. F.), güterrechtlicher (§ 1374 Abs. 2 BGB) oder öffentlichrechtlicher¹⁵ Auswirkungen einer vorweggenommenen Erbfolge gemacht worden sein.¹⁶

Da der BGH jedoch die erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf selbst zitiert, ebenso *Thubauville* und *Haas*,¹⁷ wird man annehmen dürfen, dass der Senat (jedenfalls der Berichterstatter) diese Fundstellen auch gelesen und zur Kenntnis genommen hat. Eine sachliche Auseinandersetzung schien ihm aber nicht veranlasst. Das geht auch in Ordnung, weil die Auslegung vor dem objektiven Empfängerhorizont erfolgen muss. Ohne rechtliche Beratung gewählte Formulierungen schließen die Annahme vorstehend erwähnter Motive durch Laien aber m. E. aus, da diese sich typischerweise keine derartigen Gedanken bei der Abfassung ihrer Verträge machen. Genau um die mit einer solchen Formulierung verfolgten Zwecke geht es aber in Streitfällen wie dem Vorliegenden.

¹² *Funk*, jurisPR-FamR 12/2010, Anm. 1, Teil C.; *Lindner*, jurisPR-BGHZivilR 10/2010, Anm. 2, Teil B., mit Nachw. zur entsprechenden Vorläuferspr. des RG.

¹³ Vgl. OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173 – „dem Steuerberater zu Liebe“; *Sostmann*, MittRhNotK 1976, 479, 484; *Staudinger/Haas* (Fn. 8), § 2315 Rdnr. 19 m. w. N.; vgl. auch *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289, 297.

¹⁴ Vgl. *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289, 297 m. N.

¹⁵ Die in der Lit. (Fn. 13) z. T. erwähnte diesbezügliche Ausnützung einer öffentlichrechtlichen Vorkaufrechtsfreiheit geht fehl (abgesehen davon, dass bei einer Vorwegnahme der Erbfolge regelmäßig schon kein Kaufvertrag vorliegt), da insb. § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB und § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG auf § 470 BGB gerade nicht verweisen – praktische Bedeutung („Vorwegnahme der Erbfolge“) aber z. B. für die sanierungsrechtliche Genehmigungsfreiheit gemäß § 144 Abs. 4 Nr. 2 BauGB.

¹⁶ Siehe die Nachw. in Fn. 13.

¹⁷ Siehe die Nachw. in Fn. 13.

2. Ausgleichung, nicht Anrechnung

Im Übrigen ist dem BGH aber in seiner Einschätzung zuzustimmen, dass die Erblasserin und Mutter auch im aktuellen Fall, vorbehaltlich nochmaliger Prüfung durch die Vorinstanz, „nur“ die Ausgleichung anordnen wollte. Denn sie dürfte die Übertragung von Vermögenswerten auf den Sohn allein im Hinblick auf ein späteres Erbrecht vorgenommen haben, das infolge der lebzeitigen Zuwendung dann entsprechend geschmälert werden soll.¹⁸ Wird sodann, wie hier, der Zuwendungsempfänger nur auf den Pflichtteil gesetzt, wird diese Wertung – der kürzende Zugriff des Erblassers auf den Erbteil – über § 2316 Abs. 1 BGB in das Pflichtteilsrecht hineingetragen.¹⁹ Als (bloße) Faustregel gilt daher künftig, dass der Ausdruck „vorweggenommene Erbfolge“ bei verbleibenden Zweifeln lediglich die zeitliche, nicht aber die wertmäßige Bevorzugung des Empfängers meint.²⁰ Ob im konkreten Fall aus dem Zusatz „unentgeltlich“ weitere Schlüsse für die Einordnung gezogen werden können, ist zweifelhaft.²¹

Bei einer Anrechnungsbestimmung nach § 2315 Abs. 1 BGB muss hingegen der Wille des Erblassers unmittelbar auf eine möglichst weitreichende Kürzung des dem ohnehin enterbten Zuwendungsempfänger zustehenden Pflichtteilsanspruchs gerichtet sein – das kann z. B. bei der „vorzeitigen Abfindung“ eines Kindes der Fall sein, die den Pflichtteilsanspruch derzeit (hypothetisch) abdecken oder ihn gar übersteigen sollte, so dass dieses anschließend enterbte Kind wirtschaftlich möglichst überhaupt nicht mehr am Nachlass beteiligt sein soll.²² Hierfür gab es im behandelten Fall keine unmittelbaren Anhaltspunkte.

Hiergegen wird eingewandt, § 2315 BGB erfasse nicht nur den Fall der vollständigen Abgeltung eines Pflichtteilsanspruchs durch eine lebzeitige Zuwendung, sondern eben auch eine Anrechnung wertmäßig geringerer Geschenke. Aus der Sicht des Beraters stelle sich anlässlich von Übertragungen auf Nachfrage fast immer heraus, dass das Zugewandte, wenn es nur einen gewissen Wert hat, im Falle der Enterbung und eines Pflichtteilsverlangens des Erwerbers von einem Pflichtteilsanspruch abgezogen werden sollte; die Sichtweise des BGH greife also zu kurz. Daher liege stattdessen die Auslegung der „vorweggenommenen Erbfolge“ als Anrechnungsbestimmung näher.²³

Das überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht, weil hier das retrospektiv gewünschte Ergebnis zur Grundlage der Argumentation gemacht wird. Solange nämlich dieser tatsächliche Befund in der Erklärung des Zuwenders und späteren Erblassers keinen erkennbaren Niederschlag gefunden hat, wofür zu sorgen der Berater bei dieser Einlassung gerade angehalten ist, bedeutet er für die Interpretation der Wendung „vorweggenommene Erbfolge“ für sich genommen nichts.²⁴ Im Gegenteil: Gerade bei der Übergabe eines Betriebs, wie im vorliegenden Fall, werden sich die Vertragsteile über eine mögliche Enterbung keine Gedanken machen. Der Betrieb wird ja regelmäßig nicht auf eines der Kinder übertragen, mit dem

¹⁸ *Löhnig*, FamRZ 2010, 643, 644.

¹⁹ Mit der Folge, dass der Pflichtteilsanspruch der anderen Abkömmlinge erhöht würde, siehe hierzu auch unter V. 4.

²⁰ So schon *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289, 297, m. w. N.

²¹ *Kroppenberg*, JZ 2010, 741, 744.

²² *Löhnig*, FamRZ 2010, 643, 644; *Kroppenberg*, JZ 2010, 741, 743; *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289, 297.

²³ *Keim*, ZEV 2010, 192, 193; in diese Richtung auch *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 2315 Rdnr. 7.

²⁴ So zu Recht *Kroppenberg*, JZ 2010, 741, 744.

sich der Erblasser schlecht versteht²⁵ – mag sich dies auch in vielen Fällen nach der Übertragung ändern, wenn Differenzen zwischen Junior und Senior über die Betriebsführung auftreten. Generell dürfte zudem der Umstand, dass Zuwendungen bereits lange Zeit vor der Errichtung einer den Streit auslösenden letztwilligen Verfügung erbracht wurden, eher gegen die Annahme sprechen, der Wille des Erblassers habe bereits im Zeitpunkt der Zuwendungen auf eine Anrechnung auf den Pflichtteil des Klägers gezielt, was diesem auch bewusst gewesen sei.²⁶ Außerdem spricht gegen die Meinung *Keims* der gesetzliche Ausgangsbefund,²⁷ der hierdurch praktisch in sein Gegenteil (nämlich einen *de lege lata* gerade nicht existierenden Automatismus der Anrechnung) verkehrt würde.

V. Vorwegnahme der Erbfolge durch Ausstattung (§ 1624 BGB)

So zutreffend die Ausführungen des BGH zur Auslegung sind, so erstaunlich ist es doch, dass dabei nicht näher auf die möglichen Arten eines Vorempfanges eingegangen wird. Die Argumentation könnte (und sollte m. E.) im konkreten Fall zunächst auf dieser vorgelagerten Ebene ansetzen. Das Gesetz unterscheidet in § 2050 BGB vier Arten von Vorempfängern. Während der BGH im Ergebnis nur § 2050 Abs. 3 BGB thematisiert,²⁸ also Zuwendungen, für die die Ausgleichspflicht angeordnet wurde, kommt im vorliegenden Fall auch § 2050 Abs. 1 BGB in Betracht. Denn bei der Zuwendung könnte es sich um eine Ausstattung i. S. v. § 1624 Abs. 1 BGB gehandelt haben. Eine solche Ausstattung wäre schon kraft Gesetzes im Erbfall unter Abkömmlingen auszugleichen, sofern diese gesetzliche Erben werden oder auf gleich hohe Erbteile berufen werden. Das ist zwar vorliegend nicht der Fall gewesen (geerbt hat nur die weichende Schwester). Zu beachten ist indes der pflichtteilsrechtliche, nämlich zugunsten der weichenden Geschwister wirkende, Ferneffekt: § 2316 Abs. 1 BGB gilt gleichfalls für Zuwendungen nach § 2050 Abs. 1 BGB (und zwar zwingend, § 2316 Abs. 3 BGB²⁹).

1. Begriff und Anwendungsfälle

Nach der Legaldefinition des § 1624 Abs. 1 BGB ist Ausstattung dasjenige, was einem Kind

- mit Rücksicht auf seine Verheiratung,
- mit Rücksicht auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung,
- zur Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft oder
- zur Begründung oder Erhaltung der Lebensstellung

vom Vater und/oder von der Mutter zugewendet wird, wobei ein Anspruch auf Gewährung einer Ausstattung nicht besteht.³⁰ Ob die Zuwendung „bei“ Heirat oder „bei“ Erlangung der Lebensstellung erfolgt, ist also unerheblich. Daher kommt eine Vielzahl von Fällen als Ausstattung in Betracht, z. B.³¹

²⁵ *Funk*, jurisPR-FamR 12/2010, Anm 1. Teil D.

²⁶ OLG Koblenz, ZErB 2003, 159, 160 (im vorliegenden Fall waren es freilich nur gut drei Jahre).

²⁷ Siehe oben II.

²⁸ Die weiteren Varianten „Übermaß an Zuschüssen“ (§ 2050 Abs. 2 Alt. 1 BGB) und „Übermaß an Aufwendungen für die Vorbildung zum Beruf“ (§ 2050 Abs. 2 Alt. 2 BGB) scheiden hier von vornherein aus.

²⁹ Näher hierzu siehe unten 4.

³⁰ *Roth*, NJW-Spezial 2010, 39.

³¹ Siehe zum Folgenden *Sailer*, NotBZ 2002, 81 sowie die Auflistungen mit Nachw. bei *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354, 355; *Schindler*, ZEV 2006, 389, 390 f.

neben den klassischen Vermögensmehrungen wie die Aussteuer im engeren Sinne, die Einrichtung eines Betriebs, die Einräumung von Teilhaberschaften, die Übertragung eines Bauplatzes, die Übertragung von Wertpapieren und einmaligen Kapitalzuwendungen auch die Zahlung von Schulden (sogar des Schwiegerkinds), die Übertragung einer vermieteten Eigentumswohnung, auf deren Erträge die Eltern nicht mehr angewiesen sind, die Bestellung von Grundpfandrechten und die Einräumung von Nutzungsrechten wie mietfreiem Wohnen. Im vom BGH entschiedenen Fall dürfte es auf der Hand liegen, dass – allerdings ohne Kenntnis der Akten – eine solche Ausstattung gemäß § 1624 Abs. 1 BGB vorliegt.

Nach herrschender Meinung stehen Nutzungsrechte und Rückforderungsrechte einer Ausstattung nicht entgegen, wenn dadurch der gesetzliche Ausstattungszweck dennoch erreicht werden kann (also z. B. nicht bei freien Widerrufsrechten und beim Totalnießbrauch).³²

Das Rechtsinstitut der Ausstattung ist in der Praxis trotzdem nahezu in Vergessenheit geraten, was nicht zuletzt daran liegt, dass die Ausstattung oftmals mit der Aussteuer gleichgesetzt und daher für altmodisch gehalten wird – und das obwohl es sich bei der Aussteuer lediglich um eine Unterart der Ausstattung handelt,³³ zumal die Aussteuer im Rechtssinne bereits 1957 durch das Gleichberechtigungsgesetz abgeschafft worden ist. Obwohl Schaltstelle zu zahlreichen wichtigen Instituten des Schenkungsrechts, des Familienrechts, des Erbrechts, des Betreuungsrechts und des Insolvenz- und Anfechtungsrechts, führt § 1624 BGB ein Schattendasein sowohl in der wissenschaftlichen Aufarbeitung als auch in der praktischen Anwendung. Damit ist nicht nur § 1624 BGB vermutlich eine der am meisten unterschätzten Bestimmungen des Familienrechts,³⁴ sondern auch der Vertragstyp der Ausstattung von erheblicher praktischer Bedeutung³⁵ – derzeit häufig rein zufällig, wenn und weil es *ex post* zu Streitigkeiten kommt.

2. Auswirkungen der Ausstattung in anderen Rechtsbereichen

Das Charmante am Institut der Ausstattung ist dabei, dass die Bestimmungen des Schenkungsrechts nur hinsichtlich der Kinder und nur hinsichtlich sog. „Übermaßausstattungen“ anwendbar sind, nicht aber (mit Ausnahme des Steuerrechts³⁶) hinsichtlich Dritter,³⁷ z. B. bei der Form einer Zuwendungszusage (§ 518 BGB³⁸), beim Rückforderungsanspruch wegen Verarmung (§ 528 BGB) oder beim Widerrufsrecht wegen groben Undanks (§ 530 BGB).³⁹ Das Gleiche gilt für die Gläubigeranfechtung (§ 4 Abs. 1 AnfG) oder Insolvenzanfechtung (§ 134 InsO) unentgeltlicher Leistungen.⁴⁰ Diese Besonderheiten der Ausstattungszuwendung erlangen u. a. dann Bedeutung, wenn der Zuwendende verarmt und öffent-

³² Zum Streitstand siehe etwa *Schindler*, ZEV 2006, 389, 391; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 82.

³³ *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354; *Jakob*, AcP 207 (2007), 198.

³⁴ So die Einschätzung von *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 199.

³⁵ *Schindler*, ZEV 2006, 389, 390.

³⁶ Auch Ausstattungen sind nach dem ErbStG steuerpflichtig – § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG stellt nicht auf die Schenkung im Rechtssinne, sondern auf die „freigebige Zuwendung“ ab; dies ist tatbestandsnotwendig auch eine Ausstattung.

³⁷ Statt aller: MünchKommBGB/v. *Sachsen-Gessaphe*, 5. Aufl. 2008, § 1624 Rdnr. 13 ff. m. N.

³⁸ Von Zusagen abgesehen, die wegen des zugewendeten Vermögenswerts formbedürftig sind, z. B. § 311 b BGB.

³⁹ *Knodel*, ZErB 2006, 225.

⁴⁰ *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 211 ff. m. w. N.

liche Leistungen in Anspruch nehmen muss: Der Aufwands-träger kann die Zuwendung nicht im Wege der Anspruchs-überleitung nach § 528 BGB zurückfordern, da keine Schenkung vorliegt. Eine Zuwendung als Ausstattung beschert dem Empfänger somit potenziell größeren Schutz vor Rückforde-rungen. Ausstattungen unterliegen zudem nicht der Pflicht-teilsergänzung.⁴¹ Auch das Schenkungsverbot in § 1804 BGB gilt für Ausstattungen nicht, so dass z. B. Betreuer über § 1908i Abs. 2 BGB jenseits der Diskussion über eine sittliche Pflicht diesbezüglich handlungsfähig bleiben, wenn Betreute übergeben wollen und aus wirtschaftlichen Zwängen heraus oft auch müssen.⁴²

3. Zum Verhältnis vorweggenommene Erbfolge – Schenkung – Ausstattung

Damit liegt auf der Hand, dass bei einer Ausstattung andere Zwecke zumindest mitverfolgt werden können – die Übertra-gung von Familienvermögen unter „Umgehung“ etwaiger schenkungs-, erb- und haftungsrechtlicher Vorschriften.⁴³ Ins-besondere wird deutlich, dass der Begriff der Ausstattung zwar weder synonym noch deckungsgleich mit dem der vor-weggenommenen Erbfolge ist. Beide Begriffe schließen sich allerdings auch nicht aus. Im Gegenteil: Fast jede größere Ausstattung enthält den Aspekt der vorweggenommenen Erbfolge.⁴⁴

Es entscheidet die subjektive Absicht des Leistenden, wobei diese Ausstattungsabsicht seitens der Eltern nicht ausdrück-lich erklärt werden muss, sondern sich auch aus den Umstän-den ergeben kann.⁴⁵ Wenn eine Zuwendung bei der Hingabe ausdrücklich als Ausstattung bezeichnet wurde, ist diese Ab-sicht maßgebend, solange nicht dargetan ist, dass entgegen dieser ausdrücklichen Erklärung mit der Zuwendung keine Ausstattungsabsicht verbunden war.⁴⁶ Ob dabei dieser Zweck die eingesetzten Vermögensmittel objektiv erfordert, ist eben-falls belanglos⁴⁷ (kann freilich im Falle des Übermaßes für dieses zum anteiligen Wegfall der dargestellten Vorteile füh-ren).

Aufgrund der bestehenden Vertragsfreiheit können die Betei-ligten somit eine Schenkung vereinbaren, obwohl vom Gegenstand und den Begleitumständen her objektiv „an sich“ eine Ausstattung gegeben ist, denn schließlich steht es Vater und Mutter frei, auf die subjektive Zwecksetzung bewusst zu verzichten.⁴⁸ Umgekehrt kann eine Schenkung nur bei objek-tivem Ausstattungsanlass zur Ausstattung deklariert werden; daher soll ein Wahlrecht bestehen zwischen Ausstattung und Schenkung, d. h., die Beteiligten sollen die Zuwendung einem der beiden Rechtskreise zuordnen können.⁴⁹ Diese Aussage ist in ihrer Allgemeinheit freilich mit Vorsicht zu genießen:

⁴¹ Statt aller *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 82.

⁴² *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 213; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 85; *Böhmer*, MittBayNot 1996, 405, 407 m. w. N.; vgl. auch OLG Stutt-gart, MittBayNot 2005, 229 m. Anm. *Böhmer*; LG Traunstein, Mitt-BayNot 2005, 232 m. Anm. *Böhmer*.

⁴³ *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 200.

⁴⁴ OLG Stuttgart, MittBayNot 2005, 230 f.; MünchKommBGB/ v. *Sachsen-Gessaphe* (Fn. 37), § 1624 Rdnr. 5; *Böhmer*, MittBayNot 2005, 233; *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 219.

⁴⁵ *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354 355; *Schindler*, ZEV 2006, 389, 391.

⁴⁶ *Schindler*, ZEV 2006, 389, 391.

⁴⁷ *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354, 355; *Knodel*, ZErB 2006, 225; *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 201 m. w. N.

⁴⁸ *Schindler*, ZEV 2006, 389, 392; *Schmid*, BWNtZ 1971, 29, 31.

⁴⁹ *Schindler*, ZEV 2006, 389, 392 m. w. N.

Ob der Verzicht auf die subjektive Zwecksetzung tatsächlich nur vorgeschoben ist oder ob tatsächlich ein objektiver Aus-stattungsanlass vorliegt, kann im Streitfall doch wieder nur durch ein Gericht unter Ausschöpfung aller zulässigen Be-weismittel entschieden werden. Insbesondere reicht es nicht, die vorweggenommene Erbfolge in den Mantel der Ausstat-tung bloß zu „kleiden“, wenn der notwendige materielle Inhalt fehlt.⁵⁰

4. Ausstattung und Pflichtteil

Für die Anrechnung auf den Pflichtteil ergeben sich bei der Ausstattung keine Besonderheiten. Ein unbefangener Be-trachter könnte zwar auf die Idee kommen, man bräuchte für die Anrechnung stets eine „echte Schenkung“, so dass durch Ausstattungen Pflichtteilsansprüche des Empfängers nicht gekürzt werden können (und dieses Modell daher praktisch „tot“ wäre). Dem ist mitnichten so. Häufig werden zwar die nach § 2315 BGB anrechnungsfähigen Zuwendungen pure Schenkungen sein. Dies ist aber nicht begriffsnotwendig. Das Gesetz hat vielmehr mit Vorbedacht bei § 2315 BGB diesen Ausdruck vermieden und durch den weiteren Begriff der Zuwendung ersetzt. Entscheidend hierfür ist wiederum nur, ob der Erblasser zur Leistung verpflichtet ist.⁵¹ Unter den Begriff der Zuwendung fällt demnach die Ausstattung, auch soweit sie das den Umständen entsprechende Maß nicht übersteigt und daher nicht als Schenkung gilt; denn eine rechtliche Verpflichtung zu ihrer Gewährung besteht eben nicht.⁵²

Pflichtteilsrechtlich spricht also, bezogen auf den Überneh-mer, nichts gegen eine Ausstattung. Freilich muss bei Ausstat-tungen, bei denen schon begrifflich eine Vermutung „nur“ für die Ausgleichung spricht,⁵³ die Anrechnung auf den Pflicht-teil noch deutlicher zum Ausdruck kommen als bei gewöhnli-chen Schenkungen.

Geht es jedoch nicht um die Auswirkungen beim Überneh-mer, sondern bei den Weichenden, ist die Ausstattung pflicht-teilsrechtlich problematisch! Denn eine Zuwendung als Aus-stattung begründet beim Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge gemäß § 2316 Abs. 3 BGB zwingend die Ausgleichspflicht, mit anderen Worten, erhöht deren Pflichtteil, sofern nicht mindestens gegenständlich beschränkte Verzichtserklärungen der weichenden Geschwister abgegeben werden.⁵⁴ Dies erfolgt ohne zeitliche Beschränkung, zumal die zehnjährige Ergänzungsfrist im Recht der Ausstattung mangels Anwend-barkeit des § 2325 BGB gerade nicht gilt. Ein Ausschluss der Ausgleichung wäre also in Ausstattungsfällen mit Blick auf den Pflichtteil der anderen Abkömmlinge wirkungslos. Dies gilt es in der Praxis bei der Wahl der richtigen Übergabe-strategie und der diese umsetzenden konkreten Vertrags-gestaltung zu beachten.⁵⁵

5. Übertragung auf den Fall des BGH

Kommt man im aktuell entschiedenen Fall des BGH zum – m. E. naheliegenden – Ergebnis, dass es sich bei der Unter-

⁵⁰ *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 224; *Böhmer*, MittBayNot 1996, 407.

⁵¹ *Staudinger/Haas* (Fn. 8), § 2315 Rdnr. 11 m. zahlr. w. Nachw.

⁵² *Palandt/Edenhofer*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2315 Rdnr. 1; *Stau-dinger/Haas* (Fn. 8), § 2315 Rdnr. 12; *Bamberger/Roth/J. Mayer* (Fn. 23), § 2315 Rdnr. 3.

⁵³ Siehe hierzu noch unter Abs. 5.

⁵⁴ *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 85.

⁵⁵ Siehe hierzu unter VI.

nehmensübergabe um eine Ausstattung gemäß § 1624 Abs. 1 BGB handelte, ist die Lösung des Auslegungsproblems leichter und klarer. Denn der gesetzlich ausgleichspflichtigen Ausstattung wohnt schon begrifflich das vom BGH hervorgehobene rein temporäre Moment inne, welches gegen eine (u. U. zusätzliche) Pflichtteilsanrechnung spricht. Auch der Umstand ex lege, dass die Ausstattung zwingend bereits den Pflichtteil der Weichenden erhöht (§ 2316 Abs. 3 BGB), spricht dafür, dass der Übernehmer im Falle seiner Enterbung nicht noch zusätzlich eine Anrechnung bei seiner Person soll gegenwärtigen müssen. Ist die Vermögensübertragung unter dem Attribut der vorweggenommenen Erbfolge zugleich eine Ausstattung, dürfte also von vornherein eine Vermutung für die erbrechtliche Ausgleichung sprechen und gegen eine pflichtteilsrechtliche Anrechnung. Hierzu hätte man sich auch vom BGH einige Worte gewünscht.

VI. Auswirkungen für die Praxis

1. Anrechnung, nicht Ausgleichung

Die Kautelarpraxis⁵⁶ ist und bleibt aufgerufen die Wirkungen einer „vorweggenommenen Erbfolge“ gegenüber Abkömmlingen, insbesondere wenn sie diesen Begriff verwenden möchte, in der Übergabeurkunde eindeutig klarzustellen. Dazu muss sie den Vertragsteilen, insbesondere dem Übergeber/Erblasser, die drei Varianten (Anrechnungs- oder Ausgleichungsanordnung oder Anrechnungs- und Ausgleichsanordnung) und ihre jeweiligen Folgen vor Augen führen. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil nachträglich weiterhin weder eine Anrechnungsbestimmung einseitig möglich ist noch eine Ausgleichspflicht durch verbindliche Anordnung kraft lebzeitigen Rechtsgeschäfts.⁵⁷ Dabei dürfte die Anrechnung auf den Pflichtteil regelmäßig dem Willen der Beteiligten entsprechen (sofern nicht ohnehin ein Pflichtteilsverzicht vereinbart wird⁵⁸). Eine Ausgleichung gegenüber anderen Geschwistern kann dagegen häufig besser durch spätere Verfügung von Todes wegen als durch eine Anordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB erfolgen,⁵⁹ zumal eine solche Ausgleichsordnung den Pflichtteilsanspruch der anderen Abkömmlinge (unwiderruflich!) erhöht. Wegen dieses § 2316 Abs. 1 BGB sollte zusätzlich und vorsichtshalber eine Ausgleichung gerade ausgeschlossen werden.

2. Variation: Ausstattung

Entscheidet man sich dafür, bei Übergaben eher das (aus den erwähnten Gründen vorzugswürdige⁶⁰) Modell „Ausstattung“ zu wählen, so sollte auch dies zunächst klaggestellt werden. Des Weiteren muss daher in der Praxis darauf geachtet werden, dass bei einer Ausstattung i. S. v. § 1624 Abs. 1 BGB die Ausgleichung nicht nur nicht angeordnet, sondern wegen der gesetzlichen Anordnung in § 2050 Abs. 1 BGB auf jeden Fall explizit ausgeschaltet wird.

Sofern der Übergeber/Erblasser mehrere Abkömmlinge hat, die nicht alle an der Urkunde mitwirken (zumal dann, wenn

und weil schon absehbar ist, dass ein oder mehrere Weichende aufgrund bestehender Spannungen auf den Pflichtteil gesetzt werden), könnte es sich nach Abwägung der Vor- und Nachteile empfehlen, die Gestaltung von der Ausstattung wegzubewegen.⁶¹ Denn eine solche würde selbst bei Ausschluss einer Ausgleichungspflicht stets pflichtteilserhöhend bei den Weichenden wirken (§ 2316 Abs. 1, 3 BGB). Ein solcher Ausschluss der Ausgleichung ginge also (anders als bei gewöhnlichen Schenkungen im Bereich von § 2050 Abs. 3 BGB ins Leere!

3. Formulierungsvorschlag

Ein belastbarer „Vorwegnahme-der-Erbfolge“-Passus in einem Übergabevertrag sollte einerseits die erb- und pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen der konkreten Zuwendung, so wie soeben beschrieben und empfohlen, abdecken. Andererseits muss die relevante Passage besonders „laienfreundlich“, d. h. verständlich gestaltet sein. Denn zu diesen Punkten der Übergabe haben die Klienten in späteren Jahren, schon wegen der unter Umständen zuwendungsübergreifenden Auswirkungen, erfahrungsgemäß häufiger als bei anderen Klauseln Rückfragen, die so vielleicht vermieden werden können.

Ferner sollte danach unterschieden werden, ob alle Abkömmlinge an der Urkunde mitwirken (bzw. wenn nicht, ob bei den Nicht-Mitwirkenden bereits Pflichtteilsverzicht erklärt sind). Ob man dabei die notorische Wendung „vorweggenommene Erbfolge“ zusätzlich verwendet, mag dann als Geschmacksfrage offenbleiben (ich tue es nicht). Die entsprechenden Passagen könnten wie folgt lauten, wobei davon ausgegangen wird, dass beide Eltern des Übernehmers mitwirken (auch wenn vielleicht nur ein Elternteil der Übergeber ist):

[...]

Ausstattung [Schenkung], Abfindung

1. Der Übernehmer und seine an dieser Urkunde beteiligten Geschwister erhalten die Zuwendungen in dieser Urkunde als Ausstattung [wenn nicht alle Kinder an der Urkunde mitwirken, u. U. besser: als Schenkung], deren Wert die Beteiligten als solchen heute nicht beziffern möchten, die aber bewirkt, dass der Übernehmer und seine Geschwister als gleichgestellt gelten und wegen aller für das Anwesen erbrachten Dienstleistungen und Aufwendungen abgefunden sind.
2. Die Beteiligten vereinbaren untereinander, dass die in dieser Urkunde enthaltenen Zuwendungen⁶² auch in der Zukunft nicht zur Ausgleichung zu bringen sind und aus jeder Pflichtteilsberechnung ausscheiden.⁶³ Der Übernehmer und seine an dieser Urkunde beteiligten Geschwister verzichten darüber hinaus jeder für sich gegenüber ihren Eltern mit Wirkung auch für ihre Abkömmlinge auf ihren gesetzlichen Pflichtteil [wenn nicht uneingeschränkt bei den Weichenden zu erreichen, z. B. wegen erheblichen weiteren Vermögens und/oder fehlender oder geringer Abfindungsleistungen: ..., die Geschwister jedoch nur gegenständlich beschränkt insofern, als sich für sie etwaige Pflichtteilsansprüche aufgrund der mit der heutigen Urkunde gemachten Zuwendungen ergeben können].

⁵⁶ Siehe auch Lindner, jurisPR-BGHZivilR 10/2010, Anm. 2, Teil D; Keim, ZEV 2010, 192, 193.

⁵⁷ Von den Schwierigkeiten, solche Anordnungen korrekt zu treffen, zeugte unlängst das Urteil des BGH vom 28.10.2009, MittBayNot 2010, 310 m. Anm. Dietz.

⁵⁸ Was im Einzelfall von der Höhe der Ausgleichszahlungen und der (Nicht)mitwirkung anderer Weichender abhängt und hier nicht weiter vertieft werden soll.

⁵⁹ J. Mayer, ZERB 2007, 130, 133.

⁶⁰ Siehe oben V. 2.

⁶¹ So auch Schindler, ZEV 2006, 389, 390.

⁶² Also auch die Abfindungsleistungen an die Weichenden!

⁶³ Paralleler Pflichtteilsvertrag nach § 311 b Abs. 5 BGB!

Jeder Verzicht gilt unabhängig von der künftigen Entwicklung der Vermögensverhältnisse und unabhängig davon, wer Erbe wird. Die Eltern nehmen diesen Verzicht an.

[*evtl., insb. bei früher häufigen sog. Pflichtteilsvermächtnissen im Ehe- und Erbvertrag der Übergeber:*] Unter diesen Verzicht sollen auch alle bisherigen Geldvermächtnisse der Eltern fallen, die den Pflichtteil oder mehr umfassen.

3. [*Diesen Absatz nur verwenden, wenn nicht alle – beachten! – Kinder des Übergebers mitwirken:*

Alle Zuwendungen aufgrund dieser Urkunde an heute nicht mitwirkende Geschwister des Übernehmers begründen für diese eigene Ansprüche, welche diesen nach Abgabe eines Pflichtteilsverzichts gegenüber beiden Eltern nicht mehr entzogen werden können, zuvor nur durch den Übernehmer mit notariell beurkundeter Zustimmung des Übergebers. Solche Zuwendungen sind auf etwaige gegenüber dem Nachlass des zuerstversterbenden Elternteils bestehende Geldansprüche anzurechen und mit dem Rest auf den Pflichtteil gegenüber dem zuletztversterbenden Elternteil. Die Beteiligten müssen und werden die Empfänger solcher Zuwendungen hierauf hinweisen.]

Ungewollte Fernwirkungen des § 75 FamFG

Von Notar *Lutz Milzer*, Mosbach

Rechtskraftzeugnisse für Genehmigungsentscheidungen nach dem FamFG werden in der Gerichtspraxis aufgrund eines offensichtlichen Redaktionsversehens des Gesetzgebers vielfach erst nach Ablauf der Monatsfrist für die Sprungrechtsbeschwerde gemäß § 75 FamFG erteilt. Der nachfolgende Beitrag unterzieht diese Rechtsprechung einer kritischen Würdigung und zeigt Möglichkeiten auf, der durch sie begründeten (weiteren) Verzögerung der Vertragsabwicklung kautelarjuristisch entgegenzuwirken.

1. Einführung

Eine der ersten, schon am 9.12.2009 ergangenen Entscheidungen des BGH zum neuen FamFG¹ betrifft ausgerechnet eine Neuerung, die bis dato weder im familiengerichtlichen Verfahren nach der ZPO,² noch im Bereich des FGG vorgesehen war:³ die Sprungrechtsbeschwerde gemäß § 75 FamFG.

So flink, dass gerade etwas mehr als drei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes bereits über die ersten (Sprung-) Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Scheidungsbeschlüsse höchstrichterlich entschieden werden kann, arbeiten nicht einmal die von Bundesjustizministerium und juristischen Berufsverbänden wegen ihrer zügigen Verfahrensführung einhellig zu Recht hoch gelobten deutschen Gerichte.⁴ Der Senat hatte vielmehr über eine Erinnerung gegen die Entscheidung seines Urkundsbeamten zu entscheiden, der die Erteilung eines vom Betreuungsgericht zur Vorbereitung eines Rechtskraftzeugnisses nach § 46 Satz 1 FamFG angeforderten Notfristzeugnisses abgelehnt hatte. Der BGH hat die Erinnerung zurückgewiesen und dies tragend mit der fehlenden Außenwirkung und Anfechtbarkeit des Notfristzeugnisses und im Rahmen eines obiter dictum mit der gesetzgeberischen Wertung des § 706 Abs. 2 Satz 2 ZPO begründet.

Für die gerichtliche, vor allem aber für die notarielle Praxis ist nicht diese Entscheidung, sondern vielmehr der dem

Beschluss zugrundeliegende Sachverhalt von höchster praktischer Bedeutung. Das Betreuungsgericht hatte einen von einem Betreuer abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag genehmigt. Der Urkundsbeamte des Betreuungsgerichts forderte beim BGH ein Notfristzeugnis an, weil die betreuungsgerichtliche Genehmigung zu einem notariellen Kaufvertrag seit Inkrafttreten des FamFG gemäß § 40 Abs. 2 FamFG nur dann taugliche Grundlage für Eintragungen im Grundbuch sein kann, wenn dem Grundbuchamt die Rechtskraft der Genehmigung in der Form des § 29 GBO und damit letztendlich zwingend durch Rechtskraftzeugnis nachgewiesen ist.

2. Anfechtbarkeit gerichtlicher Genehmigungen

Mit der durch das FamFG eingeführten Anfechtbarkeit der betreuungsgerichtlichen, familiengerichtlichen und nachlassgerichtlichen Genehmigungen hat der Bundesgesetzgeber erklärtermaßen⁵ einen Gestaltungsauftrag des BVerfG erfüllt, das den Ausschluss der Anfechtbarkeit durch §§ 55, 62 FGG in einem Urteil vom 18.1.2000 wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 GG für verfassungswidrig erklärt hatte.⁶ Die Auswirkungen dieser Neuregelung auf die notarielle Gestaltungs- und Vertragsabwicklungspraxis sind in der Fachliteratur bereits vielfältig thematisiert worden.⁷ Im Brennpunkt der Dis-

⁵ BT-Drucks. 16/6308, S. 196, 198.

⁶ BVerfG, NJW 2000, 1709 ff. Auf eine Nichtigkeit der §§ 55, 62 FGG hat das Verfassungsgericht nicht erkannt und dabei auf die in der Praxis dann alsbald rezipierte Möglichkeit einer verfassungskonformen Verfahrensführung durch den Erlass von Vorbescheiden hingewiesen.

⁷ *Heinemann*, DNotZ 2009, 6 ff.; *Litzenburger*, RNotZ 2009, 380 ff. und RNotZ 2010, 32 ff.; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295 ff., 297 f.; *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268 ff., 272 ff.; *Böhringer*, BWNNotZ 2010, 2 ff., 11; *Kölmel*, NotBZ 2010, 2 ff.

¹ BGH, DNotI-Report 2010, 41 = FGPrax 2010, 53.

² Nur die Endurteile der Landgerichte sind und waren gemäß § 566 a ZPO mit der Sprungrevision angreifbar.

³ Die Weitere Beschwerde gemäß § 27 FGG war nur gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts gegeben.

⁴ Einzelheiten sind der Broschüre „Law – Made in Germany“ (www.lawmadeingermany.de) zu entnehmen.

kussion standen dabei zum einen die durch die gesetzliche Neuregelung ins Blickfeld gerückte Möglichkeit einer unrichtigen Grundbucheintragung bei schwebender Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund unerkannt nicht rechtskräftiger Genehmigung, zum anderen aber auch sogleich die mit dem Rechtskraftefordernis einhergehende, mit kautelarjuristischen Mitteln kaum beeinflussbare Verzögerung der Vertragsabwicklung.⁸ Alle – angesichts des bundesweit höchst unterschiedlichen Arbeitempos der Gerichte naturgemäß wenig präzisen – Hochrechnungen zur künftigen Dauer der Vertragsabwicklung basierten dabei auf der stillschweigenden Annahme, dass Rechtskraft nach Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG eintrete.⁹ Schließlich hatte der Bundesgesetzgeber die Monatsfrist gemäß § 63 Abs. 1 FamFG gerade mit Rücksicht auf das besondere Beschleunigungsbedürfnis in betreuungs-, familien- und nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren auf zwei Wochen verkürzt.¹⁰ Nur vereinzelt wurde gesehen, aber nicht weiter problematisiert, dass für die Anfechtung der Genehmigungsentscheidung mit einer Sprungrechtsbeschwerde gemäß § 75 FamFG nach dem Gesetzeswortlaut die Monatsfrist des § 71 FamFG gilt, da dieser – anders als § 63 FamFG – eine verkürzte Frist für die Anfechtung von Genehmigungsentscheidungen nicht vorsieht.¹¹

Die eingangs zitierte Entscheidung des BGH belegt zunächst, dass diese Erkenntnis in der Gerichtspraxis durchaus angekommen ist. Das Notfristzeugnis war – natürlich erst nach Ablauf eines Monats nach Erlass bzw. Zustellung der Entscheidung – ja nur deshalb angefordert worden, um ein Rechtskraftzeugnis gemäß § 46 FamFG erteilen zu können. Die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses erst nach Ablauf eines Monats konterkariert aber das in § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zum Ausdruck gebrachte Beschleunigungsanliegen des Gesetzgebers und kann daher bedenkenlos als klassisches Redaktionsversehen bezeichnet werden. Bei seiner Entscheidung vom 9.12.2009 hätte der BGH Gelegenheit gehabt, im Rahmen der ansonsten sehr ausführlich gehaltenen nicht tragenden Urteilsbegründung kritisch auf dieses Redaktionsversehen einzugehen. Dass diese Gelegenheit ungenutzt blieb, wird die Gerichtspraxis darin bestärken, auch künftig Rechtskraftzeugnisse entgegen der Intention des § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG nicht vor Ablauf eines Monats zu erteilen. Die Notare sollten daher die durch die Monatsfrist mögliche Verzögerung bei der Vertragsabwicklung ins Kalkül ziehen. Das bedeutet aber beileibe nicht, dass eine entsprechende Gerichtspraxis unkritisch hingenommen werden muss.

Auf den Punkt gebracht stellt sich die Frage, ob ein derartiges Redaktionsversehen nur vom Gesetzgeber selbst, oder nicht doch auch durch eine den gesetzgeberischen Intentionen ver-

pflichtete Interpretation der Verfahrensnorm bereinigt werden kann.

Für eine interpretatorische Bereinigung des Problems eröffnen sich dabei zwei denkbare Lösungsansätze:

a) Geltung der allgemeinen Fristenregelung in § 63 FamFG

Da auch die Rechtsbeschwerde eine Beschwerde ist, könnte die (eher beiläufige) Erwähnung der Monatsfrist in § 71 Abs. 1 FamFG als (unvollständiger) Verweis auf die allgemeine Fristenregelung in § 63 FamFG zu lesen sein. In der Konsequenz müsste bei derartiger teleologischer Verkürzung der Rechtsbeschwerdefrist dann auch die Rechtsbeschwerde gegen eine Beschwerdeentscheidung des OLG in Genehmigungsverfahren innerhalb von zwei Wochen eingelegt werden. Die Monatsfrist in § 71 Abs. 1 FamFG ist zwar für Rechtsbeschwerde wie Sprungrechtsbeschwerde beim Wort zu nehmen, muss aber der Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses bereits nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG nicht entgegenstehen.

Zur erstgenannten Lösung darf zunächst festgehalten werden, dass das Verfahrensrecht hermeneutische Denkverbote im Sinne des strafrechtlichen Analogieverbotes nicht kennt.¹² Natürlich verdient auch im Verfahrensrecht das Vertrauen eines Verfahrensbeteiligten in die durch einen Gesetzeswortlaut begründete (Schein-)Rechtslage Schutz. Dieser Vertrauensschutz ist aber bei einer teleologischen Verkürzung der Rechtsbeschwerdefrist auf zwei Wochen in Genehmigungsverfahren durch die Möglichkeit der Wiedereinsetzung gemäß §§ 17 ff. FamFG gesichert. Zudem ist zu beachten, dass das FamFG die einzige Verfahrensordnung ist, bei der eine derartige Diskrepanz zwischen der Rechtsmittelfrist und der Sprungrechtsmittelfrist überhaupt auftritt. In allen anderen Verfahrensrechten¹³, sind die Fristen des ordentlichen Rechtsmittels (Berufung bzw. Beschwerde im Falle des § 87 ArbGG) und des Sprungrechtsmittels (Sprungrevision bzw. Sprungrechtsbeschwerde im Falle des § 96 a ArbGG) kongruent.

Andererseits hätten aus der Sicht des Gesetzgebers gute, in der Gesetzesmaterialien¹⁴ allerdings nicht zum Ausdruck gebrachte Gründe dafür sprechen können, bei der Rechtsbeschwerde gegen eine Beschwerdeentscheidung des OLG von einer generellen Fristverkürzung abzusehen. So wird die vor dem OLG unterlegene Partei vor der Entscheidung über die Einlegung der Rechtsbeschwerde gemäß § 10 Abs. 4 FamFG einen zu ihrer Vertretung bereiten, beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt beauftragen und über den bisherigen Verfahrensverlauf informieren müssen. Zudem würde die Verkürzung der Rechtsbeschwerdefrist zu einem Systembruch innerhalb der Bestimmung des § 71 FamFG führen, da der aus der Vorbildnorm des § 574 ZPO entlehnte Gleichlauf der Beschwerdefrist mit der Beschwerdebegründungsfrist entfallen würde. Schließlich sollte auch für die Bereinigung von Redaktionsversehen des Gesetzgebers der Grundsatz gelten, dass die Anwendung des Gesetzes nie in das Belieben des Rechtsanwenders gestellt ist und ein durch das Redaktionsversehen bedingter interpretatorischer Eingriff in das Gesamtgefüge der gesetzlichen Regelung daher verhältnismäßig bleiben muss. Dabei sind, wenn es um Fristen und sonstige formale Anforderungen an ein Rechtsmittel geht,

⁸ Vgl. zu beiden Problemfeldern die in Fn. 7 zitierten Autoren sowie *Kesseler*, ZNotP 2009, 422 f.; *Brambring*, NotBZ 2009, 394 ff.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl., Rdnr. 1321 ff.

⁹ Dementsprechend wird vereinzelt auch eine Verpflichtung verneint, die Rechtsmittelbelehrung auf die Möglichkeit einer Sprungrechtsbeschwerde zu erstrecken, vgl. *Prütting/Helms/Abrahamenko*, FamFG, § 39 Rdnr. 6. Hier dürfte allerdings die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Sprungrechtsmitteln aus anderen Verfahrensordnungen (BVerwG, NVWZ 1989, 1057 zu § 134 VwGO), bei denen das Sprungrechtsmittel erst durch die Zulassung durch den *judex a quo* statthaft wird zu Unrecht auf die Rechtsbeschwerde des FamFG übertragen sein. Anders daher zu Recht: *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., § 39 FamFG Rdnr. 2; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 16. Aufl., § 39 Rdnr. 5.

¹⁰ BT-Drucks. 16/6308, S. 196 ff., 206.

¹¹ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl., Rdnr. 1320.

¹² BGH, NJW 2009, 2215 ff., 2217; BAG, NJW 2009, 1161, 1163; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., Einl. Rdnr. 97.

¹³ §§ 335 StPO, 566 a ZPO, 134 Abs. 1 Satz 1 VwGO, 161 SGG, 76 ArbGG und 96 a ArbGG.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 196 ff.

die Gebote der Anwendungsgleichheit, Klarheit und inneren Logik im besonderen Maße zu beachten.¹⁵

b) Verzicht

Vieles spricht daher für eine Problemlösung durch „vorzeitige“ Erteilung des Rechtskraftzeugnisses.

Ein solches ist grundsätzlich gemäß § 46 FamFG erst dann zu erteilen, wenn formelle Rechtskraft eingetreten ist.¹⁶ Dies ist gemäß § 45 FamFG an sich erst dann der Fall, wenn die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels abgelaufen ist, bei der Sprungrechtsbeschwerde also nach Ablauf der Monatsfrist. Nach allgemeiner Meinung schließt dabei schon ein an sich statthaftes,¹⁷ also gesetzlich nicht ausgeschlossenes Rechtsmittel den Eintritt der formellen Rechtskraft aus. Auf die erst im Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht zu klärende Zulässigkeit des Rechtsmittels im engeren Sinne soll es grundsätzlich nicht ankommen.¹⁸ Auch dieser Grundsatz kennt jedoch Ausnahmen. So führt ein allseitiger Rechtsmittelverzicht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in allen Gerichtsbarkeiten unmittelbar zum Eintritt der Rechtskraft, obwohl er an sich ja nur die Unzulässigkeit, nicht aber die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels begründet.¹⁹ Als Begründung für diese Ausnahme wird angeführt, dass in derartigen Fällen kein anerkanntes Interesse an einem Hinausschieben der Rechtskraft bestehe.²⁰

Genau diese Interessenlage kann aber auch bei einer Sprungrechtsbeschwerde eintreten, wenn deren Zulässigkeit aufgrund unwiderruflicher Prozessklärungen der Beteiligten von vornherein ausgeschlossen ist.²¹

Eine Zulässigkeit der Sprungrechtsbeschwerde setzt gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 FamFG neben ihrer Zulassung durch das Rechtsbeschwerdegericht²² die Einwilligung der Beteiligten in die Übergehung der Beschwerdeinstanz voraus. Haben nun die Parteien des notariellen Kaufvertrages mit ihrem an das Gericht adressierten Antrag auf Genehmigung des Vertragschlusses diese Einwilligung unwiderruflich verweigert, ist

¹⁵ BVerfG, NJW 1991, 417 f., 418; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., Einl. Rdnr. 94.

¹⁶ *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 46 Rdnr. 6 m. w. N.; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 706 Rdnr. 5;

¹⁷ Zum Begriff: *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO, 30. Aufl., vor § 511 Rdnr. 15.

¹⁸ *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 45 Rdnr. 4; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 705 Rdnr. 9; *Prütting/Gehrlein-Kroppenberger*, ZPO, § 705 Rdnr. 4; *Hüßtege* in *Thomas/Putzo*, ZPO, Rdnr. 7; *Musielak/Lackmann*, ZPO, § 705 Rdnr. 4.

¹⁹ BGH, FamRZ 1985, 801; BGH, NJW RR 1994, 386; *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 45 Rdnr. 5; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 705 Rdnr. 9; *Prütting/Gehrlein-Kroppenberger*, ZPO, § 705 Rdnr. 4.

²⁰ *Prütting/Helms/Abramenko*, a. a. O.

²¹ Eine ähnliche Situation ergibt sich in anderen Verfahrensordnungen, wenn die Zulassung des Sprungrechtsmittels durch das Gericht der angefochtenen Entscheidung nicht erfolgt, vgl. §§ 134 Abs. 1 Satz 1 VwGO, 161 SGG, 76 ArbGG und 96 a ArbGG.

²² Diese begründet im Rahmen des FamFG entgegen der missverständlichen Formulierung bei *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 39 Rdnr. 6 nicht schon die Statthaftigkeit des Rechtsmittels, da sie eine Verfahrensführung vor dem Rechtsmittelgericht voraussetzt.

einer Zulässigkeit der Sprungrechtsbeschwerde von vornherein der Boden entzogen, da alle Beteiligten der Durchführung des Sprungrechtsbeschwerdeverfahrens zustimmen müssen.²³ Dabei ist allerdings zu beachten, dass sowohl der Genehmigungsantrag, als auch die Verweigerung der Einwilligung sowohl von der Verkäufer-, als auch von der Käuferpartei erklärt werden. Dies ist erforderlich, um beiden Vertragsparteien im Genehmigungsverfahren die Stellung eines Beteiligten gemäß § 7 Abs. 1 FamFG zu verschaffen. Erst hierdurch wird für die Verweigerung der Einwilligung in die Sprungrechtsbeschwerde deren Unwiderruflichkeit als Prozesshandlung begründet, da Prozesshandlungen nur dann unwiderruflich sind, wenn sie einem anderen Beteiligten eine Rechtsstellung einräumen.²⁴ Die Verweigerung der Einwilligung lediglich durch einen Beteiligten des zu genehmigenden Vertrages schließt daher die Einlegung der Sprungrechtsbeschwerde als jedenfalls theoretische Möglichkeit nicht von vornherein aus, da die Verweigerung als Prozesshandlung ohne Nutznießer widerruflich wäre und die Einwilligungserklärung dem Rechtsbeschwerdegericht nicht bereits bei Einlegung der Rechtsbeschwerde vorliegen muss, sondern innerhalb der Beschwerdefrist jederzeit nachgeholt werden kann.²⁵

Ob die gerichtliche Praxis²⁶ sich diesen Überlegungen gegenüber aufgeschlossen zeigen und dem Redaktionsversehen des Gesetzgebers bei der Entscheidung über die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses in der aufgezeigten Weise Rechnung tragen wird, bleibt abzuwarten. Der notariellen Praxis ist jedenfalls zu empfehlen, den die gerichtliche Genehmigung betreffenden Abschnitt der Kaufvertragsurkunde um folgende Formulierung zu ergänzen:

Der Antrag auf gerichtliche Genehmigung dieses Vertrages wird von Verkäufer und Käufer gestellt mit dem weiteren Antrag, das Rechtskraftzeugnis gemäß § 46 FamFG bereits nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 63 Abs. 2 FamFG zu erteilen. Käufer und Verkäufer erklären in diesem Zusammenhang gegenüber dem Gericht und untereinander, dass sie jeweils unwiderruflich einer Anfechtung der beantragten gerichtlichen Entscheidung mit einer Sprungrechtsbeschwerde ihre Zustimmung verweigern.

²³ *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 75 Rdnr. 7; *Zöller/Feskorn*, ZPO, 28. Aufl., § 75 FamFG Rdnr. 4.

²⁴ *Zöller/Greger*, ZPO, 28. Aufl., vor § 128 Rdnr. 23; *Prütting/Gehrlein-Meller-Hannich*, ZPO, § 578 Rdnr. 4; *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO, 30. Aufl., Einl. IV Rdnr. 22. Würden Genehmigungsantrag und Einwilligungsverweigerung allein vom Verkäufer erklärt, wäre dem Vertreter des Mündels bzw. des Nachlasses als anderem Beteiligten lediglich die Sprungrechtsbeschwerde als Rechtsmittel entzogen, sicher aber keine ihm vorteilhafte Rechtsstellung eingeräumt.

²⁵ *Prütting/Helms/Abramenko*, FamFG, § 39 Rdnr. 6 m. w. N.; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 16. Aufl., § 75 Rdnr. 8.

²⁶ Der der Autor – Badischer Amtsnotar – als Nachlassrichter auch angehört.

TAGUNGSBERICHT

Zum Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft

Wohnungseigentumsrechtliche Jahrestagung des Evangelischen Siedlungswerks in Fischen

Von Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

Vom 27. – 29.10.2010 hielt das Evangelische Siedlungswerk in Fischen i. Allgäu die 36. Veranstaltung seiner „Fachgespräch“ genannten Reihe von Treffen zwischen wohnungseigentumsrechtlich ambitionierten Partnern aus Praxis und Theorie ab. Ihr Schwerpunkt widmete sich dem Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (WEGem). Wie gewohnt nahmen ca. 520 Personen teil, die meisten davon Verwalter, vom gestalterischen Schwerpunkt her aber Juristen aus der universitären Lehre, der Rechtsprechung, der Anwaltschaft und der Notare. Neben zwei BGH-Richtern gab auch ein BMJ-Vertreter der Veranstaltung die Ehre.

Wie immer waren die Beiträge vielfältig und zum Teil kontrovers. Der notariellen Praxis gab die Tagung Sensibilität zur angemessenen Gestaltung vertraglicher Regelungen zum Besitzübergang. Einzelne Aspekte:

1. Schuldner einer Zahlung ist, wer bei ihrer Fälligkeit Wohnungseigentümer ist („Fälligkeitstheorie“). Das gilt gleichermaßen für das monatliche Hausgeld („monatliche Vorschüsse zum Beschluss nach §§ 21 Abs. 5 Nr. 4, 28 Abs. 2, 5 Var. 1 WEG“, also auf die vorläufige Beitragspflicht eines Wohnungseigentümers für das laufende Jahr) wie für etwaige Sonderumlagen („außerordentlicher Beschluss nach § 28 Abs. 2 WEG“) als auch für die Abrechnungsspitze nach Jahresablauf („Beschluss über Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 5 Var. 2 WEG“, also auf die endgültige [!] Beitragspflicht eines Wohnungseigentümers für das vergangene Jahr). Wohnungseigentümer ist grundsätzlich, wen das Grundbuch als Wohnungseigentümer ausweist. Nur bei Grundbuchunrichtigkeit ist auf die materielle Rechtslage, z. B. auf den Erben nach Erbgang oder den Ersteigerer nach Zuschlag, abzustellen. Wohnungseigentümer ist insbesondere nicht der – und sei es vormerkungsgesicherte – Erwerber; anderes kann nur beim Erwerb vom Bauträger gelten. Auf Dauer der Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG) verdrängt der Zwangsverwalter den Wohnungseigentümer.

2. Finanzbezogen treffen den Verwalter jedenfalls drei Pflichten, nämlich (1) immer die, einen Wirtschaftsplan aufzustellen (§ 28 Abs. 1 WEG), (2) immer die, eine (Jahreschluss-)Abrechnung zu erstellen (§ 28 Abs. 3 WEG) und (3) nur auf Verlangen (Mehrheitsbeschluss, §§ 28 Abs. 4, 25 WEG) die, Rechnung zu legen (§ 259 f. BGB).

3. Der Schwerpunkt der Diskussion lag auf der Thematik „Abrechnung“ und der – letztlich abrechnungsimmanenten – Pflicht zur „Transparenz“. Die Verwaltung muss und musste ihr traditionell Rechnung tragen für Zwecke der Abrechnung des vermietenden Wohnungseigentümers gegenüber seinem Mieter. Auf ihn ist nur umlegbar, was im Individual- und Gewerbemietvertrag der Mietvertrag vorsieht, im Verbrauchervertrag grundsätzlich, was die II. Berechnungsverordnung (BV) als umlegbar erlaubt. Verdeutlicht hat sich die Pflicht zur Transparenz anhand der Entscheidung des BGH vom 4.12.009, V ZR 44/09, NJW 2010, 2127. Die Entscheidung betont zutreffend nur und immerhin, dass Zahlungen auf die Rücklage nicht als „Ausgabe“ und „Kosten“ zu verstehen sind. Sie stellen vielmehr „Ansparen“ dar. Ein Teil der Ver-

walterpraxis hat die Instandhaltungspraxis als „Ausgabe“ bewertet, da das Geld dem Wohnungseigentümer selbst dauerhaft und der Verwaltung für Zwecke des Alltags entzogen war.

4. Dieses „Bewerten“ bei einem Teil der Mittelverwendung steht im Widerspruch dazu, dass – und darüber besteht Einigkeit – das Finanzwesen als „Einnahmen-/Überschussrechnung“ zu erfolgen hat und nicht durch Bilanzierung. Anderes gilt, wenn die Wohnungseigentümer ausnahmsweise Bilanzierung „vereinbaren“, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, also die Gemeinschaftsordnung Bilanzierung anordnet – ein in der Praxis wohl nur theoretischer Fall.

Privat verwaltete Wohnanlagen werden wohl unverändert so erfasst. Die gewerbliche Verwalterpraxis aber kennt unübersichtlich viele Ausnahmen zum Einnahmen/Ausgaben-Prinzip. Beispiel: Vielfach wird auch der fällige Anspruch gegen einen säumigen Wohnungseigentümer als „Einnahme“ gebucht, weil zwar kein Geld eingenommen wurde, aber ein geldwerter Anspruch. Die Praxis versteht diese wertende Buchung als Teil der Pflicht, den Vermögensstatus des Verbands transparent (sic!) zu machen. Sachlich stellt sich dieses Vorgehen aber als Vorbereitungsschritt zu kaufmännischer Bilanzierung dar und dies in einer minderen Form. Handelsrechtlich muss der fällige Anspruch gegen einen Schuldner bewertet und bei dessen Säumnis meist abgewertet werden. Wohnungseigentumsrechtlich hingegen findet ein Vollansatz der Forderung „wie Bargeld“ statt; beim dauerhaft säumigen Schuldner verschleiert und verschönert sich so die Vermögenssituation. Diese und viele andere systemindividuelle Ausnahmen führen zwangsläufig zu einer uneinheitlichen Dogmatik, weil Begriffe wie „Einnahme“, „Ausgabe“ etc. von der Einwertung des jeweiligen Verwalters abhängen. Daneben fällt auf: Die Praxis trennt gedanklich offensichtlich immer noch nicht oder nur rudimentär Ein- und Ausgaben, die das Gemeinschaftseigentum als solches betreffen, und solche wie Wärmelieferung, bei denen die Gemeinschaft nur Durchgang einer Leistung in das Sondereigentum ist. Die Tagungsdiskussion brachte kein klares Ergebnis. Sie hinterließ den Eindruck, dass es grundsätzlich dem Zusammenspiel von Verwaltung und Wohnungseigentümergeinschaft offen stehe, wie sie individuell die anstehenden Fragen behandeln wissen wolle. Entscheidend sei wohl, dass ein System einheitlich und nachvollziehbar sei, dass es – wichtig, siehe oben – auch erläutert und somit transparent sei, und dass es auch unter sonstigen Aspekten als ordnungsgemäße Verwaltung zu bewerten sei. Dann seien entsprechende Beschlüsse (§ 21 Abs. 3 WEG) materiell rechtmäßig. Ob die Dinge dauerhaft so bleiben, sei dahingestellt.

5. Individualgespräche haben daneben auch gezeigt, dass die Verwalter durchgängig steuerliche Aspekte vernachlässigen. Bei der traditionellen Wohnanlage war Steuerrecht ohne praktische Bedeutung. Das bleibt es auch, wenn und solange die Einnahmen nur beim individuellen Wohnungseigentümer aus Vermietung von Sondereigentum erfolgen. Die traditionelle teilbewertende Verwaltung mag dann allenfalls bewirken, dass in der Individualsteuererklärung eine Zahlung zur

Rücklage periodenfehlerhaft schon als Ausgabe gebucht wird, obwohl sie nur eine Vermögensverschiebung ist, die sich beim Verkauf im Preis oder sonstiger Wertermittlung im Wert spiegelt, oder umgekehrt verspätet als Ausgabe gebucht wird, wenn in Heizölsituationen nicht schon die Zahlung erfasst, sondern erst der Vorratsverbrauch angesetzt wird. Diese Umstände bewirken im Einkommensteuerbereich nur Periodenverschiebungen, die die Finanzverwaltung offensichtlich bisher als systemimmanent hinnimmt. Sie gleichen sich der Höhe nach im Schnitt aus. Ob diese Zurückhaltung andauert, wird für Bayern eine für Februar/März 2011 anberaumte Tagung der Finanzverwaltung vielleicht klären.

Eine andere Bewertung ist angebracht, wenn die Gemeinschaft selbst Einnahmen hat aus etwa der Vermietung einer Fläche für Werbung, Vermietung des Dachs für eine Funkantenne, Vermietung von Kellern und Freiflächen an einzelne Bewohner oder sonstige Nutzer („Garten an Wirt“) und Einnahmen aus Einspeisung bei Solar- und Blockheizanlagen. Die Praxis scheint treuherzig solche Einnahmen als direkt ausgabenmindernd anzusetzen, indem sie sie direkt mit Ausgaben verrechnet. Tatsächlich wäre richtig, den Verband Wohnungseigentümergeinschaft steuerverfahrensrechtlich wie eine GbR oder sonstige Personengemeinschaft einheitlich und gesondert zu erfassen und den Saldo solcher Einnahmen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 EStG) gemindert um Werbungskostenausgaben als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 2 Satz 1, 21 EStG) zu behandeln.

Eine Synthese dieser Aspekte hieße als Grundsatz professioneller Verwaltung möglicherweise:

einerseits Erfassung von Einnahmen und Ausgaben wie im Einkommensteuerrecht strikt nach Zugang und Abfluss und andererseits Umsetzung des Transparenzprinzips durch

- Unterteilung der Ausgaben nach II.BV-Vermiet-Erfordernissen in mieterum- und nichtumlagefähige Ausgaben;
- strikte Trennung gemeinschaftsbezogener Vorgänge einerseits und sondereigentumsbezogener Inkasso- und Organisationsvorgänge andererseits;
- Auflistung besonderer Investitionen wie etwa Heizungsneubau für Zwecke sachgerechter Abschreibung in der individuellen ESt-Erklärung; und
- Verdeutlichung einzelner wesentlicher Werte und Risiken wie Kassenstand, Verzugs- und Versicherungsforderungen, Rücklagen- und sonstiger Sonderkontenstand, Heizölrestbestand einerseits wie mutmaßliche (Rest-) Laufzeit wertvoller und komplizierter technischer Anlagen und ähnlicher Risiken andererseits.

Die so erläuterte Jahresabrechnung folgt dem gesetzlichen Einnahmen-/Überschussprinzip, lässt die erforderlichen vermiet-, Abschreibungs- und sonstigen einkommensteuerlichen Zu- und Abflüsse erkennen, legt preis- und wertbestimmende Faktoren wie Rücklagen und sonstige Gegenstände offen und ermöglicht die kontrollierende Ergänzung dieser kameralistischen Erfassung durch die Doppik.

6. Für die notarielle Praxis heißt dies:

- a) Der Verwalter muss ohnehin und grundsätzlich nur bei Erfassung der Heizkosten anlässlich eines Nutzer- (damit auch Mieter-)Wechsels mitwirken, damit der konkrete Verbrauch für Abrechnungszwecke erfasst wird. In Verkaufsfällen wird dieser Termin allenfalls vereinzelt und dann zufällig mit dem Vollzug der Auflassung zusammenfallen. Bei etwa fehlender anderer Weisung der Beteiligten eines Kaufvertrags muss er zwischen Käufer und Verkäufer auf den Tag des Eigentumswechsels, also den Tag des Vollzugs der Auflassung abrechnen und zwar so, dass bis dann fällige Beiträge den Verkäufer und ab dann fällige Beiträge den Käufer treffen.

In sonstigen Fällen des Eigentumswechsels gilt dies analog. Bei Eigentumswechsel infolge Zuschlags tritt an die Stelle der Grundbucheintragung der Tag des Zuschlags und in Situationen der Zwangsverwaltung oder Insolvenz der Tag der entsprechenden Anordnung.

- b) Käufer und Verkäufer haben sich nach Maßgabe des Kaufvertrags intern auszugleichen. Fehlt eine Regelung, kommt es auf den Übergabetag an.

Verbrauchskosten wie Wasser und Strom sind nach dem Verbrauch abzurechnen; die Praxis lässt hier keine Probleme erkennen. Alle anderen Kosten sind stichtagsbezogen abzurechnen. Der Notar kann nur das Prinzip erläutern. Soweit der Verkäufer also über den Stichtag hinaus Abbuchungen oder sonstige Belastungen hat, muss er sich beim Käufer schadlos halten. Dies gilt insbesondere sowohl für das monatliche Hausgeld („Vorauszahlungen auf den Wirtschaftsplan“) und etwaige Sonderumlagen wie auch für die meist quartalsmäßig erhobenen Grundbesitzabgaben. Soweit der Käufer nach dem Stichtag Belastungen betreffend die Zeit davor hat, muss er beim Verkäufer Rückgriff nehmen. Dies gilt insbesondere bei Nachzahlungen anlässlich der Jahresabrechnung. Umgekehrt trifft den Käufer eine zeitanteilige Rückzahlungspflicht bei Rückzahlungen anlässlich der Jahresabrechnung.

Der Notar wird dieses Procedere regelmäßig nur mündlich erläutern. Notverkauf durch einen säumigen Wohnungseigentümer oder Verkauf an einen erkennbar problematischen Erwerber mögen im Einzelfall dazu führen, dass er mit den Beteiligten das wirtschaftliche Ausfallrisiko und entsprechende Sicherheitsmittel erörtert und dies in der Urkunde vermerkt.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bös/Leßniak/Neie/Strangmüller: Praxishandbuch für Notarfachangestellte. Deutscher RENO-Verlag, 2010. 1 588 S., 68 € + CD ROM

Das neu erschienene Praxishandbuch wurde von einem Autorenteam, bestehend aus Notarassessor Dr. *Jens Neie*, *Katrin Leßniak*, und den beiden im Notariatsdienst Beschäftigten *Bernd Bös* (OAR) und *Helmut Strangmüller* (AR) verfasst.

Diese Zusammensetzung des Autorenteam gewährleistet, dass neben der Theorie auch die im Notariat zu behandelnden Themen und die damit verbundenen Arbeiten praxisnah für den Leser aufbereitet worden sind. Das Buch soll besonders Berufsanfänger, die sich für eine Ausbildung zur/zum Notarfachangestellte(n) entschieden haben, als auch diejenigen, die nach längerer „Abstinenz“ im Notariat wieder einsteigen möchten, auf den neuesten Stand bringen.

Die einzelnen Kapitel, welche in acht große Teilabschnitte gegliedert und durch weitere Untergliederungen stichpunktartig beschrieben sind, umfassen die in der notariellen Praxis vorkommenden Themen in herausragender Weise. Sie gewährleisten dem Anwender einen sehr schnellen Zugriff auf „seine Fragen“. Auch hilft das umfassende und optisch hervorgehobene Stichwortverzeichnis, welches sich am Schluss befindet, zur weiteren näheren Detailsuche.

Neben den einzelnen Erläuterungen finden sich für den Pra-

xisgebrauch regelmäßig Formulierungsbeispiele. Sie sind optisch hervorgehoben.

Nicht unwichtig und regelmäßig von den Beschäftigten vorzunehmen ist die Bewertung ihrer entworfenen Erklärung/Urkunde. Dies hat die Autoren veranlasst, ab Teil 5 am Ende eines jedes Abschnitts auf den vorhergehenden Sachverhalt kostenrechtlich einzugehen.

Auch wird von den Autoren regelmäßig weiterführende Literatur als auch Rechtsprechung zitiert, die der Anwender zur Vertiefung des Sachverhalts heranziehen kann.

Dem Buch ist außerdem eine CD-ROM beigelegt, mit der die im Buch abgedruckten Formulierungsbeispiele geöffnet und in eigene Entwürfe des Anwenders eingespielt werden können. Das Öffnen und Kopieren der Texte war technisch unproblematisch und kann mit wenigen Computerkenntnissen angewendet werden.

Fazit: Das vorliegende Erstlingswerk ist rundum gelungen und spricht den Neu- und Wiedereinsteiger praxisnah an. Es kann uneingeschränkt zum Standardwerk eines jeden Ausbildungsnotars/einer jeden Ausbildungsnotarin empfohlen werden.

Amtmann i. N. *Gerhard Schmidt*, Dachau

Blank: Bauträgervertrag. 4. Aufl., RWS, 2010. 339 S., 69 €

Das nunmehr in der 4. Auflage erschienene Standardwerk zum Bauträgerrecht ist in allen Teilen an die aktuelle Gesetzeslage angepasst worden und berücksichtigt obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Juni 2010. Es enthält zahlreiche vollständige Musterverträge und ist aufgrund der im gesamten Buch verwendeten Verweisungstechnik für den Praxisgebrauch im Notariat bestens geeignet. Durch die Verweisungstechnik sind die textlich getrennten Erläuterungen der Vertragsmuster mit den einzelnen, mit Randnummern versehenen Vertragsklauseln verknüpft. Auf diese Weise ist eine schnelle Orientierung von Klausel zu Erläuterung und umgekehrt möglich. Natürlich können die Erläuterungen der Vertragsmuster durch ihre systematische Darstellung auch völlig unabhängig vom Vertragstext gelesen werden.

Vorangestellt ist ein sehr umfangreiches und ausführlich kommentiertes Muster für den Erwerb noch nicht fertig gestellten Wohnungseigentums (Rdnr. 44–409). Davon ausgehend werden verschiedene besondere Gestaltungen genauer erläutert. Dabei ist dem entsprechenden Erläuterungsteil immer ein Formularteil mit den einschlägigen Musterformulierungen vorangestellt. Unter den Sondergestaltungen finden sich Verträge für den Erwerb eines teilweise (Rdnr. 412–437) und eines vollständig fertig gestellten Wohnungseigentums (Rdnr. 439–499), ein Mustervertrag für den Kauf eines Wohnungserbbaurechts (Rdnr. 503–588) und eines Einzelhauses (Rdnr. 589–683) sowie ein Ausbauhausvertrag (Rdnr. 685–710). Erwähnenswert ist in diesem Zusammen-

hang, dass der Bauträgervertrag für das Einzelhaus auf einer nicht vermessenen Teilfläche um ein Muster einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 BGB ergänzt wurde, die nicht vergessen werden darf, wenn mit dem Grundstück zugleich ein Miteigentumsanteil an einer privaten Wegefläche oder an einer Fläche für Mülltonnen oder Kfz-Stellplätze verkauft wird. Ebenfalls enthalten ist ein Muster für das eher seltene Tauschmodell (Rdnr. 811–897), mit welchem für den Verkäufer des Grundstücks als Gegenleistung ein Reihenhäuser im Wohnungseigentum errichtet wird. Außerdem findet sich ein Formulierungsvorschlag für einen Vertrag zum Erwerb einer vom Bauträger sanierten Altbauwohnung und einer Wohnung im ausgebauten Dachgeschoss eines Hauses (Rdnr. 212–231).

Häufig gebraucht wird in der Praxis auch das Muster für einen Generalübernehmervertrag (Rdnr. 714–810). Beim zugrundeliegenden Generalübernehmermodell werden Grundstücksverkauf und Bauverpflichtung nicht vom selben Vertragspartner geschuldet, sondern die Verpflichtung zur Verschaffung des Grundstückseigentums und zur Herstellung des Gebäudes schulden im Verhältnis zum Erwerber/Auftraggeber unterschiedliche Rechtspersonen. Die Erläuterungen weisen zuverlässig auf sämtliche bei dieser Gestaltung zu vermeidende Fallstricke hin. Das Werk enthält weiter einen Formulierungsvorschlag für den Verkauf von noch nicht vermessenen Teilflächen als baureife Grundstücke, deren Erschließung der Verkäufer aufgrund eines öffentlichen rechtlichen Erschließungsvertrages mit der Gemeinde übernommen hat (Rdnr. 1012–1073). Zu finden sind auch Vertragsmuster für den Erwerb vom Insolvenzverwalter (Rdnr. 1074–1133) und ein

Optionsvertrag (Rdnr. 1225–1244). Eigene Abschnitte widmet das Buch der Aufspaltung des Vertrages in Angebot und Annahme (Rdnr. 1175–1224) und der Nachbeurkundung (Rdnr. 1245–1257), wenn im Vertrag ein zu niedriger Kaufpreis angegeben war, z. B. bei Vereinbarung von Eigenleistungen des Erwerbers, die von vornherein der Bauträger erbringen soll. Der Anhang des Buches wurde im Vergleich zur Voraufgabe um eine Teilungserklärung für den Geschosswohnungsbau und eine Teilungserklärung für ein Doppelhaus ergänzt. Die Muster im Anhang werden nicht gesondert erläutert bzw. kommentiert.

Einen Schwerpunkt legt die Neuauflage auf die Erörterung der Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft für die Geltendmachung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber. Der BGH hat diesbezüglich im Jahr 2007 entschieden, dass die Eigentümergeinschaft einen Beschluss fassen kann, diese Rechte selbst auszuüben und in der Folge dafür allein zuständig ist. *Blank* entwickelt hier eine Lösung für Fälle, in denen der Bauträger unterschiedlichen Herstellungsansprüchen der Erwerber ausgesetzt ist. Es soll dann der Gemeinschaft obliegen, durch Mehrheitsbeschluss eine bestimmte Ausführung des Gemeinschaftseigentums der Geltendmachung ihrer Ansprüche zugrunde zu legen. Dem einzelnen Erwerber soll dann nur sein entsprechender Minderungs- und Schadensersatzanspruch bezogen auf das von ihm erworbene Sondereigentum verbleiben. Auf diese Weise kann er unabhängig vom Vorgehen der Eigentümergeinschaft die Einbußen geltend machen, die er infolge des aus seiner Sicht gegebenen Mangels am Gemeinschaftseigentum erlitten hat. *Blank* verneint diesbezüglich das Bestehen zusätzlicher Belehrungspflichten des Notars. Eine Übertragung der vom BGH entwickelten Grundsätze betreffend die Gemeinschaftsbezogenheit der Herstellungsansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums auf dessen Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft lehnt der Autor ab. Er begründet dies gut nachvollziehbar damit, dass dann schon vorzeitig, also vor Herbeiführung eines Beschlusses der Gemeinschaft, in den individuellen Herstellungsanspruch des Erwerbers eingegriffen würde und die Abnahmewirkungen dem Erwerber auch die ihm nach der Rechtsprechung verbleibenden Ansprüche einschränken oder nehmen würde (Rdnr. 40). Eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Problematik, etwa unter dem neuen Aspekt der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, lässt das Werk dagegen vermissen. Damit fehlt es auch weiterhin an einer praxistauglichen, den Bauträger sicherstellenden Lösung für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, wenn nur ein geringer Teil der Erwerber diese verweigert obwohl durch sorgsame Vertragsgestaltung das Entstehen individuell verschiedener Herstellungsansprüche absolut ausgeschlossen ist.

Ausführlich widmet sich *Blank* auch den Änderungen der gesetzlichen Grundlagen des Bauträgervertrages durch das

Forderungssicherungsgesetz. Hier findet sich eine erschöpfende Erörterung des neu gefassten § 632 a BGB, wonach der Bauträger vom Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen kann, wenn er eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs leistet. In seiner Musterformulierung geht der Autor diesbezüglich mit der herrschenden Meinung davon aus, dass die Sicherheit nicht nur aus dem Vergütungsanteil für die Werkleistung, sondern aus dem gesamten Erwerbspreis zu berechnen ist.

Schließlich beschäftigt sich das Werk mit dem dritten aktuellen Themenbereich beim Bauträgermodell, der Frage der höchst zulässigen Bindungsfrist des Verbrauchers bei Aufspaltung des Vertrages in Angebot und Annahme. Berücksichtigt ist hier bereits die Entscheidung des BGH vom 11.6.2010,¹ wonach eine vier Wochen überschreitende Annahmefrist grundsätzlich gemäß § 308 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit des Angebots führen kann, mit der Folge, dass es später an einer wirksamen Auflassung fehlt. *Blank* nimmt von seiner in der Voraufgabe vertretenen Auffassung Abstand, dass entgegen den damals vom OLG Dresden aufgestellten Grundsätzen (Sechs-Wochen-Grenze) in bestimmten Konstellationen eine Bindungsfrist mit einer Länge von bis zu drei Monaten zulässig sein sollte. Als Ausweg verweist er auf den Optionsvertrag, obwohl unklar ist, ob in diesen Fällen nicht dieselben strengen Fristbegrenzungen gelten, da sich die Bindung des Verbrauchers in den unterschiedlichen Konstellationen nicht unterscheidet. Aus diesem Grund ist auch zu erwarten, dass die Rechtsprechung über die Generalklausel des § 307 BGB hier letztlich zu denselben Ergebnissen wie bei Anwendung des § 308 Nr. 1 BGB kommen wird. Es ist deshalb schade, dass der Autor keine Stellung zu der Frage bezieht, ob sich eine sichere Gestaltung durch die Vereinbarung einer vierwöchigen Bindungsfrist gemäß §§ 148, 147 Abs. 2 BGB in Kombination mit einer längeren Annahmefrist gemäß § 145 Hs. 2 BGB erreichen lässt. Bei dieser Lösung erlischt das Angebot nicht automatisch nach Fristablauf, der Verbraucher hat aber die Möglichkeit, es bis zur Beurkundung der Annahme zu widerrufen.²

Zusammenfassend handelt es sich beim besprochenen Buch um eine ausgezeichnete Arbeitshilfe für den mit der Gestaltung von Bauträgerverträgen befassten Notar, aus welchem sich auch für ungewöhnlichere Gestaltungen zahlreiche praxistaugliche Anregungen entnehmen lassen. Die Anschaffung des Werkes kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Thomas Kilian*, Aichach

¹ BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873.

² Näher dazu DNotf-Report 2010, 181, 182 ff.

Langenfeld/Günther: Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 354 S., 69,80 € + CD-ROM

Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge bilden einen der Kernbereiche notarieller Tätigkeit. Das gleichnamige Werk von *Langenfeld/Günther* stellt sich den naturgemäß hohen Anforderungen der Praxis an ein Buch auf diesem Gebiet. Nunmehr in der 6. Auflage erschienen, gilt das Werk als Klassiker, der sich insbesondere für den schnellen Zugriff des Praktikers eignet. Die Autoren werden auch in der Neuauflage den damit einhergehenden Ansprüchen gerecht und präsentieren ein kurzes, prägnant geschriebenes und inhaltlich umfassendes Werk, welches insgesamt – soviel sei vorweggenommen – auch wegen der steten Einflechtung steuerlicher Aspekte und der vielen Gestaltungsmuster jedem Praktiker zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Fünf Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe im Jahr 2005 sahen die Autoren zu Recht die Notwendigkeit einer Aktualisierung, da sich die einschlägige Rechtslage in entscheidenden Punkten geändert hatte. Genannt seien nur das Jahressteuergesetz 2008, die Reform des ErbStG im Jahr 2009 sowie die neue BGH-Rechtsprechung zum Sozialhilferegress bei dinglichen Wohnungsrechten. Folgerichtig haben die Autoren beispielsweise mit Blick auf das geänderte Recht der Besteuerung von Versorgungsrenten (vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) ihre Ausführungen zu steuerlichen Rechtsfolgen eines Rentenvorbehalts modifiziert (Kapitel 5, § 5), das Modell der „Übergabe mit dauernder Last und Mietvertrag“ den „Obsoleten Gestaltungen“ zugeordnet (Kapitel 9, § 3), wegen des Wegfalls von § 25 ErbStG a. F. dem Nießbrauchsvorbehalt wieder mehr Platz eingeräumt (Kapitel 3) und schließlich Empfehlungen zu Poolvereinbarungen zum Zwecke der Vinkulierung nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG aufgenommen (Kapitel 5, § 6). Eingehend widmen sich die Autoren außerdem der Überleitungsfähigkeit von Ansprüchen aus dinglichen Wohnungsrechten und thematisieren dabei insbesondere die Verwendung von „Wegzugsklauseln“ (Kapitel 4, § 3).

Die Neuauflage des Buchs haben die Autoren zum Anlass genommen, neben den genannten Anpassungen an die geltende Rechtslage auch weitere inhaltliche Neugewichtungen vorzunehmen und im Übrigen die Lesbarkeit und Alltagstauglichkeit des Werks zu erhöhen. Letzteres äußert sich beispielsweise in der teils erheblichen Neugestaltung des Aufbaus, des Inhalts- und Musterverzeichnisses sowie der beträchtlichen Ausweitung des Stichwortverzeichnisses (von ehemals 3 auf nunmehr praxisgerechte 15 Seiten). Vom System fortlaufender Randnummern haben die Autoren nun auf kapitelweise beginnende umgestellt, was sicherlich Geschmacksfrage ist. Jedem Vertragsgestalter entgegenkommen dürfte indes die gestiegene Anzahl der stets praxistauglichen Formulierungsmuster von 62 auf 79.

Zu den inhaltlichen Neugewichtungen gehören unter anderem Ausführungen zur „Vorsorge durch Ehevertrag“ durch Vereinbarungen zum Anfangsvermögen, durch Herausnahme bestimmter Vermögenswerte aus dem Zugewinnausgleich und durch die gemäß § 5 Abs. 2 ErbStG steuerprivilegierte Vermögensübertragung bei Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft (Kapitel 9, § 4). Daneben haben die Autoren einen neuen Abschnitt zu „Pflichtteilsrelevante[n] Gestaltungen unter Lebenden“ aufgenommen (Kapitel 9, § 5) und erläutern Varianten einer gleichermaßen empfehlenswerten wie selten anzutreffenden „Vorsorgevollmacht des Unternehmers“ bei dessen (krankheitsbedingtem) Ausfall (Kapitel 9, § 6).

Im Übrigen folgt die 6. Auflage des Werks im Wesentlichen der bewährten Struktur: Einleitend werden die allgemeinen

Gestaltungsgrundsätze lebzeitiger Vermögensnachfolge und deren steuerlichen Grundlagen dargestellt (Kapitel 1 und 2). Das eigentliche Herzstück bilden die Kapitel 3 und 4 (wobei die Aufteilung in zwei Kapitel nicht zwingend erscheint). Hier wird die typische Grundstücksübergabe einschließlich der zahlreichen Gegenleistungen behandelt, insbesondere des Nießbrauchs, des Rückforderungs-, Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts sowie der Übernahme von Verbindlichkeiten und Belastungen, der Pflichtteilsverzichte, der Pflege- und schließlich der Geldzahlungsverpflichtungen (bei Letzteren ist der Fall wiederkehrender Geldzahlungen allerdings in das Kapitel der Betriebsübergabe ausgegliedert, Kapitel 5, §§ 1 f.; ein entsprechender Querverweis in Kapitel 4, Rdnr. 111 ff. wäre wünschenswert). Anschließend gehen die Autoren auf besondere Übergabekonstellationen ein: So wenden sie sich in Kapitel 5 der Betriebsübergabe einschließlich etwaiger Rentenverpflichtungen und Poolvereinbarungen zu, stellen in Kapitel 6 die landwirtschaftliche Hofübergabe unter besonderer Würdigung von Altenteilsleistungen dar und behandeln in Kapitel 7 den einer Überlassung zugrundeliegenden Schenkungs- und Ausstattungsvertrag. Kapitel 8 enthält die Ehegattenüberlassung einschließlich des Güterrechts, Kapitel 9 behandelt Sonderformen wie die gestufte Übergabe an Kind und Schwiegerkind sowie die (Teil-)Übergabe nach Aufteilung in Wohnungseigentum und bietet im Übrigen Ausführungen zu den bereits genannten Fragen des Ehevertrags, des Erb- und Pflichtteilsverzichts sowie der Vorsorgevollmacht des Unternehmers. In den Kapiteln 10 und 11 stellen die Autoren Familienvermögensgesellschaften und Familienstiftungen dar, wobei insbesondere bei der unternehmensverbundenen Stiftung aufgrund der eher abgelegenen Materie etwas eingehendere Ausführungen Gefallen finden würden (Kapitel 11, § 4). Gleichsam jedes Kapitel endet mit einem Abschnitt zur steuerlichen Behandlung der vorgestellten Gestaltungen und führt damit stets – dezent aber doch aufdringlich genug – die auch für die Mandantschaft so bedeutsamen steuerrechtlichen Implikationen vertragsgestalterischen Tuns vor Augen.

Die Arbeit mit dem Buch gestaltet sich leicht: Es liest sich aufgrund der stets lobenswert knappen, konzisen und praxisorientierten Darstellung flott; der Leser findet sich dank des überarbeiteten Stichwortverzeichnisses und der verbesserten Struktur schnell zurecht. Trotz einer dem handlichen Umfang des Buchs geschuldeten notwendigen Beschränkung auf das Wesentliche wirkt das Buch erstaunlich umfassend und verwöhnt den Praktiker mit zahlreichen per CD einspielbaren Formulierungsvorschlägen. Das Konzept der eingehenden kapitelweisen Darstellung steuerrechtlicher Bezüge stellt einen weiteren Vorzug dieses Buches dar. Allenfalls Folgendes kann nach Ansicht des Rezensenten Anlass für leise Verbesserungswünsche liefern: Auch in den steuerrechtlichen Ausführungen wäre der Leser für kurze Problemaufrisse, Querverweise zu den zivilrechtlichen Ausführungen sowie schlagwortartig genannte gestalterische Schlussfolgerungen dankbar; dies würde Lesbarkeit und Verständlichkeit der steuerrechtlichen Ausführungen erhöhen und wäre zudem dem Eindruck einer homogenen Abhandlung zuträglich.

Letztgenanntes vermag den im Übrigen durchweg positiven Eindruck jedoch nicht nachhaltig zu trüben. Der *Langenfeld/Günther* trägt auch nach der 6. Auflage zu Recht das Prädikat des Klassikers im Bereich der lebzeitigen Vermögensnachfolge. Die Autoren werden in der Neuauflage den mit einer solchen Auszeichnung einhergehenden Ansprüchen gerecht und präsentieren ein kurzes, prägnant geschriebenes und inhaltlich umfassendes Werk, welches sich auch durch gute Lesbarkeit und Alltagstauglichkeit aufgrund des tadellosen

Stichwortverzeichnis und der vielen Formulierungsvorschläge auszeichnet. Insgesamt verdient das Werk auch wegen der steten Einflechtung steuerlicher Aspekte und der vielen Gestaltungsvorschläge eine uneingeschränkte Anschaffungsempfehlung – und zwar sowohl gerichtet an den Besitzer der Voraufgabe als auch an den Erstkäufer. Diese Empfehlung gilt, obwohl nicht unerwähnt bleiben kann, dass die Neuauflage hinsichtlich gewisser Kennzahlen des ErbStG be-

reits seit Längerem wieder veraltet ist (Steuersätze, Mindestlohnsumme, Lohnsummenfrist); doch das ist nicht einer Lässlichkeit der Autoren, sondern vielmehr dem gesetzgeberischen Aktionismus geschuldet, der dem Praktiker nach der Erbschaftsteuerreform 2009 bereits zum 1.1.2010 eine weitere Reform beschert hat.

Notarassessor Dr. *Peter Huttenlocher*, München

Kurth: Einreden gegen Grundpfandrechte beim Wechsel des Grundstückseigentümers. V&R uni-press, 2010. 188 S., 37,90 €

Gegenstand der gesetzgeberischen Bemühungen bei Erlass des Risikobegrenzungsgesetzes im August 2008 war vor allem eine Verbesserung der Stellung des Grundstückseigentümers gegenüber Grundschuldgläubigern. Berücksichtigt wurde dabei allerdings nur die Situation einer Übertragung des Grundpfandrechts. Unbeachtet blieb dagegen die Rechtslage bei einem Wechsel des Grundstückseigentümers. Überaus erfreulich ist daher die hier einer kurzen praxisbezogenen Würdigung zu unterziehende Dissertation, die kurz vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes im Sommer 2008 an der Universität Bonn eingereicht wurde und sich mit genau dieser Thematik befasst.

Ausgangspunkt der Darstellung ist eine Systematisierung der Einreden gegen Grundpfandrechte. Von Belang ist dabei im Ergebnis bei Sicherungsgrundschulden, dass sich neben der dem Anspruch auf Rückgewähr aus dem Sicherungsvertrag folgenden unselbständigen Einrede der fehlenden Valutierung eine weitere ebensolche selbständige – entweder aus dem Sicherungsvertrag oder aus bereicherungsrechtlichen Gründen folgende – Einrede des Grundstückseigentümers dahingehend ergibt, dass keine zu sichernde Forderung mehr besteht (siehe S. 52 ff.). Festzuhalten ist somit als erste durchaus bedeutsame Konsequenz, dass dem Grundstückseigentümer im Fall einer fehlenden Valutierung ganz unabhängig davon, wer Inhaber etwaiger Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte ist, eine Einrede gegen die Verwertung eines Grundpfandrechts zusteht.

Bekanntermaßen findet in der kautelarjuristischen Praxis die Übertragung von Rechten – und seit der neueren Rechtsprechung des BGH auch von Pflichten – aus Grundpfandrechten zugrundeliegenden Sicherungsverträgen oft quasi reflexartig automatisiert statt. Generell gehört es zum Standardrepertoire insbesondere notarieller Formulierungskunst, die „Abtretung von Rückgewähransprüchen und Eigentümerrechten unter Bewilligung entsprechender Grundbucheintragen“ immer dann vorzuschlagen, wenn der Erwerber eines Grundstücks den Fortbestand einer Grundschuld duldet. Die in der zu besprechenden Arbeit ausführlich analysierte Interessenlage (vgl. S. 132) unterstützt die Zweckmäßigkeit dieses Vorgehens, da es einerseits der Verteidigung des neuen Eigentümers gegen eine denkbare doppelte Inanspruchnahme durch den Grundschuldgläubiger und den Voreigentümer dient und andererseits schützenswerte Sicherungsinteressen des bisherigen Eigentümers, die für einen Rückbehalt der Rechte sprechen würden, im Regelfall nicht erkennbar sind.

Allerdings lässt sich mit guten Gründen die zwingende Notwendigkeit einer – wie erwähnt in der Praxis standardisiert

erfolgenden – ausdrücklichen Übertragung dieser Rechte durch die Beteiligten bestreiten, da nicht nur bei rechtsgeschäftlichen Übertragungen, sondern auch beim Erwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung nach den Ausführungen des Verfassers (vgl. S. 129 ff.) etwaige Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte auf den Grundstückserwerber jedenfalls ohnehin dann übergehen, wenn er eine Gegenleistung erbringt, die wirtschaftlich gesehen einem lastenfreien Eigentumserwerb entspricht. Konstruktiv lässt sich dies bei einer vertraglichen Veräußerung durch eine Übernahme des Sicherungsvertrags – in der eigenwilligen Terminologie des BGH als „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ – oder im Wege der Abtretung der, ggf. bedingten Rückgewähransprüche aus dem Sicherungsvertrag begründen. Ersteres liegt nahe, wenn der Gläubiger dem gesamten Geschäft zustimmt (S. 143 ff.), Letzteres dagegen dann, wenn es an seiner Mitwirkung fehlt (S. 142).

Im Einzelnen sieht der Verfasser die Rechtslage folgendermaßen (S. 136 ff.): Die für eine Vertragsübernahme erforderliche Zustimmung des Sicherungsnehmers lässt sich konkludent der Genehmigung einer entsprechend zugrundeliegenden Übernahme der abgesicherten Verbindlichkeiten entnehmen. Findet keine Schuld- und damit Sicherungsvertragsübernahme statt, sondern etwa eine Erfüllungsübernahme der abgesicherten Verbindlichkeiten (§ 329 BGB) oder wird ein nicht valutiertes Grundpfandrecht übernommen, so gehen die Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte im Wege einer stillschweigenden Abtretung auf den neuen Eigentümer über (S. 143). Dasselbe gilt allerdings auch im Fall einer noch ausstehenden lastenfreien Eigentumsverschaffung, sobald die zugrundeliegenden Verbindlichkeiten und durch den neuen Eigentümer zu erbringende Gegenleistungen erfüllt sind. Insoweit liegt gleichfalls eine stillschweigend entsprechend bedingte Abtretung der Rückgewähransprüche an den Erwerber vor. All dies gilt aber nur, wenn – wie beschrieben – eine vollwertige Gegenleistung geschuldet wird oder, wie zu den Ausführungen der Dissertation ergänzend anzufügen ist, eine mit Ausnahme der dinglichen Grundpfandrechtsübernahme schuld- und lastenfreie Übertragung vereinbart ist.

Auch im Fall des Eigentumsübergangs im Rahmen einer Zwangsversteigerung kommt nach der Auffassung des Verfassers (vgl. S. 160 ff.) bei Anmeldung der gesicherten Verbindlichkeit nach § 53 Abs. 2 ZVG nicht nur eine Schuldübernahme, sondern auch eine Übernahme des Sicherungsvertrags zustande, die mit Genehmigung des Gläubigers wirksam wird. Verweigert er diese, so soll eine mit tatsächlicher Tilgung der abgesicherten Verbindlichkeiten aufschiebend bedingte Übertragung der Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte vorliegen (S. 164).

Zusammenfassend lassen sich die Ergebnisse der Arbeit in Bezug auf rechtsgeschäftliche Grundbesitzveräußerungen – und damit als für die notarielle Praxis relevant – folgendermaßen

ben beschreiben: Erhält der Veräußerer eine Gegenleistung, die dem vereinbarten vollen Grundstückswert entspricht, so bekommt der Erwerber im Gegenzug auch alle bisher dem Veräußerer zustehenden Rechte an bestehenden bleibenden Grundpfandrechten. Juristisch abstrahierend lässt sich dies an der Verpflichtung des Veräußerers zur grundsätzlich schuld- und lastenfreien Eigentumsübertragung erkennen, die nur punktuell durch die Übernahme einzelner Rechte eingeschränkt wird. Ergibt sich danach keine Berechtigung des Veräußerers zum Rückbehalt der Rechte an übernommenen Grundpfandrechten, so folgt aus der Verpflichtung zur im Übrigen schuld- und lastenfreien Verschaffung zugleich auch deren Mitübertragung an den Erwerber.

Die Ergebnisse der wissenschaftlich sorgfältig ausgearbeiteten Dissertation bieten damit ausreichend Grund zur Beruhigung der kautelarjuristischen Praxis: Eine interessengerechte Auslegung der jeweiligen vertraglichen Abreden gibt danach nämlich eine ausreichend zielsichere Antwort auf die Frage, wem nach Grundstücksveräußerungen etwaige Rückgewähransprüche und Eigentümerrechte bezüglich übernommener Grundpfandrechte zustehen. Eine zwingende Notwendigkeit zur ausdrücklichen Zuordnung solcher Rechte besteht somit nicht mehr.

Notar Dr. Alexander Krafska, Landsberg am Lech

Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 34. Aufl., Beck, 2010. 2 323 S., 78 €

Das in der Reihe der Beck'schen Kurzkommentare von *Hopt/Merkt* fortgeführte Werk liegt nunmehr in der 34. Auflage vor. Die Neuauflage befindet sich auf dem Stand 1.5.2009, Gesetzesänderungen wurden jedoch bis zum 1.9.2009 berücksichtigt.

Zentrale eingearbeitete gesetzgeberische Neuregelungen sind dabei zum einen das MoMiG und zum anderen das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz von 2009 (BilMoG). Auch wenn das dritte Buch des Handelsgesetzbuchs nicht zu der Materie gehört, die das tägliche Handwerkszeug der überwiegenden Kollegenschaft darstellt, gibt es durchaus immer wieder eine Relevanz der entsprechenden Vorschriften, so dass hier infolge der Änderungen Aktualität gefragt ist. So kann etwa die durch das BilMoG neu eingeführte Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB Relevanz bei der Haftung des Kommanditisten nach § 172 HGB haben; auch hierzu finden sich die entsprechenden Kommentierungen bei den genannten Vorschriften. Größere Bedeutung in der notariellen Praxis haben sicher die Änderungen durch das MoMiG. Zwar erreichen die Änderungen im Recht der Personenhandels-gesellschaften nicht ganz den Umfang der Änderungen im Bereich der Kapitalgesellschaften, insbesondere der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie sind berücksichtigt und in die Neuauflage eingearbeitet. Insbesondere die Verlagerung der insolvenzrechtlichen Vorschriften in die Insolvenzordnung und das Anfechtungsgesetz führen zu inhaltlichen Änderungen, wobei der alte Rechtsstand nochmals wiedergegeben wird, gekennzeichnet durch Kursivdruck. Im ersten

Buch des Handelsgesetzbuchs werden die Änderungen zum Recht der Zweigniederlassung im für die Praxis völlig ausreichendem Umfang dargestellt.

In erfreulicher Weise ist es den Autoren gelungen, den besonderen Wert des vorliegenden Werks für die tägliche Praxis beizubehalten und auch ergänzte Kommentierungen oder Überarbeitungen in der bewährten Weise fortzuentwickeln. Dieser Wert liegt in erster Linie darin, dass angesprochene Fragen in ausreichender Ausführlichkeit zum Teil mit kurzer Angabe der tragenden Argumente dargestellt werden, so dass viele Fragen bereits mit einem Blick in den Baumbach/Hopt beantwortet sind. Für weitergehende Recherchen liefert das Werk zentrale Fundstellen, um einzelne Fragestellungen zu vertiefen. Die gelungene Balance zwischen Kürze und Prägnanz der Darstellung und der Auswahl an weiteren Informationen zu einzelnen Punkten macht dieses Werk zu einem hervorragenden Hilfsmittel für den Praktiker und dürfte einer der Hauptgründe für dessen Erfolg sein. Exemplarisch für diese Art der Darstellung ist etwa die Kommentierung zum Sitz der OHG in § 106 HGB.

Angesichts der vorerwähnten gesetzgeberischen Neuregelungen, die auch und nicht zuletzt den Bereich des HGB betreffen, ist eine Aktualisierung der Kommentarliteratur, die zur täglichen Arbeit zur Verfügung steht, unerlässlich. Da das vorliegende Werk von *Hopt/Merkt* in der bekannten und bewährten Art fortgesetzt wird, bleibt es auch für mich ein unverzichtbares Arbeitsmittel und kann ohne jede Einschränkung zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Christian Hantke, Amberg

Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.): GmbHG – Ergänzungsband MoMiG. Mohr Siebeck, 2010. 779 S., 129 €

Einige Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist der „Ergänzungsband MoMiG“ zu dem in den Jahren 2005 bis 2008 neu auf den Markt gekommenen, von *Ulmer, Habersack und Winter* herausgegebenen dreibändigen Großkommentar zum GmbHG erschienen. Nachdem bereits im Grundwerk angesichts der schwer zu prognostizie-

renden Dauer des Reformvorhabens jeweils auf absehbare Reformschritte hingewiesen ist und diese erläutert wurden, haben Herausgeber und Verlag auf eine komplette Neuauflage des Großkommentars verzichtet und tragen den umfangreichen Änderungen des GmbHG durch das MoMiG und einigen weiteren Gesetzen, wie dem ARUG, dem BilMoG und dem FamFG mit dem vorliegenden Ergänzungsband Rechnung. Dieser befindet sich auf dem Stand von Dezember 2009 (laut Vorwort „mit einigen späteren Zusätzen“) und setzt sich intensiv mit der bis dahin erschienenen Rechtsprechung und umfangreichen Literatur zu den Neuerungen durch das

MoMiG auseinander. Er enthält zum einen eine vollständige Kommentierung der durch das MoMiG neu eingeführten oder umfangreich novellierten Vorschriften (insbesondere der auch für die notarielle Praxis besonders relevanten §§ 5 a, 16, 19, 30, 40 und 55 a GmbHG) und zum anderen im Hinblick auf sonstige MoMiG-Änderungen eine an die Kommentierung der jeweiligen Vorschrift im Hauptwerk anschließende und sich auf die jeweilige Neuerung beschränkende Darstellung.

Die Kommentierungen sind durchweg sehr gut strukturiert und zeichnen sich durch hervorragende Übersichtlichkeit aus. Dem Gesetzestext, in dem die Änderungen durch das MoMiG jeweils durch Kursivdruck hervorgehoben sind, folgt gerade bei den umfangreich neu gefassten Paragraphen eine kurze Inhaltsübersicht, die zusammen mit dem ausführlichen Sachregister ein rasches Auffinden der einzelnen Sachfragen ermöglicht.

Trotz seines primär wissenschaftlichen Ansatzes verliert der Kommentar den Praktiker nicht aus den Augen. Wo Mindermeinungen vertreten werden, erfolgt dies nicht ohne ausführliche Darstellung auch der überwiegenden Meinung, mit ausführlicher Begründung und i. d. R. auch nicht ohne Hinweis auf entsprechende Gefahren für die Beratungspraxis. Beispielhaft genannt sei in diesem Zusammenhang die Kommentierung zum Sacheinlageverbot bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (§ 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG), das *Paura* generell nicht auf Kapitalerhöhungen anwenden will (§ 5 a Rdnr. 49), während zahlreiche Literaturstimmen entweder § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ohne weiteres auf Sachkapitalerhöhungen bei der UG anwenden oder eine Sachkapitalerhöhung zumindest nur dann zulassen wollen, wenn durch sie das Mindeststammkapital des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird und so eine „normale“ GmbH entsteht.

In der Kommentierung zu § 2 GmbHG findet sich in Rdnr. 25 gar ein Formulierungsvorschlag zur Anmeldung der abstrakten und konkreten Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers bei Gründungen unter Verwendung des Musterprotokolls. Verschiedentlich wird auch auf Literaturstimmen zu Haftungsgefahren für den Notar hingewiesen, so etwa im Zusammenhang mit der Verwendung des Mehrpersonen-Musterprotokolls nach § 2 Abs. 1 a GmbHG ohne Hinweis auf dessen „Unzulänglichkeiten“ (die Kommentierung belässt es in § 5 a Rdnr. 37 insoweit bei dem Hinweis auf z. B. *Katschinskil Rawert*, ZIP 2008, 1993 ohne sich diese Auffassung zu eigen zu machen).

Ausführlich und unter umfassender Auswertung der bis zum Redaktionsschluss ergangenen Rechtsprechung und Literatur werden insbesondere auch Fragen im Hinblick auf die durch das MoMiG wesentlich aufgewertete Gesellschafterliste kommentiert. In § 40 Rdnr. 56 findet sich die erfreulich deutliche Aussage, ausländischen Notaren fehle die Pflicht und als Kehrseite davon auch die Befugnis, kraft Amtes eine Gesellschafterliste für eine deutsche GmbH zu erstellen. Die Ausführungen zur „Mitwirkung des Notars“ i. S. v. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nehmen breiten Raum ein und kommen zu

klaren und umfangreich begründeten bzw. belegten Ergebnissen – gleichwohl muss man hier wohl nicht in jedem Punkt gleicher Auffassung sein (so wird in Rdnr. 65 etwa vertreten, eine Mitwirkung i. S. v. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG liege auch vor, wenn der Notar lediglich eine Unterschrift unter einem nicht von ihm selbst entworfenen Text beglaubige). Offenbar aufgrund des Redaktionsschlusses nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Entscheidung des OLG Hamm vom 1.12.2009, 15 W 304/09, DNotZ 2010, 214, wonach der Rechtsbegriff „Mitwirkung“ grundsätzlich auch die mittelbare Beteiligung des Notars an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung erfasst und in der das Gericht die Frage letztlich offen lässt, ob eine Einreichungspflicht des Notars in solchen Konstellationen nicht auf die Fälle beschränkt werden muss, in denen es sich um für den Notar erkennbare Änderungen handelt. *Paefgen* (§ 40 Rdnr. 67) verneint explizit eine Pflicht des Notars, etwa im Falle einer Verschmelzung das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers daraufhin zu überprüfen, ob es GmbH-Anteile enthält und bejaht eine Einreichungspflicht letztlich nur für die Fälle, in denen der Notar etwa die von einer Gesamtrechtsnachfolge erfassten GmbH-Anteile ohne weitere Nachforschungen identifizieren kann (z. B. bei einer Spaltung wegen § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG).

Insgesamt gibt der „Ergänzungsband MoMiG“ fundierte Lösungsvorschläge zu nahezu allen denkbaren Problemen der durch das MoMiG reformierten Vorschriften des GmbHG. Nur an wenigen Stellen hätte man sich von einem Großkommentar ausführlichere Stellungnahmen gewünscht. Etwa hätten im Rahmen der Frage „Schutz des Ersterwerbers eines Geschäftsanteils vor gutgläubigem Zweiterwerb“ Alternativgestaltungen zur doch recht aufwendigen und in § 16 Rdnr. 186 empfohlenen „Widerspruchslösung“ eine nähere Erörterung verdient (nur kurz angerissen wird insoweit in Rdnr. 189 z. B. die von *Reymann* in GmbHR 2009, 343 vorgeschlagene satzungsmäßige Vinkulierungsklausel, während andere Lösungsvorschläge wie etwa die „vertragliche Doppelbedingung“ [vgl. *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037] gänzlich außen vor bleiben). Auch die Frage der Anwendbarkeit des § 19 Abs. 5 GmbHG auf Fälle des „Hin- und Herleistens von Sacheinlagen“ wird nur am Rande gestreift, wenn in § 19 Rdnr. 97 davon die Rede ist, § 19 Abs. 5 GmbHG sei unzweifelhaft auch auf die UG anwendbar, „da es bei Abs. 5 gerade nicht um Sacheinlagen, sondern stets um Bareinlagen geht“; in der Literatur gibt es insoweit durchaus auch gegenteilige Stimmen, vgl. z. B. *Wicke*, GmbHG, 1. Aufl., § 19 Rdnr. 34.

Fazit: Benutzern der Bände 1 bis 3 des „Großkommentars“ von *Ulmer/Habersack/Winter* kann die Anschaffung des Ergänzungsbands zum MoMiG uneingeschränkt empfohlen werden. Aber auch isoliert betrachtet bietet er eine aus sich heraus verständliche und fundierte Darstellung der durch das MoMiG neu gefassten Bereiche des GmbHG und eignet sich zur Ergänzung der eigenen Bibliothek.

Notarassessor *Achim Färber*, München

Große-Wilde/Quart: Deutscher Erbrechtskommentar. 2. Aufl., Heymanns, 2010. 1 309 S., 128 €

Es mag überraschen, die 2. Auflage eines Kommentars mit anspruchsvollem Titel und beachtlichem Umfang zu rezensieren, der zumindest unter diesen Herausgebern bislang nicht bekannt war. Grund dafür ist, dass das erstmals im Jahr 2003 verlegte Werk von der Deutschen Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften herausgegeben wurde, deren Präsidenten nun persönlich genannt werden. Das aus renommierten (Fach-)Anwälten bestehende Autorenteam umfasst 15 Personen, was zwangsläufig zu einer unterschiedlich tiefen Bearbeitung und manchen Doppelungen führt. Die 2. Auflage bot jedoch Gelegenheit, Umfang und Aufbau der einzelnen Beiträge weiter aneinander anzupassen. Das Konzept blieb dabei grundsätzlich gleich: Die klassische Kommentierung, deren Schwerpunkt eher auf einer guten Lesbarkeit und dem praktischen „Ersteinstieg“ und nicht auf der Vertiefung wissenschaftlicher Streitpunkte liegt, wird jeweils ergänzt um einen „Praxisteil“. Dieser umfasst je nach Bedarf Checklisten, Tabellen, Beratungshinweise (die manchmal aber leider nur wiederholen, was zuvor schon kommentiert wurde), Schriftsatz- und Klageformulierungen oder Muster für letztwillige Verfügungen. Letztere sind ganz überwiegend sachgerecht und praxisbezogen, wobei aber z. B. unverständlich bleibt, wie ein Testamentvollstrecker zum echten Schiedsrichter über Streitigkeiten mit sich selbst berufen werden kann (§ 2203 Rdnr. 24). Da sich aber die Formulierungsvorschläge an die Paragraphen-Reihenfolge des Kommentars halten müssen und keinem thematischen Aufbau folgen können, wird das Buch trotz des ordentlichen Stichwortverzeichnisses wohl kaum den typischen erbrechtlichen Formularbüchern Konkurrenz machen können.

Als Stand der Bearbeitung wird April 2010 angegeben, so dass das FamFG und die Erbrechtsreform berücksichtigt sind. Umso überraschender wirkt dann aber die Kommentierung, die zunächst immer die alten Erbrechtsnormen behandelt und jeweils nur in einem angehängten Abschnitt – bzw. bei § 2057 a BGB sogar nur in der Fußnote – die neue Rechtslage erwähnt (meistens auch nur mit sehr knappen Hinweisen bzw. Zitaten aus der amtlichen Begründung). Dies mag im Hinblick darauf, dass Rechtsanwälte noch längere Zeit mit Streitfällen zu tun haben, die sich aus Erbfällen vor dem Jahreswechsel 2009/2010 ergeben, begründbar sein, lässt das Buch aber zugleich veraltet erscheinen. Ärgerlich ist zudem, dass offensichtlich nicht in allen Teilen die Aktualisierung auf die 2. Auflage mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen wurde. So wird z. B. bei der Erbschaftsausschlagung durchweg von Vormundschaftsgericht gesprochen und die neue örtliche Sonderzuständigkeit für die Entgegennahme einer Erbschaftsausschlagung in § 344 Abs. 7 FamFG bleibt unerwähnt. Sogar der abgedruckte Gesetzestext in § 1962 BGB enthält noch nicht die geänderte Bezugnahme auf das Familien- und Betreuungsgericht! Leider gehen auch immer wieder Randnummernverweise ins Leere, Paragraphen und Namen werden falsch zitiert (so wird z. B. im Haupttext in § 2101 Rdnr. 36 der im Erbrecht nicht ganz unbekanntes Notar *J. Mayer* mit „i“ geschrieben) und Abschnittüberschriften erscheinen im falschen Schriftbild mitten im Fließtext. Dies trübt leider die gute und hochwertige Aufmachung des Buches, wie man sie vom Carl Heymanns Verlag gewohnt ist.

Laut Vorwort konzentriert sich das Werk auf die Beratung nach dem Erbfall. Hier kann es mit manch hilfreichen Hinweisen und Mustern punkten. Für die notarielle Tätigkeit wird man es angesichts der fast schon unüberschaubaren Fülle der Literatur seltener benötigen.

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Mayer/Bonefeld: Testamentvollstreckung. 3. Aufl., Zerb, 2010. 774 S., 98 € + CD-ROM

Testamentvollstreckungen sind in der Praxis häufiger anzutreffen, als dies früher der Fall war. Dies hängt mit der gestiegenen Größe der Nachlässe wie auch mit der Komplexität der zu lösenden Probleme zusammen. Der gestiegenen Bedeutung des Testamentvollstreckerrechtes entspricht die Zahl der hierzu ergangenen Veröffentlichungen. Bis zum Jahre 1994 gab es nur ein einziges Handbuch zum Testamentvollstreckerrecht, nämlich das von *Haegle* im Jahre 1953 begründete, von *Winkler* fortgeführte und nunmehr in der 20. Auflage 2010 vorliegende Handbuch „Der Testamentvollstrecker“. Im Jahre 1994 kam das von *Bengel* und *Reimann* herausgegebene „Handbuch der Testamentvollstreckung“ hinzu. Im Jahre 2000 erschien erstmals das hier zu besprechende Handbuch „Testamentvollstreckung“. In rascher Folge kamen auf den Markt: *Walter Zimmermann* „Die Testamentvollstreckung“ (1. Auflage 2001, jetzt 3. Auflage 2008), *Rott/Kornau/Rainer Zimmermann* „Testamentvollstreckung“ (2008) und *Schwarz* „Testamentvollstreckung“ (2010). Das interessierte Publikum hat also ein reichhaltiges Angebot zur Auswahl.

Die 3. Auflage des Handbuchs *Mayer/Bonefeld*, Testamentvollstreckung, wurde bearbeitet von den beiden Herausgebern Notar Dr. *Jörg Mayer* und Rechtsanwalt Dr. *Michael Bonefeld* sowie von Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Notar Dr. *Dietmar*

Weidlich und Rechtsanwältin und Steuerberaterin Dr. *Anja Vassel-Knauf*. Der 1. Teil steht unter dem Titel „Einführung in das erforderliche Wissen“, der 2. Teil behandelt die praktische Tätigkeit des Testamentvollstreckers anhand von Beispielen und Formulierungsvorschlägen, der 3. Teil die Testamentvollstreckung im Steuerrecht.

Jörg Mayer stellt vorab die testamentvollstreckerrelevanten Neuregelungen, die durch das FamFG und die Erbrechtsreform bedingt sind, vor. Die Erbrechtsreform hat lediglich § 2204 BGB geändert, wonach der Testamentvollstrecker bei der Auseinandersetzung des Nachlasses auch die Ausgleichspflicht bei besonderen Leistungen eines Abkömmlings nach § 2057 a BGB zu berücksichtigen hat. Indirekt wirkt sich die Neuregelung des § 2306 BGB auf Testamentvollstreckungsanordnungen aus: Unabhängig von der Erbquote kann der Erbe die Erbschaft immer dann ausschlagen, wenn er mit Testamentvollstreckung belastet ist; den automatischen Wegfall der Testamentvollstreckeranordnung gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., wenn der Erbteil die Pflichtquote nicht überschreitet, gibt es nicht mehr, der Erbe muss sich also jetzt entscheiden, ob er die Erbschaft mit der Testamentvollstreckerbeschwerung annimmt oder die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Bei der Rechtsstellung des Testamentvollstreckers sind vor allem die Ausführungen *Jörg Mayers* zum Ende der Testamentvollstreckung interessant. Die Hohenzollern-Entscheidung des BGH vom 5.12.2007 (MittBayNot 2008, 301) wird dargestellt und kom-

mentiert, ebenso die Folgeentscheidung des Kammergerichtes vom 14.7.2008 (ZEV 2008, 528) über die Wirksamkeit der Ernennung von Ersatztestamentsvollstreckern. Nach der vom BGH vertretenen Amtstheorie bleibt die Verwaltungsvollstreckung nur dann über die 30-Jahres-Frist des § 2210 BGB hinaus bestehen, wenn der letzte Testamentsvollstrecker innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ins Amt gelangt war. Ob es wegen des problematischen Leitsatzes der BGH-Entscheidung tatsächlich die Möglichkeit gibt, die Testamentsvollstreckung durch die „Vorratsernennung“ zu verlängern, ist bei näherer Lektüre der Entscheidungsgründe („der bei Ablauf der 30-Jahres-Frist ... im Amt war“) allerdings zu bezweifeln.

Bonefeld gibt zahlreiche praktische Hinweise zur Abwicklung der Testamentsvollstreckung, insbesondere in § 30 für Kündigungen, die vom Testamentsvollstrecker auszusprechen sind, Mitteilungen und Anfragen durch diesen. Es geht dabei weniger um Rechtsfragen als um eher profane Probleme, die aber praktisch relevant sind, wie etwa die Kündigung des Mietverhältnisses des Verstorbenen, von Versorgungsverträgen, von Dauerschuldverhältnissen, von Versicherungsverträgen, von Zeitschriften und Zeitungsabonnements usw. Der Praktiker wird die Ausführungen von *Bonefeld* dankbar begrüßen, auch die Hinweise zur Kontaktaufnahme mit den Erben und zur weiteren Korrespondenz, insbesondere mit dem Nachlassgericht. In einer gewissen Konkurrenz stehen die Ausführungen von *Bonefeld* in § 41 zur „Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes“ mit denjenigen von *Jörg Mayer* in § 13 über die „Beendigung der Testamentsvollstreckung“. Dies ist aber kein Schaden, behandelt doch *Bonefeld* mehr die Kündigung durch den Testamentsvollstrecker, die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch, die Rückgabe des Testamentsvollstreckerzeugnisses und die einvernehmliche Kündigung des Testamentsvollstreckers. Offen bleibt, wie sich im letztgenannten Fall § 2200 BGB auswirkt. Die einvernehmliche Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes scheitert häufig daran, dass das Testament des Erblassers ein konkludentes Ersuchen an das Nachlassgericht enthält, einen

Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen; dann erweist sich die gesamte mühsame Konstruktion als nicht zielführend. Hilfreich ist es, wenn vorab mit dem Nachlassgericht darüber Einvernehmen erzielt wird, ob dieses sein Ermessen nach § 2200 BGB ausübt oder nicht. Weniger für den Kautelarjuristen als für den streitigen Juristen interessant sind die Ausführungen von *Bonefeld* in § 44 über die anwaltlichen Angriffsstrategien gegen den Testamentsvollstrecker und die Verteidigungsstrategien des Testamentsvollstreckers. Da es häufig um größere Werte geht, wird oftmals von den Erben mit anwaltschaftlicher Unterstützung der Versuch unternommen, den Testamentsvollstrecker „wegzumobben“. Die Ausführungen von *Bonefeld* werfen hierauf ein bezeichnendes Schlaglicht, für den Kautelarjuristen sind sie ein Menetekel zu erhöhter Vorsicht bei der Formulierung der Testamentsvollstreckeranordnung.

Die Ausführungen von *Mayer* und *Bonefeld* werden ergänzt durch *Weidlich* mit seinem Beitrag in § 19 über die Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich. *Weidlich* gibt einen prägnanten Überblick über die Testamentsvollstreckung bei den unterschiedlichen Unternehmensformen im Personen- und Gesellschaftsrecht. Das Handbuch wird abgerundet durch die Ausführungen von *Wälzholz* und *Vassel-Knauf* über die steuerrechtlichen Dimensionen der Testamentsvollstreckung. In § 45 wird der Frage nachgegangen, wie die Vergütung des Testamentsvollstreckers steuerrechtlich zu handhaben ist (Einkommensteuer, Erbschaftsteuer, Umsatzsteuer). Die steuerlichen Folgen der Testamentsvollstreckung werden in § 46 praxisnah mit zahlreichen tabellarischen Übersichten dargestellt.

Das Handbuch *Mayer/Bonefeld*, Die Testamentsvollstreckung, ist für die Praxis eine willkommene Hilfe. Es besticht einerseits durch juristische Akribie, andererseits durch seinen Bezug zur täglichen Arbeit desjenigen Juristen, der mit Testamentsvollstreckungen zu tun hat. Man kann voraussagen, dass auch die 3. Auflage vom Publikum aufgenommen wird.

Notar a. D. Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

RECHTSPRECHUNG

Strafrecht

1. StGB §§ 212, 216, 13; BGB §§ 1901 a ff. (*Abbruch lebenserhaltender Behandlung auf Grundlage des Patientenwillens*)

1. **Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901 a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.**
2. **Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.**
3. **Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.**

BGH, Urteil vom 25.6.2010, 2 StR 454/09

Das LG hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Der Angeklagte verfolgt mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision die Aufhebung des Urteils und seine Freisprechung. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrer auf die Sachrüge gestützten, zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision die Strafzumessung. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat in vollem Umfang Erfolg, das der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

Das LG hat folgende Feststellungen getroffen:

Der Angeklagte ist ein für den Fachbereich des Medizinrechts, insbesondere auf Palliativmedizin spezialisierter Rechtsanwalt. Er beriet seit 2006 die beiden Kinder der 1931 geborenen E. K., nämlich die ursprünglich Mitangeklagte G. und deren inzwischen verstorbenen Bruder P. K.

Frau K. lag seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie war seither nicht ansprechbar und wurde in einem Altenheim in B. H. gepflegt und über einen Zugang in der Bauchdecke, eine sog. PEG-Sonde, künstlich ernährt. Frau K., der nach einer Fraktur im Jahr 2006 der linke Arm amputiert worden war, war im Dezember 2007 bei einer Größe von 1,59 m auf ein Gewicht von 40 kg abgemagert. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands war nicht mehr zu erwarten.

Nachdem schon ihr Vater im Jahr 2002 eine Hirnblutung ohne schwerwiegende gesundheitliche Folgen erlitten hatte, hatte Frau G. ihre Mutter Ende September 2002 befragt, wie sie und ihr Bruder sich verhalten sollten, falls Frau K. etwas zustoßen sollte. Diese hatte darauf u. a. erwidert, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche „Schläuche“ angeschlossen werden.

Zunächst war für Frau K. deren Ehemann als Betreuer bestellt und später zu dessen Unterstützung eine Berufsbetreuung eingerichtet worden. Die Berufsbetreuerin nahm seit Ende 2005 die Betreuung allein wahr, nachdem der Ehemann der Betreuten verstorben war. Frau G. teilte der Berufsbetreuerin im März 2006 mit, dass sie und ihr Bruder den Wunsch hätten, dass die Magensonde entfernt würde, damit ihre Mutter in Würde sterben könne. Hierbei berichtete Frau G. auch von dem mit ihrer Mutter im September 2002 geführten Gespräch, dessen Inhalt diese trotz der Bitte der Tochter, die Angelegenheit mit ihrem Ehemann zu besprechen und sodann schriftlich zu fixieren, nicht schriftlich niedergelegt hatte. Die Berufsbetreuerin lehnte die Entfernung der Magensonde unter Hinweis auf den ihr nicht bekannten mutmaßlichen Willen der Betreuten ab und blieb auch auf mehrere Interventionen des inzwischen mandatierten Angeklagten bei ihrer Ablehnung.

Der Angeklagte bemühte sich in der Folgezeit zusammen mit Frau G. und deren Bruder um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Auf seinen Antrag wurden beide Kinder im August 2007 zu Betreuern ihrer Mutter bestellt. Der behandelnde Hausarzt unterstützte das Vorhaben der Betreuer, weil aus seiner Sicht eine medizinische Indikation zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung nicht mehr gegeben war. Die Bemühungen stießen aber auf Widerstand bei Heimleitung und -personal. Nachdem auch eine ausdrückliche Anordnung des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung vom Pflegepersonal nicht befolgt worden war, schlug die Heimleiterin schließlich einen Kompromiss vor. Um den moralischen Vorstellungen aller Beteiligten gerecht zu werden, sollte sich das Personal nur noch um die Pflegetätigkeiten im engeren Sinn kümmern, während Frau G. und Herr K. selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nach Rücksprache mit dem Angeklagten erklärten sich Frau G. und Herr K. hiermit einverstanden.

Demgemäß beendete Frau G. am 20.12.2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde und begann, auch die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren. Am nächsten Tag wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Frau G. und Herrn K. wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollten. Darauf erteilte der Angeklagte ihnen am gleichen Tag telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen, so dass Frau K. würde sterben können. Frau G. folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Pflegepersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hatte, wurde Frau K. auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort am 5.1.2008 eines natürlichen Todes aufgrund ihrer Erkrankungen.

Das LG hat das Handeln des Angeklagten am 21.12.2007 als einen gemeinschaftlich mit Frau G. begangenen versuchten Totschlag durch aktives Tun gewürdigt, der weder durch eine mutmaßliche Einwilligung der Frau K. noch nach den Grundsätzen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes gerechtfertigt sei. Auch auf einen entschuldigenden Notstand könne sich der Angeklagte nicht berufen. Soweit er sich im Erlaubnisirrtum befunden habe, sei dieser für ihn als einschlägig spezialisierten Rechtsanwalt vermeidbar gewesen.

Die Mitangeklagte G. hat das LG freigesprochen, weil sie sich angesichts des Rechtsrats des Angeklagten in einem unvermeidbaren Erlaubnisirrtum befunden und deshalb ohne Schuld gehandelt habe.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und zum Freispruch des Angeklagten. Die Annahme des LG, das Verhalten des Angeklagten P. und das ihm nach § 25 Abs. 2 StGB zurechenbare, auf seinen Rat hin erfolgte Durchtrennen des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde durch die frühere Mitangeklagte G. seien als versuchter Totschlag weder durch Einwilligung noch aufgrund des Eingreifens sonstiger Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt, hält im Ergebnis rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Eine ausdrückliche rechtliche Würdigung des Geschehens, welches den der Verurteilung zugrunde gelegten Tathandlungen vorausging, hat das LG nicht vorgenommen. Seine Ansicht, dass die vom Heimbetreiber beabsichtigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung gegen den Willen der Betreuer und des behandelnden Arztes ein rechtswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen

gewesen wäre, setzt jedoch voraus, dass die vorausgehende Beendigung der Ernährung rechtmäßig war. Davon ist das LG im Ergebnis zutreffend ausgegangen.

a) Bereits mit Urteil vom 13.9.1994 (BGHSt 40, 257, 261) hat der 1. Strafsenat des BGH über einen Fall des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei einer irreversibel schwerst hirngeschädigten, entscheidungsunfähigen Patientin im Zusammenwirken von deren zum Pfleger bestellten Sohn und dem behandelnden Arzt entschieden. Da die Grunderkrankung – wie im vorliegenden Fall – noch keinen unmittelbar zum Tod führenden Verlauf genommen hatte, lag, wie der 1. Strafsenat festgestellt hat, kein Fall der sogenannten „passiven Sterbehilfe“ nach den Kriterien der damaligen „Richtlinien für die Sterbehilfe“ der Deutschen Ärztekammer vor (vgl. Deutsches Ärzteblatt 1993 B-1791 f.). Gleichwohl hat der BGH erkannt, „dass angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalls ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen (sei), sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf“ (BGHSt 40, 257, 262).

In seinem Beschluss vom 17.3.2003 (BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588), der den Fall eines an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten betraf, hat der XII. Zivilsenat des BGH allerdings entschieden, das Unterlassen lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen bei einem einwilligungsunfähigen Patienten setze voraus, dass dies dessen tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen entspreche und dass die Grunderkrankung einen „irreversibel tödlichen Verlauf“ angenommen habe. Hieraus ist in der Literatur vielfach abgeleitet worden, zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH bestehe in der Frage der Zulässigkeit sogenannter „passiver Sterbehilfe“ eine Divergenz (vgl. etwa *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884, 885 ff.; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821; *Otto*, NJW 2006, 2217, 2218 f.; *Saliger*, MedR 2004, 237, 240 f.; *Sternberg-Lieben* in FS Eser, 2005, S. 1185, 1198 ff.; *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 43 ff.). Diese Ansicht bestand auch fort, nachdem der XII. Zivilsenat in einem Kostenbeschluss vom 8.6.2005 (XII ZR 177/03, BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385) entschieden hatte, ein Heimbetreiber sei zur Fortsetzung einer künstlichen Ernährung bei einem entscheidungsunfähigen, an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten gegen dessen durch den Betreuer verbindlich geäußerten Willen nicht berechtigt und das Vormundschaftsgericht zu einer Entscheidung nicht berufen, wenn Betreuer und Arzt sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung entschieden hatten; der Eintritt in eine mutmaßlich unmittelbar zum Tod führende Phase der Grunderkrankung war danach nicht vorausgesetzt.

Die hierdurch in der öffentlichen Wahrnehmung entstandene Unsicherheit über Voraussetzungen und Reichweite der Erlaubnis, eine lebenserhaltende medizinische Behandlung aufgrund des Patientenwillens zu beenden, ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl I, S. 2286) jedenfalls insoweit beseitigt worden (näher dazu unten), als es nach § 1901 a Abs. 3 BGB nicht (mehr) auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt.

b) Allerdings war, wie das LG im Ergebnis zutreffend erkannt hat, die Beendigung der künstlichen Ernährung durch Unterlassen bzw. Reduzierung der Zufuhr kalorienhaltiger Flüssigkeit durch die frühere Mitangeklagte und ihren Bruder schon auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts zulässig, denn die anerkannten Voraussetzungen für einen

rechtmäßigen Behandlungsabbruch durch sogenannte „passive Sterbehilfe“ lagen vor. Dabei kam es hier nicht auf einen – im Einzelfall möglicherweise schwer feststellbaren (vgl. BGHSt 40, 257, 260 f.) – mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Willen zweifelsfrei festgestellt war. Zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.

c) Rechtsfehlerfrei hat das LG daher angenommen, dass die von der Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dargestellt hätte. Nach der schon zur Tatzeit ganz herrschenden Rechtsauffassung verliehen weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (vgl. BGHZ 163, 195, 200; *Dirksen*, GesR 2004, 124, 128; *Höfling*, JZ 2006, 145, 146; *Hufen*, NJW 2001, 849, 853; *ders.*, ZRP 2003, 248, 252; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821, 829; *Lipp*, FamRZ 2004, 317, 324; *Müller*, DNotZ 2005, 927, 928 f.; *Sternberg-Lieben* in FS Eser, 2005, S. 1185, 1203; *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710, 1711 f.; *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 41 ff.; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669, 670 f.; anders noch OLG München, NJW 2003, 1743, 1745; LG Traunstein, NJW-RR 2003, 221, 224).

2. Zutreffend hat das LG die Frage verneint, ob die der Verurteilung zugrunde gelegten Handlungen des Angeklagten und der früheren Mitangeklagten, mit denen die rechtswidrige Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung und der hierin liegende Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden sollten, schon nach den Regeln der Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt waren. Zwar lag, wie sich aus Vorstehendem ergibt, eine Notwehrlage i. S. v. § 32 StGB vor, welche den Angeklagten und die Betreuerin zur Nothilfe gemäß § 32 Abs. 2 StGB berechtigt hätte. Die Verteidigungshandlungen richteten sich hier aber nicht oder nicht allein gegen Rechtsgüter des Angreifers (Sachbeschädigung durch Zerschneiden des Schlauchs), sondern vor allem gegen ein höchstrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst. Der Eingriff in das Rechtsgut Leben der angegriffenen Person kann aber ersichtlich nicht durch Nothilfe gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person gerechtfertigt sein. Er bedurfte als selbständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfelage unabhängigen Legitimation.

Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gemäß § 34 StGB scheidet, wie das LG im Ergebnis zutreffend gesehen hat, vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchstrangige Rechtsgut (Leben) derjenigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) i. S. v. § 34 StGB drohte (a. A. *Otto*, Gutachten zum 56. DJT, 1986, D 44 ff.; *Merkel*, ZStW 107 (1995), 454, 570 f.; *ders.*, Früheuthanasie, 2000, S. 523 ff.; *Neumann* in NK-StGB, vor § 211 Rdnr. 127; *H. Schneider* in MünchKomm/StGB, vor §§ 211 ff. Rdnr. 111 f.; *Chr. Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung,

1998, 242 ff.). Eine Entschuldigung gemäß § 35 StGB oder aus dem Gesichtspunkt des „übergesetzlichen“ Notstands scheidet ebenfalls aus.

3. Eine Rechtfertigung für die Tötungshandlung konnte sich daher hier allein aus dem von den Kindern der Frau K. als deren Betreuern geltend gemachten Willen der Betroffenen, also ihrer Einwilligung ergeben, die künstliche Ernährung abbrechen und ihre Fortsetzung oder Wiederaufnahme zu unterlassen.

Im Unterschied zu den bislang vom BGH entschiedenen Fällen weist der vorliegende die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der früheren Mitangeklagten, die dem Angeklagten vom LG rechtsfehlerfrei als eigene Handlung gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet worden ist, nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als aktives Tun anzusehen ist. Für diesen Fall ist eine Rechtfertigung direkt lebensbeendender Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der „Sterbehilfe“ von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt worden. Hieran hält der Senat, auch im Hinblick auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl I, S. 2286) geänderte zivilrechtliche Rechtslage, nicht fest.

a) Der Gesetzgeber hat den betreuungsrechtlichen Rahmen einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung durch Gesetz vom 29.7.2009 – sog. Patientenverfügungsgesetz – (BGBl I, S. 2286) festgelegt. Das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz hatte vor allem auch zum Ziel, Rechts- und Verhaltenssicherheit zu schaffen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13314, S. 3 f. und 7 f.). Maßstäbe für die gesetzliche Neuordnung waren zum einen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Person, welches das Recht zur Ablehnung medizinischer Behandlungen und ggf. auch lebensverlängernder Maßnahmen ohne Rücksicht auf ihre Erforderlichkeit einschließt, zum anderen der ebenfalls von der Verfassung gebotene Schutz des menschlichen Lebens, der unter anderem in den strafrechtlichen Normen der §§ 212, 216 StGB seinen Ausdruck findet.

In Abwägung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes nach umfassenden Beratungen und Anhörungen unter Einbeziehung einer Vielzahl von Erkenntnissen und Meinungen unterschiedlichster Art entschieden, dass der tatsächliche oder mutmaßliche, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung verbindlich sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll (§ 1901 a Abs. 3 BGB; vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 16/8442, S. 11 f.; *Palandt/Diederichsen*, 69. Aufl., § 1901 a Rdnr. 16 ff. u. 29). Eine betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit für Entscheidungen über die Vornahme, das Unterlassen oder den Abbruch medizinischer Maßnahmen ist auf Fälle von Meinungsdivergenzen zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem über den Willen des nicht selbst äußerungsfähigen Patienten oder über die medizinische Indikation von Maßnahmen beschränkt (§ 1904 Abs. 2 und 4 BGB). Die Regelungen der §§ 1901 a ff. BGB enthalten zudem betreuungsrechtliche Verfahrensregeln zur Ermittlung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Betreuten (vgl. dazu *Palandt/Diederichsen*, a. a. O. Rdnr. 4 ff. u. 21 ff.; *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, 326; *Höfling*, NJW 2009, 2849, 2850 f.).

b) Diese Neuregelung entfaltet auch für das Strafrecht Wirkung. Allerdings bleiben die Regelungen der §§ 212, 216 StGB von den Vorschriften des Betreuungsrechts unberührt, welche schon nach ihrem Wortlaut eine Vielzahl weit darüber hinausreichender Fallgestaltungen betreffen und auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht etwa strafrechtsspezifische Regeln für die Abgrenzung erlaubter Sterbehilfe von verbotener Tötung enthalten (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 7 f. u. 9). Im Übrigen ergibt sich schon aus dem grundsätzlich schrankenlosen und die unterschiedlichsten betreuungsrechtlichen Fallgestaltungen erfassenden Wortlaut des § 1901 a BGB selbst, dass die Frage einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechtsakzesorisches Problem behandelt werden kann. Wo die Grenze einer rechtfertigenden Einwilligung verläuft und der Bereich strafbarer Tötung auf Verlangen beginnt, ist, ebenso wie die Frage nach der Reichweite einer eine Körperverletzung rechtfertigenden Einwilligung (§ 228 StGB), eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist (ebenso *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 34 ff. und 57 ff.; vgl. auch AE-Sterbebegleitung, GA 2005, 533, 564; a. A. *Lipp*, FamRZ 2004, 317; *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280, 284; offengelassen für das frühere Betreuungsrecht von *Bernsmann*, ZRP 1996, 87, 90). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Grenze durch die Regelungen der §§ 1901 a ff. BGB nicht verschoben werden (BT-Drucks. 16/8442, S. 9). Die §§ 1901 a ff. BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung (vgl. *Reus*, JZ 2010, 80, 83 f.) bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.

4. Das LG hat eine Rechtfertigung des Angeklagten und der Mittäterin durch Einwilligung der betroffenen Patientin abgelehnt, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen einer nach bisherigem Recht zulässigen sogenannten passiven Sterbehilfe durch Unterlassen der weiteren künstlichen Ernährung nicht vorgelegen haben; es hat das Durchtrennen des Schlauchs der PEG-Sonde als aktives Handeln gewertet und deshalb der Einwilligung der Patientin eine rechtfertigende Wirkung abgesprochen.

a) Diese Ansicht entspricht der bisher in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, wonach zwischen (unter bestimmten Bedingungen) erlaubter „passiver“ und „indirekter“ sowie stets verbotener „aktiver“ Sterbehilfe zu unterscheiden sei (vgl. hierzu allgemein *Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., Vorbem. §§ 211 ff. Rdnr. 21 ff.; *Fischer*, StGB, 57. Aufl., vor §§ 211–216 Rdnr. 16 ff.; *Otto*, NJW 2006, 2214 ff.; *Roxin* in *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., S. 83 ff.; *Chr. Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1998, 33 ff.; *H. Schneider* in *MünchKomm/StGB*, vor §§ 211 ff. Rdnr. 88 ff.; *Schöch* in *FS Hirsch*, 1999, S. 693 ff.; *Schreiber*, NSTZ 2006, 473, 474 ff.; *Schroth*, GA 2006, 549 ff.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis 4. Aufl. 2008, S. 336, Rdnr. 275 ff., alle m. w. N.; vgl. auch Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz vom 23.4.2004,

S. 64 ff.). Das bloße Einstellen künstlicher Ernährung ist danach schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als „passives“ Verhalten angesehen worden (BGHSt 40, 257, 265 f.; vgl. dazu auch *Coeppicus*, FPR 2007, 63; *Eser*, a. a. O., Rdnr. 27 ff.; *Fischer*, a. a. O., Rdnr. 19 ff.; Rdnr. 92 u. 104 ff.; *Helgerth*, JR 1995, 338, 339; *Kutzer*, NStZ 1994, 110, 113 f.; *ders.*, FPR 2007, 59, 62; *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545, 554; *H. Schneider*, a. a. O.; *Schöch*, NStZ 1995, 153, 154; *Schroth*, GA 2006, 549, 550 ff.; *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 13 ff. u. C 56 f.; *Vogel*, MDR 1995, 337, 338 f.; *Weigend* in LK, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 8; m. w. N.; grundlegend dazu schon *Geilen*, „Euthanasie“ und Selbstbestimmung, 1975, S. 22 ff.). Eine zulässige „passive Sterbehilfe“ setzt auf der Grundlage dieser Differenzierung nach bisher herrschender Meinung deshalb stets ein Unterlassen im Rechtssinn (§ 13 StGB) voraus; aktives Handeln im natürlichen Sinne soll danach stets als rechtswidriges Tötungsdelikt i. S. d. §§ 212, 216 StGB strafbar sein (vgl. *Helgerth*, JR 1995, 338, 339).

b) An diesem an den äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium für die Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält der Senat nicht fest.

aa) Die Rechtsprechung des BGH hat sich in der Vergangenheit selbst auch nicht durchgängig hieran orientiert, denn ein pflichtwidriges Unterlassen kann den Tatbestand des § 216 StGB ebenfalls erfüllen (BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371). Schon dies zeigt, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenen Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grundsätzlich wertungsmäßig, da es in § 13 Abs. 2 StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmilderung bereithält (vgl. *Kargl*, GA 1999, 459 ff.; *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 336). Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrundeliegende Lebenssachverhalt dies erfordert.

bb) Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden. Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein „normativ verstandenes Unterlassen“ – mit dem Ziel, dieses Verhalten als „passive Sterbehilfe“ rechtlich legitimieren zu können – ist in der Vergangenheit zu Recht auf Kritik gestoßen und als dogmatisch unzulässiger „Kunstgriff“ abgelehnt worden (vgl. etwa *Fischer*, StGB, 57. Aufl., vor §§ 211–216 Rdnr. 20; *Gropp* in GS Schlüchter, 2002, S. 173, 184; *Hirsch* in FS Lackner, 1987, S. 597, 605; *Kargl*, GA 1999, 459, 478 ff.).

Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein „Behandlungsabbruch“ erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfas-

sen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren (zum Begriff des „tätigen Behandlungsabbruchs“ vgl. schon *Jähnke* in LK-StGB, 11. Aufl., vor § 211 Rdnr. 18; ähnl. *Roxin* in Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., S. 94 f.; vgl. § 214 AE-Sterbehilfe 1986 und § 214 AE-Sterbebegleitung GA 2005, 552, 560 f. sowie Nr. II u. III der Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, Fassung 2004). Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht (so etwa *Eser* in Schönke/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl., vor § 211 Rdnr. 31 f.; *Roxin*, NStZ 1987, 345, 350; LG Ravensburg NStZ 1987, 229), die verhindert werden soll.

cc) Da eine Differenzierung nach aktivem und passivem Handeln nach äußerlichen Kriterien nicht geeignet ist, sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer eine Rechtfertigung des Handelns durch den auf das Unterlassen oder den Abbruch der medizinischen Behandlung gerichteten Willen des Patienten anzuerkennen ist, müssen andere Kriterien gelten, anhand derer diese Unterscheidung vorgenommen werden kann. Diese ergeben sich aus den Begriffen der „Sterbehilfe“ und des „Behandlungsabbruchs“ selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.

Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der „Sterbehilfe“ einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn. Vorsätzliche lebensbeendende Handlungen, die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen werden, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung dagegen von vornherein nicht zugänglich; dies ergibt sich ohne weiteres aus § 216 und § 228 StGB und den diesen Vorschriften zugrundeliegenden Wertungen unserer Rechtsordnung.

Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der sogenannten „indirekten Sterbehilfe“, die unter Inkaufnahme eines möglichen

vorzeitigen Todesintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen.

Das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt (vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Höfling*, JuS 2000, 111, 113; *Verrel*, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 64).

Eine solche Unterscheidung nach den dem Begriff des Behandlungsabbruchs immanenten Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person ist besser als die bisherige, dogmatisch fragwürdige und praktisch kaum durchführbare Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln geeignet, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter in der Abwägung Geltung zu verschaffen und für alle Beteiligten eine klare rechtliche Orientierung zu bieten.

Die tatbestandlichen Grenzen des § 216 StGB bleiben hierdurch unberührt. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, wonach Handlungen, die der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Untersagung ihrer Fortführung durch den betroffenen Patienten Rechnung tragen, von einer Tötung auf Verlangen i. S. d. § 216 StGB strikt zu unterscheiden sind (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 3, 7 f.).

dd) Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben (vgl. schon BGHSt 40, 257, 260 f.). Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht. Die Verfahrensregeln der §§ 1901 a ff. BGB, insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächtigtem und Arzt sowie ggf. die Mitwirkung des Betreuungsgerichts, sichern die Beachtung und Einhaltung dieser Maßstäbe.

c) Die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs ist nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln Dritter erfassen, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. Dies folgt schon daraus, dass sich ein Behandlungsabbruch in der Regel nicht in einzelnen Handlungen oder Unterlassungen erschöpft, sondern unter Umständen ein Bündel von meist palliativ-medizinischen Maßnahmen erfordert, die nicht notwendig vom behandelnden Arzt selbst vorgenommen werden müssen.

5. Ob der Senat mit der dargelegten Auslegung des § 216 StGB und der Inhaltsbestimmung des Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung im Rahmen der Sterbehilfe von früheren

tragenden Entscheidungen anderer Senate des BGH abweicht, kann dahinstehen, weil der Senat auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Regelung der §§ 1901 a ff. BGB zu entscheiden hatte; eine Anfrage gemäß § 132 Abs. 3 GVG war daher nicht geboten (vgl. BGHSt 44, 121, 124; BGH, NSTZ 2002, 160 f.). Wäre nach der Rechtslage vor dem 1.9.2009 das Handeln des Angeklagten nicht gerechtfertigt gewesen, so wäre die Rechtsänderung jedenfalls gemäß § 2 Abs. 3 StGB und § 354 a StPO zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

6. Der Angeklagte hat als von den Betreuern der Frau K. hinzugezogener und sie beratender Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuer selbst. Er war deshalb gemäß § 354 Abs. 1 StPO durch den Senat freizusprechen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *H. Schneider*, MittBayNot 2011, 102 (in diesem Heft).

Bürgerliches Recht

2. BGB §§ 107, 1643; WEG § 10 (*Erwerb einer Eigentumswohnung für Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft*)

Der (schenkweise) Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10

Mit notarieller Erklärung vom 11.5.1999 teilte die Beteiligte zu 1 ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf. Hierbei entstanden zwei Eigentumswohnungen, eine kleine mit einem Miteigentumsanteil von 280/1000 und eine große mit einem Miteigentumsanteil von 720/1000. Die große Wohnung übertrug sie dem Vater der Beteiligten zu 2. Mit notariellem Vertrag vom 16.3.2010 schenkte sie die kleine Wohnung der Beteiligten zu 2 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf ihren künftigen Pflichtteil und ließ sie ihr auf. In dem Schenkungsvertrag behielt sie sich ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung und den Rücktritt unter anderem für den Fall einer Veräußerung der Wohnung ohne ihre schriftliche Zustimmung und für den Fall einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten zu 2 vor. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden.

Das Grundbuchamt hat den Vollzug des Vertrags mit Zwischenverfügungen vom 31.3.2010 und vom 15.4.2010 von der Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des Familiengerichts abhängig gemacht. Die Beschwerde der Antragstellerinnen hat das OLG zurückgewiesen. Dagegen wenden sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Sie wollen erreichen, dass der Schenkungsvertrag ohne die verlangten Genehmigungen vollzogen wird.

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. Der Erwerb der Eigentumswohnung bedarf nach § 107 BGB der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters der Beteiligten zu 2, weil er für diese nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

a) Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet

wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGHZ 161, 170, 175 = MittBayNot 2005, 408). Ob diese weitergehenden Verpflichtungen von den Beteiligten des Rechtsgeschäfts angestrebt worden sind, ist unerheblich. Es genügt, wenn sie die gesetzliche Folge des angestrebten Rechtsgeschäfts sind (BGH, MittBayNot 2005, 408). Ob das der Fall ist, bestimmt sich entgegen der früheren, aufgegebenen Rechtsprechung des Senats (dazu Beschluss vom 9.7.1980, V ZB 16/79, BGHZ 78, 28, 35) nicht nach einer Gesamtbetrachtung des dinglichen und des schuldrechtlichen Teils des Rechtsgeschäfts, sondern nach einer isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts (BGH, MittBayNot 2005, 408, 410), hier also allein der Eigentumsübertragung.

b) Ob die Auflassung einer Eigentumswohnung in diesem Sinne für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wird unterschiedlich beurteilt.

aa) Nach herrschender Meinung ist der Erwerb einer Eigentumswohnung im Grundsatz lediglich rechtlich vorteilhaft (LG Saarbrücken, MittRhNotK 1990, 109, 110; *Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, 2. Aufl., § 107 Rdnr. 8; MünchKommBGB/Schmitt, 5. Aufl., § 107 Rdnr. 48 bei gg; *Palandt/Ellenberger*, 69. Aufl., § 107 Rdnr. 4; *PWW/Völzmann-Stickelbrock*, BGB, 5. Aufl., § 107 Rdnr. 9; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 107 Rdnr. 8; *Staudinger/Knothe*, Bearbeitung 2004, § 107 Rdnr. 13; *Bauer/v. Oefele/Schaub*, GBO, 2. Aufl., AT VII Rdnr. 230; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 432; wohl auch *Jahnke*, NJW 1977, 960, 961). Anders sei es nur, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerhebliche Verschärfungen zulasten des Minderjährigen vorsehe (BGHZ 78, 28, 32; BayObLGZ 1979, 243, 249), wenn ein Verwaltervertrag bestehe und der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung in diesen eintrete (OLG Celle, NJW 1976, 2214, 2215; OLG Hamm, NZM 2000, 1028, 1029; vgl. auch BayObLG, FGPrax 1998, 21, 22) oder wenn die Eigentumswohnung vermietet sei (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3610 m unter Hinweis auf BGHZ 162, 137, 140 = MittBayNot 2005, 413, die aber selbst die Gegenmeinung vertreten). Nach dieser Meinung wäre der Erwerb der Eigentumswohnung hier lediglich rechtlich vorteilhaft. Die Wohnung wird von der Beteiligten zu 1 genutzt. Diese ist als bisherige Eigentümerin Verwalterin. Sie könnte für die Fortführung der Verwaltung als Nießbraucherin keinen Aufwendungsersatz verlangen, da ein solcher in dem Schenkungsvertrag ausgeschlossen ist. In der Teilungserklärung ist zwar vereinbart, dass sämtliche Betriebskosten nach Miteigentumsanteilen zu tragen sind. Hiervon sind aber die verbrauchsabhängigen Kosten ausgenommen, so dass die Beteiligten zu 2 gegenüber der gesetzlichen Lastenverteilung nicht, jedenfalls nicht nennenswert schlechter gestellt ist.

bb) Nach der Gegenauffassung kommt es weder auf das Bestehen eines Verwaltervertrags noch auf den genauen Inhalt der Teilungserklärung an. Danach ist der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen stets als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen (OLG München, ZEV 2008, 246, 247; AK-BGB/Kohl, § 107 Rdnr. 23; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 60; *Köhler*, JZ 1983, 225, 230; *Schöner/Stöber*, a. a. O.; unklar *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., Abschnitt rechtsgeschäftliche Vollmacht und gesetzliche Vertretungsmacht Rdnr. 163 a. E.). Der Minderjährige werde mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur deren Eigentümer, sondern auch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Für deren Verbindlichkeiten hafte er, wenn auch beschränkt auf seinen Anteil, nicht nur mit dem geschenkten Gegenstand, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen.

cc) Der Senat hat bisher nur entschieden, dass der Erwerb einer Eigentumswohnung jedenfalls dann als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerheblich zu seinen Lasten abweicht (BGH, MittBayNot 1980, 194). Ob der Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen unabhängig hiervon nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil er durch den Erwerb Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft und für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat, hat er bislang offengelassen (BGH, a. a. O.).

c) Der Senat bejaht die Frage. Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für einen Minderjährigen stets nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Es kommt weder auf die Ausgestaltung der Teilungserklärung noch darauf an, ob bei Vollzug des Erwerbs ein Verwaltervertrag besteht oder ob die Eigentumswohnung vermietet ist.

aa) Zweifelhaft ist allerdings, ob sich das, wie das Beschwerdegerecht im Anschluss an das OLG München (MittBayNot 2008, 389) meint, schon aus den Befugnissen der Eigentümerversammlung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung durch Beschluss nach Maßgabe von § 16 Abs. 3 und 4 oder § 21 Abs. 7 WEG oder aus dem Umstand ableiten lässt, dass solche Änderungen der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch nicht eingetragen werden können. Diese Fragen brauchen hier aber nicht entschieden zu werden.

bb) Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für den Minderjährigen jedenfalls deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen Vermögensgegenstand erwirbt, sondern Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird. Die den Minderjährigen damit kraft Gesetzes treffenden persönlichen Verpflichtungen können nicht als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend angesehen werden, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten, was der Senat bei der mit dem Erwerb eines Grundstücks verbundenen Verpflichtung zur Tragung der öffentlichen Lasten angenommen hat (BGH, MittBayNot 2005, 408). Denn als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wäre der Minderjährige nach § 16 Abs. 2 WEG nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen. Er hätte vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Kosten können ein je nach dem Alter und dem Zustand des Gebäudes, in dem sich die Eigentumswohnung befindet, ganz erhebliches Ausmaß annehmen. Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet wäre, sich durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen zu beteiligen. Dass hier die andere Wohnung dem Vater der Beteiligten gehört und dieser bemüht sein wird, eine Inanspruchnahme seiner minderjährigen Tochter zu verhindern, ändert entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde an dieser Rechtslage nichts.

cc) Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Hs. 1 WEG infolge des Erwerbs der Eigentumswohnung kraft Gesetzes den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft für Verbindlichkeiten haftet, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder während dieses Zeitraums fällig werden. Die Haftung ist zwar der Höhe nach auf einen Betrag begrenzt, der seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang haftet der Minderjährige aber,

worauf das Berufungsgericht mit Recht abgestellt hat, nicht nur mit der ihm geschenkten Eigentumswohnung, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen (OLG München, MittBayNot 2008, 389). Es liegt nicht anders als bei einem Minderjährigen, dem ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück geschenkt werden soll. Auch dessen Erwerb ist für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb des Grundstücks nach § 566 Abs. 1, § 581 Abs. 2 und § 593 b BGB kraft Gesetzes als Vermieter bzw. Verpächter in das Miet- oder Pachtverhältnis eintritt und als Folge davon die den Vermieter bzw. Verpächter treffenden Verpflichtungen auch unter Einsatz seines übrigen Vermögens zu erfüllen hat (BGHZ 162, 137, 140).

Dieser Nachteil entfällt hier – wie im Fall der Vermietung oder Verpachtung (Senat a. a. O.) – nicht deshalb, weil sich die Beteiligte zu 1 einen lebenslangen Nießbrauch an der Eigentumswohnung vorbehalten hat. Der Nießbrauch würde zwar nach § 5 des Schenkungsvertrages dazu führen, dass die Beteiligte zu 1 im Innenverhältnis der Beteiligten untereinander die Kosten der gewöhnlichen Unterhaltung allein zu tragen hätte. Das entlastet die Beteiligte zu 2 im Außenverhältnis zu ihren Gläubigern aber nicht, da die gesetzliche Haftung nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Hs. 1 WEG nur durch eine Vereinbarung mit dem begünstigten Gläubiger geändert werden könnte (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rdnr. 304). Im Übrigen endete die Entlastung im Innenverhältnis auch mit dem Ende des Nießbrauchs (zu diesem Gesichtspunkt BGH, MittBayNot 2005, 413, 415).

d) Der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen ist mithin in jedem Fall nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Er bedarf nach § 107 BGB der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter. Diese Entscheidung können im vorliegenden Fall aber nicht die Eltern der Beteiligten zu 2 treffen, weil ein Elternteil mit der Beteiligten zu 1 in gerader Linie verwandt und das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (zu diesem Erfordernis: BGH, NJW 1975, 1885, 1886) und deshalb beide Elternteile (dazu BGH, NJW 1972, 1708) nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung gehindert sind. Das macht die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB erforderlich. Auf dessen Genehmigung hat das Grundbuchamt zu Recht abgestellt.

2. Die in der Verfügung des Grundbuchamts weiter verlangte Genehmigung der Auflassung auch durch das Familiengericht ist dagegen nicht erforderlich. Das Erwerbsgeschäft, auf das abzustellen ist (BayObLG, NJW-RR 1990, 87; OLG Köln, Rpfleger 1996, 446, 447; MünchKommBGB/Huber, a. a. O., § 1643 Rdnr. 7 a. E.; Wagenitz, ebenda, § 1821 Rdnr. 48; Staudinger/Engler, Bearbeitung 2004, § 1821 Rdnr. 92), ist hier nicht genehmigungspflichtig. Es stellt keine Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen dar, die nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig wäre (MünchKommBGB/Wagenitz, a. a. O., § 1821 Rdnr. 22). Es ist auch nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB als Verfügung über den Anspruch auf Übereignung genehmigungspflichtig, weil die Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Übereignung von der Norm nicht erfasst wird (RGZ 108, 356, 364; MünchKommBGB/Wagenitz, a. a. O., § 1821 Rdnr. 34; Staudinger/Engler, a. a. O., § 1821 Rdnr. 69). Die Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbsgeschäfts ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass sich die Beteiligte zu 1 in dem Vertrag einen Nießbrauch vorbehalten hat und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung ihres durch einen Rücktritt bedingten Rückübereignungsanspruchs vorgesehen ist. Solche Einschränkungen einer Zuwendung führen schon nicht

dazu, dass die Auflassung nach § 107 BGB überhaupt der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen unterliegt (BGHZ 161, 170, 177). Sie wären als Teil des Erwerbsvorgangs auch unabhängig hiervon nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig (BGH, Beschluss vom 6.6.1957, IV ZB 53/57, BGHZ 24, 372, 374 f.; Urteil vom 7.10.1997, XI ZR 129/96, NJW 1998, 453; RGZ 108, 356, 364 f.; MünchKommBGB/Wagenitz, a. a. O., § 1821 Rdnr. 23; Staudinger/Engler, § 1821 Rdnr. 44 f.).

(...)

3. BGB §§ 1056 Abs. 2 Satz 1; 745 Abs. 1 Satz 1 (*Kündigung eines Mietverhältnisses durch Mehrheit der Bruchteileigentümer als ordnungsgemäße Verwaltung*)

1. **Die Eigentümer eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks sind nach dem Tode des Nießbrauchers auch dann gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zur vorzeitigen Kündigung eines von dem Nießbraucher abgeschlossenen Mietvertrages berechtigt, wenn sie neben weiteren Personen Miterben des Nießbrauchers sind.**
2. **Bruchteileigentümer können ein Mietverhältnis über das gemeinschaftliche Grundstück wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme einer ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt (BGHZ 183, 131 = DNotZ 2010, 210).**

BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin zu 1 betreibt ein Café mit Konditorei. Die Klägerin zu 2 ist Inhaberin eines Snack-Imbisses. Die Beklagten sind Miteigentümer des Anwesens, in dem sich die Geschäftsräume der Klägerinnen befinden.

Mit notariellem Vertrag vom 3.12.1968 hatte die Mutter der Beklagten das Eigentum an der Immobilie auf die Beklagten sowie auf ihren weiteren Sohn F. übertragen, der seinen Miteigentumsanteil jedoch später auf den Beklagten zu 2 übertrug. Ihr selbst wurde ein lebenslanger Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt. Im Januar 1991 schloss die Mutter der Beklagten (nachfolgend: Nießbraucherin) mit den Klägerinnen unbefristete Mietverträge über die Geschäftsräume ab, in denen ein ordentliches Kündigungsrecht des Vermieters ausgeschlossen wurde, solange dort ein Café, eine Konditorei oder eine Gaststätte betrieben wird.

Am 1.6.2004 verstarb die Nießbraucherin. Sie wurde von den Beklagten und ihrem weiteren Sohn F. beerbt.

Nachdem in der Folgezeit die Beklagten zu 1 und 2 Zweifel an der Wirksamkeit der Mietverträge geäußert hatten, forderten die Klägerinnen über ihren Bevollmächtigten die Beklagten unter Fristsetzung bis zum 10.11.2004 auf, die Wirksamkeit der Mietverträge zu bestätigen. Während der Beklagte zu 3 eine entsprechende Erklärung abgab, versuchten die Beklagten zu 1 und 2 im Umlaufverfahren eine Beschlussfassung der Miteigentümer zur Kündigung der Mietverhältnisse mit den Klägerinnen zum 31.12.2004 zu erreichen. Der Beklagte zu 3 teilte den Beklagten zu 1 und 2 jedoch mit, dass er einer Kündigung der Mietverträge nicht zustimme.

Dennoch erklärten die Beklagten zu 1 und 2, die zusammen über $\frac{9}{16}$ der Miteigentumsanteile an dem Mietgrundstück verfügten, mit Schreiben vom 20.12.2004 „im Namen der Eigentümergemeinschaft“ gegenüber den Klägerinnen die Kündigung der Mietverhältnisse.

Mit ihrer Klage haben die Klägerinnen u. a. die Feststellung begehrt, dass die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam seien und die mit ihnen bestehenden Mietverhältnisse ungekündigt fortbestünden. Das LG hat die Klage vollständig abgewiesen. Auf die Berufung der Klä-

gerinnen hat das Berufungsgericht unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung und Zurückweisung der Berufung im Übrigen die Feststellung getroffen, dass die zwischen den Klägerinnen und der Nießbraucherin abgeschlossenen Mietverträge (vorbehaltlich der Kündigungen vom 20.12.2004) wirksam sind.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchten die Klägerinnen die Feststellung erreichen, dass die Kündigungen vom 20.12.2004 unwirksam sind und den Beklagten ein gesetzliches Kündigungsrecht nicht zusteht.

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. Die Beklagten waren nach dem Tode der Nießbraucherin gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Kündigung der Mietverträge berechtigt.

a) Hat ein Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden gemäß § 1056 Abs. 1 BGB nach Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung von vermietetem Wohnraum geltenden Vorschriften der §§ 566, 566 a, 566 b Abs. 1 BGB und der §§ 566 c bis 566 e, 567 b BGB entsprechende Anwendung. Daraus folgt, dass in diesem Fall der Eigentümer des belasteten Grundstücks nach Beendigung des Nießbrauchs anstelle des Nießbrauchers in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt (§ 1056 Abs. 1 i. V. m. § 566 Abs. 1 BGB). Dadurch soll verhindert werden, dass der Mieter sein vom Nießbraucher abgeleitetes Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB) mit dem Ende des Nießbrauchs verliert (MünchKommBGB/Pohlmann, 5. Aufl., § 1056 Rdnr. 1). Denn das rechtliche Schicksal eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrages ist vom Bestand des Nießbrauchs grundsätzlich unabhängig (BGHZ 109, 111 = NJW 1990, 443, 444; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1056 Rdnr. 8; a. A. Erman/Ronke, BGB, 7. Aufl., § 1056 Rdnr. 1). Ein von einem Nießbraucher abgeschlossener Mietvertrag besteht daher fort, wenn der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers endet (BGH a. a. O.).

b) Abweichend von den allgemeinen mietrechtlichen Regelungen gewährt § 1056 Abs. 2 BGB dem Grundstückseigentümer jedoch das Recht, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht trägt dem Umstand Rechnung, dass der Grundstückseigentümer gemäß §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB in ein Mietverhältnis eintreten muss, an dem er ursprünglich nicht beteiligt war. Ihm soll die Möglichkeit gegeben werden, sich von diesem Vertrag, der ihm – vergleichbar einem Vertrag zulasten Dritter – durch die Regelung der §§ 1056 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB „aufgedrängt“ worden ist, zu lösen.

c) Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum scheidet ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Eigentümers nach § 1056 Abs. 2 BGB jedoch aus, wenn er persönlich an den Mietvertrag gebunden ist, etwa weil er den Mietvertrag schon selbst vor Bestellung des Nießbrauchs abgeschlossen hatte und der Nießbraucher für die Dauer seines Rechts in den Mietvertrag eingetreten war (§ 567 Satz 1 i. V. m. § 566 Abs. 1 BGB) oder wenn der Eigentümer dem vom Nießbraucher abgeschlossenen Mietvertrag persönlich beigetreten ist (BGHZ 109, 111 = NJW 1990, 443, 445 m. w. N.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1056 Rdnr. 15 m. w. N.; Staudinger/Frank, BGB, 2009, § 1056 Rdnr. 21). Dasselbe gelte auch, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbraucher als Alleinerbe beerbt habe, da er in diesem Fall nach

erbrechtlichen Grundsätzen durch Universalsukzession unmittelbarer Vertragspartner des Mieters geworden sei und daher bereits gemäß §§ 1967 Abs. 1, 1922 BGB erbrechtlich für die Erfüllung des Mietvertrages als Nachlassverbindlichkeit hafte (BGH, a. a. O.; LG Stuttgart, NJW-RR 1989, 1171, 1172; Staudinger/Frank, BGB, § 1056 Rdnr. 22; Erman/Michalski, BGB, § 1056 Rdnr. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Eickmann, BGB, 5. Aufl., § 1056 Rdnr. 2; Jauernig, BGB, 13. Aufl., § 1056 Rdnr. 1). Könnte der Erbe nämlich in diesem Fall den Miet- oder Pachtvertrag gemäß § 1056 Abs. 2 BGB kündigen, würde sich eine zugunsten des Mieters erlassene Schutzvorschrift in ein durch nichts gerechtfertigtes Haftungsprivileg des Erben verkehren (BGH, a. a. O.).

d) Die letztgenannte Auffassung, die im Schrifttum auf Kritik gestoßen ist (ausführlich Wacke in FS Gernhuber, 1993, S. 489, 521 ff.; Schubert, JR 1990, 419, 420; ein Kündigungsrecht behahend MünchKommBGB/Pohlmann, § 1056 Rdnr. 16 ff.; RGRK-Rothe, BGB, 12. Aufl. § 1056 Rdnr. 3; Enneccerus-Wolff/Raiser, § 118 I Fn. 8), steht im vorliegenden Fall dem Kündigungsrecht der Beklagten jedoch nicht entgegen. Denn das Kündigungsrecht gemäß § 1056 Abs. 2 BGB entfällt zumindest dann nicht, wenn zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erben des Nießbrauchers keine Personenidentität besteht, etwa weil – wie im hier zu entscheidenden Fall – die Miteigentümer des belasteten Grundstücks Teil einer noch weitere Personen umfassenden Miterbengemeinschaft sind.

aa) Der Zweck des § 1056 Abs. 2 BGB rechtfertigt es, dem Grundstückseigentümer das außerordentliche Kündigungsrecht jedenfalls dann zu verwehren, wenn er nicht nur im Wege des gesetzlichen Vertragsübergangs nach §§ 1056 Abs. 1, 566 BGB in den Mietvertrag eingetreten, sondern darüber hinaus an dem Mietverhältnis persönlich beteiligt ist, weil er selbst vor Bestellung des Nießbrauchs das Mietverhältnis eingegangen (vgl. §§ 567 Satz 1, 566 BGB) oder er dem Mietvertrag zu einem späteren Zeitpunkt beigetreten ist (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1056 Rdnr. 15). In diesen Fällen wird der Grundstückseigentümer nicht ohne sein Einverständnis in einen zwischen dritten Personen abgeschlossenen Mietvertrag hineingedrängt. Er hat vielmehr durch seine eigene schuldrechtliche Beteiligung an dem Mietvertrag gegenüber dem Mieter den Eindruck erweckt, dass das Mietverhältnis unabhängig vom Bestand des Nießbrauchs fortbesteht.

bb) Eine vergleichbare Situation ergibt sich, wenn der alleinige Grundstückseigentümer Alleinerbe des Nießbrauchers ist. Zwar ist dieser dem Mieter weder bei Abschluss des Mietvertrages noch zu einem anderen Zeitpunkt während des laufenden Mietverhältnisses als Vertragspartner begegnet, so dass der Mieter nicht darauf vertrauen konnte, dass nach dem Tode des Nießbrauchers das Mietverhältnis bis zu dem vereinbarten Ende fortbestehen bleibt. Ist der Erbe des Nießbrauchers allerdings – ausnahmsweise – tatsächlich in der Lage, die Gebrauchsüberlassungspflicht des § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erfüllen, weil er unabhängig von seiner erbrechtlichen Stellung Eigentümer des Mietgrundstücks ist, ist es gerechtfertigt, ihm das außerordentliche Kündigungsrecht aus § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zu verwehren. Dafür spricht zwar nicht eine besondere Schutzwürdigkeit des Mieters. Für ihn dürfte es meist ein bloßer Zufall sein, dass sein Vertragspartner gerade von dem oder den Eigentümern des Mietgrundstücks beerbt wurde. Vereinigen sich jedoch die mietrechtlichen Verpflichtungen mit der tatsächlichen Möglichkeit, diese zu erfüllen, in einer Person, wie es der Fall ist, wenn der Grundstückseigentümer Alleinerbe des Nießbrauchers ist, wäre es treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sich der Grundstückseigentümer auf die formalen Rechtspositionen berufen und das Mietverhältnis gemäß

§ 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB kündigen könnte. Dafür spricht auch der Rechtsgedanke des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 BGB, wonach die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam wird, wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (vgl. *Wacke* in FS Gernhuber, 1993, S. 489, 524 f.).

e) Im vorliegenden Fall konnten die Beklagten daher die Mietverträge gemäß § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB kündigen. Die Nießbraucherin wurde nicht von den Beklagten allein, sondern auch von ihrem weiteren Sohn F. beerbt. Die Beklagten bilden daher zusammen mit F. eine Miterbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB), die für gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeiten, zu denen auch die Verpflichtungen aus dem Mietvertrag, soweit sie nach dem Erlöschen des Nießbrauchs auf die Erben übergegangen sind, gehören, gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner haftet. Allerdings ist das Mietgrundstück nicht in den Nachlass gefallen, weil es bereits zuvor von der Nießbraucherin an ihre Söhne übereignet worden war. Die aus den Beklagten und F. bestehende Miterbengemeinschaft könnte daher die Gebrauchsgewährungspflicht aus § 535 Abs. 1 BGB aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen. Sind jedoch die Beklagten aufgrund ihrer erbrechtlichen Stellung nicht verpflichtet, den Klägerinnen den Gebrauch der Mietsache zu gewähren, besteht kein Grund, ihnen als Miteigentümer des Mietgrundstücks die Kündigungsmöglichkeit nach § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB zu verwehren.

2. Die Beklagten zu 1 und 2 haben den Beklagten zu 3 bei Abgabe der Kündigungserklärung auch wirksam vertreten.

a) Nach § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB kann bei einer Bruchteilsgemeinschaft durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung und allgemeiner Ansicht im Schrifttum, dass als Maßnahme einer ordnungsmäßigen Verwaltung und Benutzung, die unter den Voraussetzungen des § 745 Abs. 1 BGB mehrheitlich getroffen werden kann, auch die Kündigung eines Pacht- oder Mietverhältnisses des gemeinschaftlichen Grundstücks anzusehen ist (BGH, Beschluss vom 26.4.2010, II ZR 159/09, NZG 2010, 938, 939 m. w. N.; BGHZ 183, 131 = DNotZ 2010, 210 zur Kündigung eines Mietverhältnisses durch eine Erbengemeinschaft; *Staudinger/Langhein*, BGB, 2008, § 745 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Schmidt*, 5. Aufl., §§ 744, 745 Rdnr. 5; *Palandt/Sprau*, BGB, 69. Aufl., § 745 Rdnr. 2). Zwar stellt die Kündigung eines Miet- oder Pachtverhältnisses durch die Bruchteilseigentümergeinschaft eine Verfügung dar (vgl. BGHZ 183, 131 = DNotZ 2010, 210; BGH, FamRZ 2006, 1026). Jedoch können auch Verfügungen, sofern sie Maßnahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung darstellen, als Mehrheitsentscheidungen nach § 745 Abs. 1 BGB getroffen werden (BGHZ 183, 131 = DNotZ 2010, 210; BGH, NZG 2010, 938, 939 m. w. N.). Liegt ein gültiger Mehrheitsbeschluss (§ 745 Abs. 1 Satz 2 BGB) vor, verleiht dieser den im Außenverhältnis tätigen Gemeinschaftern die notwendige Vertretungsmacht, um den Beschluss zu vollziehen (BGHZ 56, 47, 49 f.; *MünchKommBGB/Schmidt*, § 745 Rdnr. 31).

b) Danach war die durch die Beklagten zu 1 und 2, die über die Mehrheit der Anteile der Eigentümergemeinschaft verfügten, erklärte Kündigung wirksam. Dazu, dass die Kündigung des Pachtverhältnisses nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Grundstücks entsprach, hat das Berufungsgericht, von der Revision nicht beanstandet, keine Feststellungen getroffen. Durch die Kündigung hat die Eigentümergemeinschaft vielmehr die Möglichkeit erhalten, das Grundstück zu den aktuellen marktüblichen Bedingungen zu vermieten und

damit einen höheren Ertrag zu erzielen (vgl. BGHZ 183, 131 = DNotZ 2010, 210).

4. BGB § 442 Abs. 1 Satz 1, § 444 (*Darlegungs- und Beweislast für Vorliegen des Arglisttatbestandes im Rahmen von § 444 BGB*)

- a) **Haben die Parteien einen Haftungsausschluss vereinbart, trägt der Käufer nach § 444 BGB grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Umstände, die den Arglisttatbestand ausfüllen, wozu bei einer Täuschung durch Verschweigen auch die fehlende Offenbarung gehört.**
- b) **Da es sich bei der unterbliebenen Offenbarung um eine negative Tatsache handelt, kommen dem Käufer Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute.**
- c) **Wendet der Verkäufer gegen die behauptete arglistige Täuschung ein, er sei davon ausgegangen, der Käufer sei über den Mangel bereits aufgeklärt worden, trifft ihn auch insoweit eine sekundäre Darlegungslast; dagegen trägt er die volle Darlegungs- und Beweislast für die Behauptung, der Käufer habe Kenntnis von dem Mangel unabhängig von einer ihm, dem Verkäufer, zurechenbaren Aufklärung erlangt (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB).**

BGH, Urteil vom 12.11.2010, V ZR 181/09

Mit notariellem Vertrag vom 4.10.2006 kauften die Kläger von den Beklagten für 85.000 € ein Hausgrundstück unter Ausschluss der „Gewähr für Fehler und Mängel“. Das Wohngebäude war im Jahr 1980 in Fertigbauweise errichtet worden. Den Beklagten war vor dem Vertragsschluss bekannt, dass in der Fassade Asbestzementplatten verarbeitet wurden. Sie teilten dies den Klägern jedoch nicht mit, obwohl zuvor ein Kaufinteressent wegen der Asbestbelastung von seinen Kaufabsichten abgerückt war. Nach der Übergabe forderten die Kläger die Beklagten erfolglos unter Fristsetzung auf, die Fassade im Wege der Nacherfüllung zu sanieren.

Die Kläger verlangen nunmehr Schadensersatz in Höhe der von ihnen mit 38.455,34 € veranschlagten Sanierungskosten sowie die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz weiterer – derzeit noch nicht bezifferbarer – Schäden verpflichtet sind. Die Beklagten bestreiten eine Einstandspflicht sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das diese Entscheidung bestätigende Berufungsurteil des 8. Zivilsenats des OLG hat der Senat mit Revisionsurteil vom 27.3.2009 (V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 = DNotZ 2009, 760) aufgehoben. Er hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat die Berufung erneut – nunmehr durch den 16. Zivilsenat – zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Ansprüche weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht erblickt in der Verwendung der asbesthaltigen Fassadenplatten zwar einen aufklärungspflichtigen Sachmangel, geht jedoch davon aus, dass die Kläger für das Vorliegen einer arglistigen Täuschung beweisfällig geblieben sind. Eine Täuschung durch aktives Tun lasse sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht feststellen. Im Übrigen erscheine es auch nachvollziehbar, dass die Beklagten davon ausgegangen seien, die Kläger hätten infolge der Information seitens des Maklers bereits Kenntnis von der Asbesthaltigkeit gehabt. Mit Blick auf die Verneinung einer arglistigen Täu-

schung durch Verschweigen hätten die Kläger darüber hinaus nicht bewiesen, dass sie von den Beklagten über die verbauten Asbestplatten nicht aufgeklärt worden seien. Der als Zeuge vernommene Makler habe glaubhaft bekundet, den Klägern seien vor Vertragsschluss die Finanzierungsunterlagen ausgehändigt worden, mit denen sie noch am selben Tage zu ihrem Finanzdienstleister gefahren seien. Bestandteil dieser Unterlagen sei die Baubeschreibung gewesen, aus der die Verwendung der Asbestplatten – auch für die Kläger – ohne weiteres ersichtlich gewesen sei.

II.

Die Revision ist begründet. (...)

2. In der Sache hält das Berufungsurteil einer revisionsrechtlichen Überprüfung jedoch nicht stand.

a) Gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, eine aktive Täuschung hätten die Kläger nicht bewiesen, erhebt die Revision allerdings keine Rügen.

b) Zutreffend geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass die asbesthaltige Fassadenverkleidung einen – offenbarungspflichtigen – Sachmangel begründet (BGHZ 180, 205, 207 ff. = DNotZ 2009, 760). Zwar scheidet nach der Rechtsprechung des Senats eine Pflicht zur Offenbarung aus, wenn es sich – anders als hier – um einen der Besichtigung zugänglichen und damit ohne weiteres erkennbaren Mangel handelt (BGHZ 132, 30, 34 = MittBayNot 1996, 193; BGH, NJW-RR 1994, 907; *Krüger* in *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdnr. 731 ff. m. w. N.). Indessen schließt die Möglichkeit, sich Kenntnis anderweit – etwa aus übergebenen Unterlagen – zu verschaffen, die Pflicht zur Offenbarung nicht von vornherein aus.

Ein verständiger und redlicher Verkäufer darf davon ausgehen, dass bei einer Besichtigung ohne weiteres erkennbare Mängel auch dem Käufer ins Auge springen werden und deshalb eine gesonderte Aufklärung nicht erforderlich ist. Konstellationen, in denen dem Käufer auf andere Weise die Möglichkeit gegeben wird, sich Kenntnis von einem Mangel des Kaufobjekts zu verschaffen, stehen der Besichtigungsmöglichkeit nicht ohne weiteres gleich. Mit Blick auf übergebene Unterlagen, aus denen sich die Mangelhaftigkeit der Sache ergibt, ist eine Gleichstellung nur dann gerechtfertigt, wenn ein Verkäufer aufgrund der Umstände die berechtigste Erwartung haben kann, dass der Käufer die Unterlagen als Grundlage seiner Kaufentscheidung durchsehen wird. Solche Umstände liegen etwa vor, wenn der Verkäufer dem Käufer im Zusammenhang mit möglichen Mängeln ein Sachverständigengutachten überreicht. Dagegen kann ein verständiger und redlicher Verkäufer nicht ohne weiteres erwarten, dass der Käufer Finanzierungsunterlagen auf Mängel des Kaufobjekts hin durchsehen wird. Es ist daher irrelevant, dass die Asbestverwendung der ersten Seite der Baubeschreibung zu entnehmen ist. Davon abgesehen haben auch die Beklagten nach ihrem eigenen Vorbringen Kenntnis von der Asbestverwendung nicht aus der Baubeschreibung erlangt.

c) Die Verpflichtung zur Offenbarung haben die Beklagten nicht erfüllt. Zwar trägt der Käufer – so die Vertragsparteien wie hier einen Haftungsausschluss vereinbart haben – nach § 444 BGB grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Umstände, die den Arglisttatbestand ausfüllen (*Krüger* in *Krüger/Hertel*, a. a. O., Rdnr. 742; zu § 463 Satz 2 BGB a. F., vgl. auch BGH, NJW-RR 1987, 1415; NJW 2003, 754, 755), wozu bei einer Täuschung durch Verschweigen auch die fehlende Offenbarung gehört (BGH, NJW-RR 2003, 989, 990 m. w. N.; *Krüger* in *Krüger/Hertel*, a. a. O., Rdnr. 742). Nicht bedacht hat das Berufungsgericht

jedoch, dass es sich bei der behaupteten unterbliebenen Offenbarung um eine negative Tatsache handelt und dem Käufer bei dieser Sachlage Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugutekommen. Er muss lediglich die von dem Verkäufer in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu spezifizierende Aufklärung ausräumen (BGH, NJW 2001, 64, 65; *Zöller/Greger*, ZPO, 28. Aufl., vor § 284 Rdnr. 24 m. w. N.).

Gemessen daran fehlt es vorliegend bereits an konkretem Vorbringen der Beklagten dazu, dass die Kläger auf die Verwendung von Asbest hingewiesen worden sind. Die Behauptung, sie seien davon ausgegangen, dass die Kläger Kenntnis von der Asbesthaltigkeit der Fassade durch den Makler oder durch die noch in dem Haus wohnende Schwiegermutter erlangt hätten, genügt hierfür ersichtlich nicht. Ebensowenig ist die Offenbarungspflicht der Beklagten durch die Übergabe der Baubeschreibung enthaltenden Finanzierungsunterlagen erfüllt worden. Gegen die Qualifizierung der Übergabe der Unterlagen als Erfüllungshandlung sprechen dieselben Erwägungen, die der Verneinung einer Aufklärungspflicht entgegenstehen (oben II.2. b)).

d) Soweit das Berufungsgericht eine arglistige Täuschung zudem mit der Begründung verneint, es erscheine nachvollziehbar, dass die Beklagten davon ausgegangen seien, die Kläger hätten infolge der Information seitens des Maklers bereits Kenntnis von der Asbesthaltigkeit gehabt, ist diese tatrichterliche Würdigung revisionsrechtlich zwar nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. nur *Zöller/Hefler*, ZPO, 28. Aufl., § 546 Rdnr. 9 m. w. N.), in diesem Rahmen aber zu beanstanden. Zwar dürfte dieser Erwägung der zutreffende Obersatz zugrunde liegen, wonach Arglist neben der Kenntnis des Mangels voraussetzt, dass der Verkäufer weiß oder zumindest für möglich hält, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und er bei Offenbarung den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (vgl. nur BGH, NJW 2007, 835 Rdnr. 8 m. w. N.). Die Revision rügt jedoch zu Recht, dass diese Würdigung des Berufungsgerichts substanzlos im Raum steht (§ 286 ZPO). Offenbar knüpft das Berufungsgericht mit dieser Erwägung an die zuvor wiedergegebene Bekundung des Beklagten zu 1 an, wonach es für die Beklagten klar gewesen sei, dass die Kläger Kenntnis von der Asbesthaltigkeit der Fassade durch den Makler oder die noch im Haus wohnende Schwiegermutter erlangt hätten. Mit Tatsachen untermauert wird diese Erwägung jedoch nicht einmal ansatzweise. Dass das Berufungsgericht die Einlassung der Beklagten gleichwohl für nachvollziehbar hält, ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt haltbar. Auf der Grundlage der festgestellten Umstände lässt sich dieser Schluss nicht ziehen. Auch die Revisionsrüge verweist auf kein tatsächliches Vorbringen, das diesen Schluss plausibel machen könnte. Zu diesbezüglichem Vortrag wären die Beklagten jedoch gehalten gewesen.

Allerdings gilt auch für den subjektiven Tatbestand der Arglist, dass grundsätzlich der Käufer die Darlegungs- und Beweislast trägt (oben II.2. c)). Dass eine Partei eine innere Tatsache zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht ohne weiteres zu Beweiserleichterungen (vgl. nur *Zöller/Greger*, a. a. O., vor § 284 Rdnr. 24 a). In Konstellationen der vorliegenden Art tritt jedoch die Besonderheit hinzu, dass hinsichtlich der unterbliebenen Offenbarung Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast eingreifen und es deshalb dem Verkäufer obliegt, die Erfüllung der Offenbarungspflicht in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu spezifizieren (dazu oben II.2. c)). Legt der Verkäufer diese Erfüllung nicht dar, behauptet er aber gleichwohl, er sei davon ausgegangen, dass der Käufer

aufgeklärt worden sei, gilt mit Blick auf die Darlegungslast nichts anderes. Dass der Verkäufer zumindest für möglich halten muss, dass der Käufer den Mangel nicht kennt, bildet lediglich die für den Arglistatbestand erforderliche subjektive Seite der objektiv unterlassenen Offenbarung, so dass eine unterschiedliche Verteilung der Darlegungslast nicht sachgerecht erscheint. Daher ist es ebenfalls Sache des Verkäufers, diejenigen Umstände in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu konkretisieren, aufgrund deren er trotz unterbliebener eigener Aufklärung davon ausgegangen sein will, der Käufer habe Kenntnis von dem Mangel gehabt. Daran fehlt es hier. Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf die Anhörung des Beklagten zu 1 in der Berufungsverhandlung vom 9.7.2009 verwiesen hat, erfüllt auch das dortige – vage – Vorbringen nicht die Anforderungen, die an einen hinreichend spezifizierten Sachvortrag zu stellen sind.

3. Da das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen richtig ist, unterliegt es der Aufhebung (§ 562 ZPO). Der Rechtsstreit ist teilweise zur Endentscheidung reif, weil die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB dem Grunde nach gegeben und hierzu keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt dazu, dass auf die Zahlungsklage ein (Teil-)Grundurteil und mit Blick auf den Feststellungsantrag ein Teilurteil zu erlassen ist (vgl. BGHZ 182, 116, 121; *Zöller/Vollkommer*, a. a. O., § 304 Rdnr. 3; jeweils m. w. N.). Die prozessualen Anforderungen nach § 304 Abs. 1 und § 301 i. V. m. § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Insbesondere ist es zumindest wahrscheinlich, dass der Zahlungsanspruch in irgendeiner Höhe besteht. Im Übrigen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit dieses zur Schadenshöhe die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB liegen dem Grunde nach vor. Das Kaufobjekt ist – wie bereits dargestellt – mit einem offenbarungspflichtigen Sachmangel behaftet. Der vereinbarte Haftungsausschluss entfaltet keine Wirkungen, weil die Beklagten den Mangel arglistig verschwiegen haben (§ 444 BGB). Diese hatten unstreitig Kenntnis von der Asbestverwendung. Da ihnen bereits ein Kaufinteresse wegen der verbauten Asbestzementplatten abgesprungen war, wussten sie auch, dass dies ein Umstand war, der für einen verständigen Käufer von kaufentscheidender Bedeutung war. Auf der Grundlage der obigen Erörterungen ist darüber hinaus davon auszugehen, dass die Beklagten die Unkenntnis der Kläger von dem Mangel zumindest für möglich gehalten haben. Ihre gegenteilige Behauptung haben sie nicht konkretisiert, so dass die Kläger nicht gehalten waren, das vage Vorbringen der Beklagten auszuräumen (dazu oben zu II.2. d)). Die erfolglose Setzung einer Frist zur Nachbesserung ist bei Arglist in der Regel entbehrlich (BGH, NJW 2007, 835, 836 Rdnr. 10 ff. m. w. N.). Davon abgesehen haben die Kläger die Beklagten erfolglos unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufgefordert. Schließlich ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Kläger Kenntnis von dem Mangel unabhängig von einer dem Verkäufer zurechenbaren Aufklärung erlangt haben. Solche Umstände vorzutragen und unter Beweis zu stellen, hätte den Beklagten als Verkäufer obgelegen (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB). Grob fahrlässige Unkenntnis steht der Kenntnis bei Arglist des Verkäufers schon nicht gleich (§ 442 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB).

5. BGB §§ 879, 888 (*Löschungsanspruch des noch nicht eingetragenen Berechtigten gegen vormerkungsbeeinträchtigende Eintragungen*)

Der Anspruch nach § 888 I BGB setzt nicht voraus, dass der Vormerkungsberechtigte bereits als Eigentümer (oder sonstiger Rechtsinhaber) in das Grundbuch eingetragen worden ist.

BGH, Urteil vom 2.7.2010, V ZR 240/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 30.3.2006 kaufte der Kläger ein Grundstück von einer GmbH, welches ihm lastenfrei übertragen werden sollte. Seit Mai 2006 ist zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Im Oktober 2008 wurde zugunsten des Beklagten eine Zwangssicherungshypothek eingetragen. Die Eigentumsumschreibung auf den Kläger ist noch nicht erfolgt.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten, die Löschung der Zwangssicherungshypothek zu bewilligen. Das AG hat der Klage stattgegeben; das LG hat sie abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, ein Vormerkungsberechtigter könne den Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB grundsätzlich erst nach seiner Eintragung als Eigentümer geltend machen. So sei es auch hier. Der Eigentumserwerb des Klägers sei nicht von der Löschung der Sicherungshypothek abhängig. Zwar beeinträchtige die Hypothek seinen Anspruch auf Erwerb lastenfreien Eigentums. Vor der Eigentumsumschreibung sei aber offen, ob es tatsächlich zu einer Vollrechtseintragung komme und sich die in § 879 Abs. 1 BGB geregelte Rangwahrung verwirkliche. Ein Löschungsanspruch des Klägers bestehe daher erst, wenn er mit dem Rang der Vormerkung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Frage, ob der Vormerkungsberechtigte die Löschung einer nachrangigen Zwangssicherungshypothek erst dann verlangen kann, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, höchstrichterlich geklärt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann der Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch entstanden und fällig ist, also gegenüber dem Anspruchsgegner durchgesetzt werden könnte. Nicht erforderlich ist, dass dieser den Anspruch bereits erfüllt hat oder rechtskräftig dazu verurteilt worden ist. Daraus folgt zugleich, dass die Durchsetzung des Anspruchs gemäß § 888 Abs. 1 BGB die Eintragung des Vormerkungsberechtigten im Grundbuch nicht voraussetzt (vgl. BGHZ 99, 385, 388; BGH, NJW 1981, 446, 447; NJW-RR 1988, 1357; NJW 2000, 3496; WM 2007, 1137; ebenso *Staudinger/Gursky*, BGB, 2008, § 888 Rdnr. 49; *MünchKommBGB/Köhler*, 5. Aufl., § 888 Rdnr. 11; *Kesseler*, ZfIR 2007, 88, 92 f.; *Wolf*, NZM 2008, 29).

2. Die von dem Berufungsgericht angeführten Gegenstimmen (OLG Zweibrücken, NJW-RR 2007, 87 = MittBayNot 2006, 417; OLG Rostock, NotBZ 2007, 223; OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1177; OLG Stuttgart, OLG 1998, 285, 286; ebenso: *Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl., § 888 Rdnr. 5; *NK-Krause*, BGB, 2. Aufl., § 888 Rdnr. 5; *PWW/Huhn*, BGB, 5. Aufl., § 888 Rdnr. 3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht,

14. Aufl., Rdnr. 1529; *Schreiber*, NJ 2007, 176) geben keinen Anlass zu einer Änderung der Rechtsprechung.

a) Die Auffassung, ein Auflassungsvormerkungsberechtigter könne erst nach seiner Eintragung als Eigentümer die Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Belastung des Grundstücks verlangen, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie zu einer im Gesetz nicht vorgesehenen unterschiedlichen Ausgestaltung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB je nach Art der vormerkungswidrigen Verfügung führte. Besteht diese in der Übertragung des Eigentums an einen Dritten, kann der Vormerkungsberechtigte erst als Eigentümer eingetragen werden, nachdem der Dritterwerber die nach § 888 Abs. 1 BGB geschuldete Zustimmung hierzu erteilt hat. Bei einer solchen erfüllungsvereitelnden Verfügung ist es denknotwendig ausgeschlossen, die Entstehung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB von der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer abhängig zu machen. Weshalb dies anders sein soll, wenn der gleiche Anspruch – wie hier – gegen einen nach der Auflassungsvormerkung eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger geltend gemacht wird, dessen Recht den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigt, ist nicht nachvollziehbar. In beiden Fällen ist die Verfügung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB); das gilt auch dann, wenn sie – wie hier – im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 883 Abs. 2 Satz 2 BGB).

b) Das Interesse des nach § 888 Abs. 1 BGB in Anspruch genommenen Dritten, seine Rechtsposition erst aufgeben zu müssen, wenn feststeht, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch besteht, ist unabhängig davon schutzwürdig, ob die zu seinen Gunsten vorgenommene Verfügung diesen Anspruch beeinträchtigt oder ihn vereitelt. Es wird dadurch geschützt, dass der Dritte gegenüber dem Vormerkungsberechtigten alle Einreden und Einwendungen gegen die Vormerkung und den durch sie gesicherten Anspruch erheben kann, namentlich auch den Einwand, der gesicherte Anspruch sei untergegangen (vgl. BGH, MittBayNot 2000, 560). Dabei muss der Vormerkungsberechtigte Bestehen und Fälligkeit des gesicherten Anspruchs darlegen und beweisen (*Staudinger/Gursky*, BGB, 2008, § 888 Rdnr. 68; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 888 Rdnr. 7). Das gilt auch dann, wenn der Schuldner des gesicherten Übereignungsanspruchs bereits rechtskräftig zur Auflassung des Grundstücks an den Vormerkungsberechtigten verurteilt worden ist (vgl. *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 888 Rdnr. 8).

c) Eines weitergehenden Schutzes bedarf der Dritte nicht. Insbesondere muss er nicht befürchten, seine Eintragung als Eigentümer oder sein Grundpfandrecht nebst dazugehörigem Rang zu verlieren, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch später einverständlich aufgehoben wird und es deshalb nicht zu einer Übereignung des Grundstücks an den Vormerkungsberechtigten kommt. Denn der Vormerkungsberechtigte kann die Löschung des vormerkungswidrig eingetragenen Rechts nur im Zuge der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs erreichen.

§ 888 Abs. 1 BGB begründet einen unselbständigen Hilfsanspruch, der allein der Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dient (vgl. BGHZ 49, 263, 267; BGH, WM 2004, 1601, 1602; MünchKommBGB/*Kohler*, § 888 Rdnr. 1; *Wolf*, NZM 2008, 29, 31). Während § 883 Abs. 2 BGB für das materielle Recht die relative Unwirksamkeit des Rechtserwerbs des Dritten anordnet, stellt die Vorschrift des § 888 BGB sicher, dass die nach dem formellen Grundbuchrecht notwendige Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) erwirkt werden kann (vgl. BGH, WM 2004,

1601, 1602). Der akzessorische Charakter des Anspruchs wird materiellrechtlich durch den Erklärungsgehalt der abzugebenden Zustimmung sichergestellt; dieser richtet sich nach dem Inhalt des vormerkungsgesicherten Anspruchs (BGH, MittBayNot 2000, 560; MünchKommBGB/*Kohler*, 5. Aufl., § 888 Rdnr. 13). Ist er – wie hier – auf die Übertragung lastenfreien Eigentums gerichtet, kann der Vormerkungsberechtigte nicht die Zustimmung zu einer sofortigen Löschung des Grundpfandrechts verlangen, sondern nur die Zustimmung dazu, dass das Grundpfandrecht mit der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer gelöscht wird (vgl. BGH, MittBayNot 2000, 560, zu der von einem Zwischenerwerber geschuldeten Zustimmung).

Auf der Ebene des formellen Grundbuchrechts scheidet eine isolierte, d. h. von der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs losgelöste Löschung des Grundpfandrechts durch den Vormerkungsberechtigten daran, dass ihm die nach § 13 GBO erforderliche Antragsbefugnis fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 2007, 69; OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1482 f. sowie *Staudinger/Gursky*, BGB, 2008, § 888 Rdnr. 49 m. w. N.). Auch deshalb ist es unbedenklich, die Klage nach § 888 BGB vor der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer zuzulassen (so zutreffend *Assmann*, Die Vormerkung, S. 433 f.).

d) Andererseits kann dem Vormerkungsberechtigten entgegen einer teilweise geäußerten Auffassung (OLG Rostock, NotBZ 2007, 223, 224) nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung des Zustimmungsanspruchs (§ 888 BGB) mit der Begründung abgesprochen werden, als nur mittelbar Betroffenem fehle ihm die nach § 13 GBO erforderliche Antragsbefugnis und damit die Rechtsmacht, den Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB durchzusetzen.

Bei vormerkungswidrigem Rechtserwerb hat der Berechtigte im Normalfall Ansprüche gegen zwei verschiedene Personen: auf Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (hier: auf lastenfreie Übereignung) gegen den Vormerkungsschuldner und auf Zustimmung dazu nach § 888 BGB gegen den Dritten. Beide Ansprüche müssen geltend gemacht werden, um den vorgemerkten Anspruch zu verwirklichen (vgl. BGH, BB 1958, 1225). Denn der Umstand, dass die Belastung vormerkungswidrig ist, entbindet den Schuldner nicht von der Verpflichtung zur lastenfreien Eigentumsübertragung (BGH, WM 2004, 1601, 1602).

Auch wenn der Vormerkungsberechtigte allein mit dem Urteil gegen den Dritten die Löschung des vormerkungswidrigen Rechts noch nicht erreichen kann, ist die nach § 888 Abs. 1 BGB abzugebende Zustimmung des Dritten für die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs unverzichtbar. Ist sie erklärt, erfolgt die Löschung des Grundpfandrechts mithilfe des Vormerkungsschuldners. Als Grundstückseigentümer ist er gemäß § 13 GBO zur Stellung des Löschantrags berechtigt. Im Verhältnis zu dem Vormerkungsberechtigten verpflichtet ihn der gesicherte Anspruch, diesen Antrag – zusammen mit den übrigen zur Verwirklichung des Anspruchs notwendigen Erklärungen und Anträgen – bei dem Grundbuchamt einzureichen; dabei kann der Schuldner von der Möglichkeit des § 16 Abs. 2 GBO Gebrauch machen.

Da die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs die Mitwirkung sowohl des Anspruchsschuldners als auch des Dritten erfordert, muss der Vormerkungsberechtigte parallel gegen sie vorgehen können, um annähernd gleichzeitig gegen beide einen vollstreckbaren Titel zu erlangen (vgl. *Staudinger/Gursky*, BGB, § 888 Rdnr. 49). Nach der Rechtsprechung des Senats ist es dem Vormerkungsberechtigten auch möglich, zunächst nur den Dritten und dann den Schuldner des

vorgemerkten Anspruchs zu verklagen oder aber die umgekehrte Reihenfolge zu wählen (BGHZ 54, 56, 62; BGH, BB 1958, 1225; NJW-RR 1988, 1357; MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl., § 888 Rdnr. 11). Ob er sich gegen eine die Vormerkung vereitelnde oder diese nur beeinträchtigende Verfügung wendet, ist auch hierbei ohne Belang.

III.

Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist. Der Beklagte wendet ein, dass der Auflassungsanspruch der Klägerin infolge eines vorrangig vorgemerkten Rückkaufrechts einer Verwaltungsgemeinschaft entweder nicht fällig oder aber bereits erloschen ist. Hierzu hat das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent, bislang keine Feststellungen getroffen. Das wird nachzuholen sein.

Zugleich ist auf eine sachdienliche, dem akzessorischen Charakter des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB Rechnung tragende Antragstellung hinzuwirken (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Beispielsweise kann die von dem Beklagten abzugebende Bewilligung die Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypothek bei Umschreibung des Eigentums auf den Kläger zum Inhalt haben. Dem steht nicht entgegen, dass Eintragungsbewilligungen (zu denen auch Löschungsbewilligungen zählen) grundsätzlich bedingungsfeindlich sind und vorbehaltlos erklärt werden müssen. Denn die Bewilligung nach § 19 GBO kann unter dem Vorbehalt abgegeben werden, dass eine andere Eintragung erfolgt (vgl. Demharter, GBO, 27. Aufl., § 16 Rdnr. 15 m. w. N.).

6. BGB § 185; FamFG § 467 Abs. 2 (*Fortführung des Aufgebotsverfahrens durch den früheren Eigentümer nach Eigentumswechsel*)

1. **Auch in dem nun der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordneten Aufgebotsverfahren kann der Grundstückseigentümer in gewillkürter Verfahrensstandschaft das Aufgebotsverfahren betreiben, wenn ihm der Grundschuldgläubiger den Grundschuldbrief nebst grundbuchtauglicher Löschungsbewilligung überlassen hat.**
2. **Wenn der frühere Eigentümer dem Erwerber gegenüber zur Lastenfreistellung verpflichtet ist, kann der frühere Eigentümer weiter zur Führung des Aufgebotsverfahrens bezüglich des verlorengegangenen Grundschuldbriefs berechtigt bleiben.**

OLG München, Beschluss vom 5.11.2010, 34 Wx 117/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte war Eigentümer eines Grundstücks, das er mit notariellem Vertrag vom 11.8.2009 verkaufte. Unter 5. („Verkäuferpflichten“) enthielt der Vertrag folgende Regelung:

„Der Verkäufer schuldet ungehinderten Besitz- und lastenfreien Eigentumsübergang. Er hat alle Belastungen zu beseitigen, soweit sie nicht in diesem Vertrag vom Käufer ausdrücklich übernommen oder mit dessen Zustimmung neu bestellt werden.

Der Käufer übernimmt die in Abteilung III lfd. Nr. 1, lfd. Nr. 2 und lfd. Nr. 4 eingetragenen Grundpfandrechte vorerst in dinglicher Hinsicht, ansonsten übernimmt er keinerlei grundbuchmäßige Belastungen.

Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Löschung nicht übernommener Belastungen im Grundbuch. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen insbesondere die Löschung der in Abteilung III lfd. Nr. 1 bis lfd. Nr. 4 eingetragenen Grundpfandrechte und stimmen der Löschung zu. (Der Verkäufer) bewilligt und beantragt insbesondere die Löschung der zu seinen Gunsten in Ziffer 1. aufgeführten Grundschuld (Abteilung III lfd. Nr. 4).

Ab Kaufpreiszahlung überträgt der Verkäufer seine derzeitigen und künftigen Eigentümerrechte und Rückgewähransprüche, auch hinsichtlich erst einzutragender Belastungen, auf den Käufer. Das Grundstück ist belastet u. a. mit einer Briefgrundschuld zu 24.000 DM für eine Bausparkasse (lfd. Nr. 1) und einer Briefgrundschuld für den Eigentümer, den Beteiligten, zu 150.000 DM (lfd. Nr. 4).“

Unter dem 12.11.2009 hat der Beteiligte den Erlass eines Aufgebots zur Kraftloserklärung beider Grundschuldbriefe sowie eines Ausschließungsbeschlusses gemäß § 439 FamFG beantragt. Beigefügt war eine eidesstattliche Versicherung des Beteiligten, dass die Grundschuldbriefe nicht mehr auffindbar und von ihm weder abgetreten noch gepfändet noch verpfändet seien. Vorgelegt wurde außerdem eine Abschrift der Löschungsbewilligung der Gläubigerin.

Am 13.1.2010 wurden die Käufer als Eigentümer zu je 1/2 im Grundbuch eingetragen. Am 15.1.2010 wurde das Aufgebot erlassen und dessen Veröffentlichung bewirkt.

Mit Beschluss vom 29.7.2010 wurde der Grundschuldbrief zu 150.000 DM für kraftlos erklärt und mit Beschluss vom selben Tag der Antrag auf Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefes für die Grundschuld zu 24.000 DM zurückgewiesen, da die Antragsberechtigung des Beteiligten nicht gegeben sei. Bereits vor Erlass des Aufgebotes sei der Antragsteller nicht mehr Eigentümer gewesen. Nach § 467 FamFG i. V. m. §§ 1162, 1192 BGB sei Antragsberechtigter derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen könne. Das sei der Gläubiger des Rechts. Der Eigentümer sei nur antragsberechtigt, wenn ihm das Recht als Eigentümerrecht zustehe. Da es sich aber nicht um eine Hypothek, sondern um eine Grundschuld handle, erwerbe der Eigentümer diese nicht nach § 1164 BGB durch Bezahlung der zugrundeliegenden Forderung.

Solange das Aufgebotsverfahren noch in der ZPO geregelt gewesen sei, habe eine Antragsberechtigung des Eigentümers über die Prozessstandschaft hergeleitet werden können. Eine dem Eigentümer erteilte Löschungsbewilligung könne als Ermächtigung verstanden werden, das Aufgebotsverfahren in Prozessstandschaft für den Gläubiger durchzuführen. Damit seien die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft gegeben gewesen. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mache der Beteiligte im Regelfall eigene Rechte im eigenen Namen geltend, hier der ehemalige Eigentümer solche aus einer fremden Grundschuld. Eine gewillkürte Verfahrensstandschaft sei für die echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwar anerkannt. Eine solche liege aber nicht vor, da es sich hier um ein Antragsverfahren zur Klärung von Rechtspositionen handle. Alle Verfahrensvoraussetzungen seien nunmehr nicht mehr nach der ZPO zu beurteilen, sondern nach dem FamFG. Für das Aufgebotsverfahren sei die Verfahrensstandschaft zu verneinen.

Es fehle daher bereits an der Antragsberechtigung. Es hätte auch das Aufgebot schon nicht erlassen werden dürfen. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist statthaft (§ 58 FamFG) und zulässig. Der Beteiligte ist beschwerdeberechtigt (§ 59 FamFG) unabhängig davon, ob ihm ein Antragsrecht zusteht. § 59 Abs. 1 FamFG erfährt insoweit eine Einschränkung. Der Antrag des Beteiligten wurde gerade deswegen zurückgewiesen, weil ihm das Antragsrecht fehle. Dies kann mit der Beschwerde nachgeprüft werden (vgl. z. B. *Gottwald* in Bassenge/Roth, FamFG/RPflG, 12. Aufl., § 59 Rdnr. 9). Die Beschwerde ist auch in der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt.

1. Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das AG. Das Verfahren ist hiervon nicht betrof-

fen, zumal das Aufgebot ungeachtet der Bedenken des AG gegen die Antragsberechtigung rechtsfehlerfrei erlassen und veröffentlicht wurde.

a) Der Beteiligte hat ein Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden beantragt. Antragsberechtigt ist gemäß § 467 Abs. 2 FamFG derjenige, der das Recht aus der Urkunde geltend machen kann. Die Beurteilung richtet sich nach dem materiellen Recht (*Walter* in Bassenge/Roth, § 467 FamFG Rdnr. 3). Das Recht geltend machen kann nur der Grundbuchgläubiger. Eine Rückübertragung auf den Beteiligten als früheren Eigentümer hat nicht stattgefunden und kann mangels Briefes (vgl. § 1192 Abs. 1, § 1117 Abs. 1 BGB) auch nicht stattfinden. Wenn, wie eidesstattlich versichert, nicht bekannt ist, wo sich der Brief befindet, kommt auch eine Übertragung nach § 1117 Abs. 3 BGB i. V. m. § 1192 BGB nicht in Betracht.

Allerdings war, solange das Aufgebotsverfahren in der ZPO geregelt war, unstrittig, dass der Eigentümer, dem der Gläubiger Brief und Löschungsbewilligung überlassen hatte, in (gewillkürter) Prozessstandschaft das Aufgebotsverfahren betreiben konnte (vgl. nur *Walter* in Bassenge/Roth, § 467 Rdnr. 3). Daran hat sich dadurch, dass das Aufgebotsverfahren nunmehr im FamFG geregelt ist, nichts geändert. Da sich die Antragsberechtigung nach dem materiellen Recht richtet, lässt sich die Befugnis, im eigenen Namen ein fremdes Recht geltend zu machen, mit § 185 BGB erklären. In der Überlassung der Löschungsbewilligung durch den Grundschuldgläubiger liegt das Einverständnis, mit der Grundschuld nach Belieben zu verfahren, auch, falls erforderlich, das Aufgebotsverfahren zu betreiben. Es handelt sich insoweit nicht um ein nur von der ZPO verfahrensrechtlich gebilligtes Institut. Die Anwendbarkeit zumindest in echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist auch nicht strittig (vgl. z. B. *Jennissen* in Prütting/Helms, FamFG, § 9 Rdnr. 46; *Keidel/Sternal*, FamFG, 16. Aufl., § 23 Rdnr. 52). Dann kann aber auch die Anwendbarkeit im Aufgebotsverfahren nicht zweifelhaft sein. Dieses betrifft nicht höchstpersönliche, sondern grundsätzlich übertragbare Vermögensrechte. Der Antragsteller hat zwar im Verfahren keinen Gegner. Der Zweck des Verfahrens ist aber die Schaffung von Rechtssicherheit über das Bestehen eines Rechts oder Anspruchs (vgl. *Walter* in Bassenge/Roth, § 433 Rdnr. 1) gegenüber jedermann. Die Berechtigung zur Antragstellung richtet sich dabei nach dem materiellen Recht, also danach, wer ein tatsächliches Interesse an der Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Grundschuldbriefs hat. Das ist im Regelfall der Gläubiger, kann aber im Einzelfall auch eine andere Person, etwa der Eigentümer des belasteten Grundstücks sein. Die Situation ist von der bei echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen nicht verschieden. Voraussetzung ist immer, dass der Antragsteller vom tatsächlichen Rechtsinhaber wirksam ermächtigt worden ist, das Recht im eigenen Namen geltend zu machen, und er daran ein eigenes rechtliches Interesse hat (vgl. *Keidel/Sternal*, § 23 Rdnr. 52; *Jennissen* in Prütting/Helms, § 9 Rdnr. 46).

b) Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Überlassung von Grundschuldbrief und Löschungsbewilligung schließt die Ermächtigung zur Antragstellung im Aufgebotsverfahren im eigenen Namen ein. Der Grundschuldgläubiger hat selbst kein Interesse am Fortbestehen des Grundpfandrechts. Die von ihm bewilligte Löschung kann, wenn der Brief in Verlust gerät, nur nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens erfolgen. Hieran hat wiederum nur der Grundstückseigentümer ein Interesse.

c) Das Antragsrecht wird durch die zwischenzeitliche Veräußerung des Grundstücks nicht berührt. Der Beteiligte hat

den Antrag in gewillkürter Verfahrensstandschaft für den Grundschuldgläubiger gestellt. Übergegangen ist nicht das Recht an der Grundschuld, sondern das Eigentum am Grundstück. Allerdings hängt das rechtliche Interesse, von dem die Zulässigkeit der Verfahrensstandschaft abhängt, vom Eigentum am belasteten Grundstück ab. Dieses Interesse erlischt aber nicht bereits durch die Veräußerung des Grundstücks. Nach dem in Abschrift vorgelegten Vertrag schuldet der Beteiligte als Verkäufer ungehinderten Besitz- und lastenfreien Übergang. Er hat alle Belastungen zu beseitigen, soweit sie nicht vertraglich übernommen oder mit Zustimmung des Käufers neu bestellt werden. Das gegenständige Grundpfandrecht übernimmt der Käufer nur „vorerst“. Beide Vertragsteile bewilligen nach § 5 die Löschung nicht übernommener Belastungen im Grundbuch. Um seinen Verkäuferpflichten nachkommen zu können, benötigt der Beteiligte einen neuen Grundschuldbrief, der ihm aber erst nach Kraftloserklärung des abhanden gekommenen erteilt werden kann. Eines Rückgriffs auf § 265 ZPO bedarf es somit nicht. (...)

7. BGB §§ 242, 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 (*Rückforderung einer Zuwendung der Schwiegereltern*)

1. **Zuwendungen der Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Willen an das (künftige) Schwiegerkind erfolgen, sind nicht als unbenannte Zuwendung, sondern als Schenkung zu qualifizieren (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. etwa Senat, NJW-RR 2006, 664 = FamRZ 2006, 394 m. w. N.; BGHZ 129, 259, 263 = NJW 1995, 1889). Auch auf derartige Schenkungen sind die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzuwenden.**
2. **Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage können nicht mit der Begründung verneint werden, dass das beschenkte Schwiegerkind mit dem eigenen Kind der Schwiegereltern in gesetzlichem Güterstand gelebt hat und das eigene Kind über den Zugewinnausgleich teilweise von der Schenkung profitiert (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. Senat, BGHZ 129, 259, 266 f. = NJW 1995, 1889).**
3. **Im Falle schwiegerelterlicher, um der Ehe des eigenen Kindes mit dem Beschenkten Willen erfolgter Schenkungen sind nach Scheitern der Ehe Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB denkbar (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, vgl. Senat, BGHZ 129, 259, 264 = NJW 1995, 1889 m. w. N.).**

BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger sind die Schwiegereltern des Beklagten. Sie begehren die Rückzahlung von Geldbeträgen, welche sie dem Beklagten vor dessen Eheschließung mit ihrer Tochter zur Verfügung gestellt haben. Der Kläger zu 1 verlangt außerdem einen Ausgleich für Instandsetzungsarbeiten an der Wohnung des Beklagten.

Die Tochter der Kläger und der Beklagte lebten seit 1990 in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen. 1994 wurde das erste der beiden gemeinsamen Kinder geboren. Im Februar 1996 ersteigerte der Beklagte eine Eigentumswohnung zum Preis von 297.764 DM. Zu diesem Zeitpunkt war die Eheschließung mit der Tochter der Kläger bereits in Aussicht genommen. Die Wohnung, die den späteren Eheleuten für die Zeit ihres Zusammenlebens als Familienheim diente, steht bis heute im Alleineigentum des Beklagten.

Zur Finanzierung der Wohnung nahm der Beklagte unter anderem ein Darlehen über 180.000 DM auf. Im April 1996 überwies die Klä-

ger auf das Konto des Beklagten telegrafisch 58.000 DM. Weiter übergaben die Kläger in bar 2.000 DM. Im Mai 1996 überwies der Beklagte von seinem Konto an die Gerichtskasse 48.764,10 DM auf den Gebotspreis.

In der Folgezeit wurden an der Eigentumswohnung Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten durchgeführt, an welchen der Kläger zu 1 mitwirkte. Ab Herbst 1996 bezogen der Beklagte, die Tochter der Kläger und das gemeinsame Kind die Wohnung. Im Juni 1997 schlossen der Beklagte und die Tochter der Kläger die Ehe, aus der 1999 ein zweites Kind hervorging. Im September 2002 zog der Beklagte aus der Wohnung aus. Nachdem die Tochter der Kläger im Mai 2003 Scheidungsantrag gestellt hatte, zog sie im September 2003 ebenfalls aus der Wohnung aus, die der Beklagte seither vermietet.

Im Scheidungsverfahren schlossen der Beklagte und die Tochter der Kläger einen Vergleich, nach dem unter anderem Zugewinnausgleichsansprüche nicht geltend gemacht werden sollten. Inzwischen ist die Ehe rechtskräftig geschieden.

Die Kläger haben vom Beklagten die Rückzahlung der überwiesenen 58.000 DM sowie der in bar übergebenen 2.000 DM verlangt, der Kläger zu 1 darüber hinaus eine Vergütung seiner Arbeiten und Ersatz der Materialkosten.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren mit Ausnahme des Ersatzes der Materialkosten weiter.

Aus den Gründen:

(...) Soweit die Revision eingelegt und zulässig ist, hat sie Erfolg und führt in diesem Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

A.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen den Klägern aus eigenem Recht keine Ansprüche gegen den Beklagten zu.

Ein Anspruch nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1, 2 BGB scheidet aus. Zwar liege in der Zahlung der 58.000 DM eine Zuwendung auch an den Beklagten. Auch wenn es sich dabei um eine während der Verlobungszeit erfolgte Zuwendung von Schwiegereltern handle, fänden die Grundsätze über ehebedingte Zuwendungen entsprechende Anwendung; denn die Zuwendung sei – mit Rücksicht auf die beabsichtigte Eheschließung und das damals schon geborene Enkelkind der Kläger – als Beitrag zur Schaffung eines Familienheims erfolgt. Mit dem Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage dieser Zuwendung entfallen. Denn diese sei – für den Beklagten erkennbar – in der Erwartung erfolgt, er werde mit der Tochter der Kläger eine dauerhafte Ehe eingehen; mit der Zuwendung werde zur Schaffung einer Familienwohnung beigetragen, die ihrer Tochter auf Dauer zugutekomme.

Indes sei die Beibehaltung der mit der Zuwendung geschaffenen Vermögenslage für die Kläger nicht unzumutbar. Bei ehebedingten Zuwendungen habe, wenn die Ehe scheitere, der güterrechtliche Ausgleich zwischen den Ehegatten grundsätzlich Vorrang vor einem Ausgleich nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Wenn, wie hier, Schwiegereltern mit der Zuwendung keine eigenen Interessen verfolgten, sei daher eine Ausgleichspflicht nur dann denkbar, wenn das (leibliche) Kind der zuwendenden Eltern über das eheliche Güterrecht nicht angemessen begünstigt werde. Das sei hier zwar nicht der Fall, weil die Tochter der Kläger bei der Ehescheidung mit dem Beklagten im Vergleichsweise vereinbart habe, dass Zugewinnausgleichsansprüche nicht geltend gemacht würden. Dieser Vergleich erfasse auch einen ergänzenden Anspruch der Tochter auf den Ausgleich vorehelicher

Zuwendungen. Dennoch sei es für die Kläger nicht unzumutbar, wenn ein Ausgleich ihrer Zuwendung nicht statfinde. Die Zumutbarkeit, die durch die ehebedingte Zuwendung geschaffene Vermögenslage beizubehalten, beurteile sich nicht nach den Belangen der Kläger, sondern ihrer Tochter. Diese habe sich aber mit dem Beklagten über den Ausschluss von Zugewinnausgleichsansprüchen geeinigt. Im Rahmen der Abwägung sei auch zu berücksichtigen, dass die Tochter der Kläger die Wohnung sieben Jahre lang genutzt habe, der Beklagte selbst hohe Aufwendungen für die Anschaffung der Wohnung gehabt habe und nach wievor die für die Finanzierung eingegangenen hohen Verpflichtungen erfüllen müsse. Aus den vorstehenden Gründen sei auch ein Anspruch auf Ersatz der erbrachten Arbeitsleistungen unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen.

Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Zweckverfehlung seien nicht gegeben. Die Leistungen der Kläger seien nicht als Zweckschenkung, sondern als ehebedingte Zuwendung erbracht worden, was eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausschließe.

Schließlich stünden den Klägern auch keine Ansprüche aus abgetretenem Recht ihrer Tochter zu. Denn die Tochter der Kläger und der Beklagte hätten insoweit etwa ursprünglich bestehende Ansprüche im Vergleichswege ausgeschlossen.

B.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zwar hat das Berufungsgericht – im Ergebnis zu Recht – Ansprüche der Kläger aus abgeleitetem Recht ihrer Tochter verneint. Denn die Leistungen der Kläger sind nicht an die Tochter, sondern ausschließlich an den Beklagten geflossen. Soweit das Berufungsgericht allerdings auch Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten aus eigenem Recht verneint hat, ist dies aus Rechtsgründen zu beanstanden.

I.

Das Berufungsgericht hat mit unzutreffender Begründung Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten auf Zahlung von 58.000 DM nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) verneint.

1. Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind – wovon das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgeht – vorliegend anwendbar.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, die mit der bisherigen Senatsrechtsprechung in Einklang steht, handelt es sich bei der Zuwendung der Kläger allerdings nicht um eine unbenannte Zuwendung, sondern um eine Schenkung.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats war bei Zuwendungen, die Schwiegereltern an den Ehepartner des leiblichen Kindes mit Rücksicht auf dessen Ehe mit ihrem Kind und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens machen, regelmäßig ein Rechtsverhältnis eigener Art anzunehmen, das mit den ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten vergleichbar war (BGH, FamRZ 2006, 394; FamRZ 1999, 365, 366; FamRZ 1998, 669 f. und BGHZ 129, 259, 263). Derartige – objektiv unentgeltliche – Zuwendungen waren regelmäßig nicht als Schenkung zu werten, weil es an dem hierfür erforderlichen subjektiven Tatbestand fehlte. Nach dem erkennbaren Willen des Zuwenders sollte die Leistung nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen, sondern sie sollte auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit auch von deren Bestand abhängig sein (BGH, FamRZ 1998, 669, 670 und

BGHZ 129, 259, 263 f.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht mehr fest.

Schwiegerelterliche Zuwendungen erfüllen auch dann sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 BGB, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgen. Insbesondere fehlt es nicht an einer Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.

Eine Schenkung kann nicht unter Hinweis darauf verneint werden, die Zuwendung solle auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen (entgegen BGH, FamRZ 1998, 669, 670 und BGHZ 129, 259, 263). Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung i. S. d. § 516 Abs. 1 BGB setzt weder voraus, dass der Zuwendungsempfänger über den zugewandten Gegenstand frei verfügen kann, noch dass der Empfänger einseitig begünstigt wird. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass gemäß § 525 BGB eine Schenkung unter einer Auflage erfolgen kann. Gegenstand der Auflage kann jedes Tun oder Unterlassen, Begünstigter der Auflage insbesondere auch der Schenker selbst sein (MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 525 Rdnr. 2 f.; Palandt/Weidenkaff, 68. Aufl., § 525 Rdnr. 1). Auch wird die Auflage zumindest in der Regel auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung zu erbringen sein (BGH, NJW 1982, 818, 819; MünchKommBGB/Koch, § 525 Rdnr. 2; Palandt/Weidenkaff, § 525 Rdnr. 1), was die freie Disposition des Beschenkten über den unter einer Auflage zugewendeten Gegenstand gerade ausschließt. Zudem werden auch Zweckschenkungen als Schenkungen qualifiziert, obwohl der Zuwendende hier ebenfalls einen über die Zuwendung an den Beschenkten hinausgehenden Zweck verfolgt (Kollhosser, NJW 1994, 2313, 2318; MünchKommBGB/Koch, § 516 Rdnr. 75; Tiedtke, JZ 1996, 201).

Anders als bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten fehlt es im Falle schwiegerelterlicher Zuwendungen auch nicht an einer mit der Zuwendung einhergehenden dauerhaften Vermögensminderung beim Zuwendenden, wie sie § 516 Abs. 1 BGB voraussetzt (vgl. MünchKommBGB/Koch, § 516 Rdnr. 5 f.). Bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten ist eine Schenkung regelmäßig deshalb zu verneinen, weil der zuwendende Ehegatte die Vorstellung hat, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der ehelichen Lebensgemeinschaft und damit auch ihm selbst zugutekommen (so BGHZ 177, 193, 198 und BGH, FamRZ 1990, 600, 603; Wagenitz in Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt, FamRZ-Buch Bd. 20, S. 167). Demgegenüber übertragen (potentielle) Schwiegereltern den zuzuwendenden Gegenstand regelmäßig in dem Bewusstsein auf das Schwiegerkind, künftig an dem Gegenstand nicht mehr selbst zu partizipieren (vgl. Schwab in FS Werner, 2009, S. 459, 462 f.; Staudinger/Thiele, BGB, 2007, § 1363 Rdnr. 27). Die Zuwendung aus ihrem Vermögen hat also eine dauerhafte Verminderung desselben zur Folge.

Da Zuwendungen, die Eltern mit Rücksicht auf die Ehe ihres Kindes an das (potentielle) Schwiegerkind erbringen, somit sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 BGB erfüllen, sind sie als Schenkung zu werten. Dem entspricht es, dass Zuwendungen der Eltern an ihr eigenes Kind in der Rechtsprechung auch dann als Schenkung qualifiziert werden, wenn sie um der Ehe des Kindes Willen erfolgen (BGH, FamRZ 1998, 669).

b) Auch wenn schwiegerelterliche Zuwendungen somit nicht als unbenannte Zuwendung, sondern als Schenkung zu werten sind, sind auf sie dennoch die Grundsätze des Wegfalls

der Geschäftsgrundlage anwendbar (vgl. BGH, FamRZ 2003, 223 und FamRZ 1999, 705, 707).

Nach ständiger Rechtsprechung sind Geschäftsgrundlage die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGH, NZBau 2009, 771, 774 m. w. N.). Ist dies hinsichtlich der Vorstellung der Eltern, die eheliche Lebensgemeinschaft des von ihnen beschenkten (künftigen) Schwiegerkindes mit ihrem Kind werde Bestand haben und ihre Schenkung demgemäß dem eigenen Kind dauerhaft zugutekommen, der Fall, so bestimmt sich bei Scheitern der Ehe eine Rückabwicklung der Schenkung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Hiergegen spricht insbesondere nicht, dass die im Schenkungsrecht ausdrücklich vorgesehenen Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung von Geschenken wegen Nichterfüllung einer Auflage, wegen Verarmung und wegen groben Undanks des Beschenkten (§§ 527, 528, 530 BGB) Sonderfälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und damit den allgemeinen Grundsätzen gegenüber speziell wären. Vielmehr ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass das allgemeine Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anwendbar ist, soweit der Sachverhalt außerhalb des Bereichs der speziellen Herausgabeansprüche des Schenkers liegt (BGH, FamRZ 2006, 473, 475; FamRZ 1990, 600, 602 m. w. N.). Um einen Sachverhalt außerhalb des Bereichs der Sondervorschriften handelt es sich indes auch bei dem Scheitern der Ehe (BGH, FamRZ 1990, 600, 602).

2. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass die Geschäftsgrundlage der Schenkung der Kläger deren für den Beklagten erkennbare Erwartung war, der Beklagte werde mit der Tochter der Kläger eine dauerhafte Ehe eingehen; mit der Schenkung werde zur Schaffung einer Familienwohnung beigetragen, die der Tochter auf Dauer zugutekomme. Diese Geschäftsgrundlage ist infolge des Scheiterns der Ehe des Beklagten mit der Tochter der Kläger und mit dem Auszug der Tochter aus der im Alleineigentum des Beklagten stehenden Familienwohnung entfallen.

3. Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützte Ansprüche der Kläger zu Unrecht mit der Erwägung abgelehnt, die Tochter der Kläger habe auf einen etwaigen den Zugewinnausgleich ergänzenden Anspruch verzichtet. Dieser Überlegung liegt der – auf die bisherige Senatsrechtsprechung gestützte – Gedanke zugrunde, Eltern könnten, wenn sie ihrem Schwiegerkind eine Zuwendung gemacht und damit nicht auch eigene, in die Zukunft gerichtete Interessen verfolgt hätten, im Scheidungsfall Ansprüche gegen das Schwiegerkind wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage dann nicht geltend machen, wenn auch ihr eigenes Kind – im Wege des Zugewinnausgleichs – durch die Zuwendung angemessen begünstigt werde.

a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats kam, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand gelebt hatten, ein Anspruch der Schwiegereltern nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nur in Betracht, wenn das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs schlechthin unangemessen war und für den Zuwender unzumutbar unbillig erschien, wobei Unangemessenheit und Unzumutbarkeit an den Belangen des mit dem Zuwender verwandten Ehegatten

zu messen waren (BGHZ 129, 259, 266 f.). Zur Begründung hat der Senat insbesondere ausgeführt, die Schwiegereltern hätten bei Vorausschau des späteren Scheiterns der Ehe nicht von der Zuwendung abgesehen, sondern sie ebenfalls erbracht, allerdings in vollem Umfang an ihr eigenes Kind und zu dessen uneingeschränkter Disposition. In diesem gedachten Fall hätte das eigene Kind den ihm zugewendeten Gegenstand ganz oder teilweise an seinen Ehegatten weitergegeben (sog. „Kettenschenkung“) mit der Folge, dass ein Ausgleich unter den Ehegatten ebenfalls nur im Rahmen des Zugewinnausgleichs stattgefunden hätte. Unter diesen Umständen könnte bei einer unmittelbaren Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind im Regelfall nicht davon ausgegangen werden, dass das Scheitern der Ehe zu einer für die Schwiegereltern unzumutbaren Störung der Geschäftsgrundlage geführt habe (BGHZ 129, 259, 266).

b) An dieser Rechtsprechung, die nicht ohne Kritik geblieben ist (vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2003, 1660; *Koch* in FS Schwab, 2005, S. 513, 519; *Schwab*, a. a. O., S. 466; *Wagenitz*, a. a. O., S. 178), hält der Senat nicht mehr fest.

aa) Allein der Umstand, dass die Schenkung dem eigenen Kind der Schwiegereltern über den Zugewinnausgleich teilweise zugutekommt, vermag nicht zu erklären, warum die Beibehaltung der derzeitigen Vermögensverhältnisse für die Schwiegereltern in Fällen des gesetzlichen Güterstandes regelmäßig zumutbar sein soll. Dass dieser zu Zuwendungen unter Eheleuten entwickelte Gedanke nicht auf schwiegerelterliche Schenkungen übertragen werden kann, ergibt sich bereits aus einer vergleichenden Betrachtung der Auswirkungen des Zugewinnausgleichs auf schwiegerelterliche Schenkungen einerseits und auf Zuwendungen unter Eheleuten andererseits.

Zuwendungen unter Eheleuten können zur Folge haben, dass sich der Zugewinn des Zuwendungsempfängers maximal bis zur Höhe der Zuwendung erhöht, während sich der Zugewinn des Zuwenders entsprechend verringert. Denn wie bei jeder Zuwendung korrespondiert mit dem Vermögenszufluss beim Empfänger eine entsprechende Vermögensminderung beim Zuwender. Im für den zuwendenden Ehegatten günstigsten Fall erhält dieser somit – wirtschaftlich – über den Zugewinnausgleich seine gesamte Zuwendung zurück. Demgegenüber erhöht eine Zuwendung der Schwiegereltern an ihr Schwiegerkind auch nach der bisherigen Betrachtungsweise allenfalls dessen Zugewinn, während der Zugewinn des eigenen Kindes unbeeinflusst bleibt. Folglich kann das eigene Kind der Schwiegereltern über den Zugewinnausgleich allenfalls hälftig an der Zuwendung profitieren. Es ist aber nicht einzusehen, warum sich Schwiegereltern stets mit einem zumindest hälftigen Verbleib ihrer Schenkung beim (ehemaligen) Schwiegerkind abfinden sollen.

bb) Zwar entspricht im Verhältnis der Ehegatten untereinander eine hälftige Ausgleichsquote dem gesetzlichen Normalfall des güterrechtlichen Ausgleichs und dem Wesen der Ehe als einer Wirtschafts- und Risikogemeinschaft (BGHZ 129, 259, 267 und 115, 132, 139). Aus diesem Grund wird nach der Senatsrechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten die Grenze der Unzumutbarkeit kaum je überschritten, solange der zuwendende Ehegatte güterrechtlich einen Ausgleich in Höhe des halben Wertes der Zuwendung erhält. Sogar dann, wenn sein güterrechtlicher Ausgleichsanspruch hinter einer hälftigen Beteiligung zurückbleibt, ist eine Korrektur nicht ohne weiteres geboten (BGHZ 115, 132, 139). Diese Grundsätze lassen sich aber auf das Verhältnis zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkind nicht übertragen.

Der güterrechtliche Grundsatz der Halbteilung ist nicht einschlägig, weil die güterrechtlichen Vorschriften im Verhältnis von Schwiegereltern und Schwiegerkind nicht anwendbar sind (vgl. *Wagenitz*, a. a. O., S. 178). Deshalb können die Vorschriften des Zugewinnausgleichs – anders als bei Zuwendungen unter Eheleuten (vgl. BGHZ 119, 392, 396 f.; 115, 132, 135 f.) – nicht als eine die allgemeinen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängende speziellere Regelung angesehen werden.

Aus dem Umstand, dass die Zuwendung der Schwiegereltern gerade in Ansehung der Ehe ihres Kindes mit dem beschenkten Schwiegerkind erfolgt ist, ergibt sich nichts anderes. Das folgt bereits aus dem Unterschied zwischen schwiegerelterlichen Schenkungen und unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten: Wendet ein Ehegatte dem anderen Ehegatten Vermögensgegenstände zu, so handelt es sich um einen Vorgang innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft. Im Vordergrund der Zuwendung steht hier regelmäßig die persönliche Beziehung des Zuwendenden zu seinem Ehegatten. Aus dieser Nähebeziehung gerade zum Empfänger der Zuwendung rechtfertigt sich der grundsätzliche Vorrang des Güterrechts, das den vermögensrechtlichen Ausgleich zwischen den Eheleuten bei Scheitern der Ehe ausgestaltet. Anders als bei ehebezogenen Zuwendungen der Ehegatten untereinander geht es bei Zuwendungen von Schwiegereltern um Leistungen von Personen, die außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen, also insbesondere nicht in die Wirtschafts- und Risikogemeinschaft der Eheleute einbezogen sind. Wenden sie ihrem Schwiegerkind etwas zu, dann geschieht dies gewöhnlich primär in Ansehung ihres eigenen Kindes, während eine etwaige persönliche Beziehung der Schwiegereltern zu dem Schwiegerkind allenfalls Begleitmotiv ist. Die Schwiegereltern würden regelmäßig die Zuwendung nicht vornehmen, wenn es sich bei dem Zuwendungsempfänger nicht um den Lebenspartner ihres Kindes handelte. Folglich kann in solchen Fällen nicht das Näheverhältnis zum Schwiegerkind herangezogen werden, um es für die Schwiegereltern zumutbar erscheinen zu lassen, dass das Schwiegerkind nach bisheriger Betrachtungsweise zumindest die hälftige Zuwendung behalten darf, wenn die Ehe mit dem eigenen Kind scheitert.

Auch der bislang von der Senatsrechtsprechung herangezogene Aspekt der (hypothetisch gedachten) Kettenschenkung (vgl. BGHZ 129, 259, 266) vermag keine abweichende Sichtweise zu rechtfertigen. Dieser Aspekt ist nicht verallgemeinerungsfähig (vgl. *Schwab*, a. a. O., S. 466; *Wagenitz*, a. a. O., S. 178). Außerdem beruht die (gedachte) Kettenschenkung lediglich auf einer – zudem in sich widersprüchlichen (vgl. *Wagenitz*, a. a. O.) – Fiktion, welche nichts daran ändert, dass die Schenkung tatsächlich nicht an das eigene Kind, sondern an das Schwiegerkind erfolgt ist.

cc) Ein Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern ist auch nicht deshalb regelmäßig zu verneinen, weil ansonsten die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Beschenkten – einerseits im Wege des Zugewinnausgleichs von Seiten seines Ehegatten, andererseits nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage von Seiten seiner Schwiegereltern – bestünde (vgl. dazu BGHZ 129, 259, 265).

(1) Das Schwiegerkind braucht regelmäßig eine Inanspruchnahme im Wege des Zugewinnausgleichs nicht zu befürchten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass schwiegerelterliche Schenkungen nicht nur im End-, sondern auch im Anfangsvermögen des Schwiegerkindes zu berücksichtigen sind und sich somit im Zugewinnausgleich nicht auswirken. Bei vor ehelichen Schenkungen ist dies bereits deshalb der Fall, weil der Schenkungsgegenstand bei Eheschließung, also zum

maßgeblichen Stichtag, bereits im Vermögen des Schwiegerkinds vorhanden ist. Aber auch wenn die Schenkung nach Eheschließung erfolgt ist, erhöht sie regelmäßig nicht den Zugewinn des Schwiegerkinds. Während auf der Grundlage der bisherigen Senatsrechtsprechung unbenannte Zuwendungen der Schwiegereltern nicht gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen waren (BGHZ 129, 259, 263), können die nunmehr als Schenkung zu wertenden schwiegerelterlichen Zuwendungen auch dann unter § 1374 Abs. 2 BGB subsumiert werden, wenn sie um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgt sind (vgl. *Soergel/Mühl/Teichmann*, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdnr. 36). Der in der Literatur teilweise vertretene Auffassung, wonach im Falle ehebezogener Schenkungen der Schwiegereltern eine teleologische Reduktion des § 1374 Abs. 2 BGB vorzunehmen ist (MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 516 Rdnr. 80; *Tiedtke*, JZ 1996, 201, 202; vgl. zu echten Schenkungen unter Ehegatten BGHZ 101, 65, 70), schließt sich der Senat nicht an. Wenn Eltern erreichen wollen, dass ihr Kind auch im Falle der Ehescheidung von der Schenkung profitiert, müssen sie ihr Kind direkt beschenken. Entscheiden sie sich demgegenüber dafür, nicht ihr Kind, sondern ihr Schwiegerkind zu beschenken, sind sie an dieser Entscheidung festzuhalten. Es besteht kein Anlass, diese Entscheidung über den Zugewinnausgleich teilweise zu korrigieren.

(2) Eine Privilegierung schwiegerelterlicher Schenkungen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB ist auch nicht deshalb abzulehnen, weil dies unangemessene Konsequenzen für den Zugewinnausgleich nach sich ziehen könnte.

Zwar ist die Gefahr unbilliger Ergebnisse im Zugewinnausgleichsverfahren nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Denn nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH, FamRZ 2007, 877, 878) entstehen etwaige Rückforderungsansprüche der Schwiegereltern vor dem für den Zugewinnausgleich maßgeblichen Stichtag (vgl. § 1384 BGB). Demgemäß sind sie im Endvermögen des Beschenkten zu berücksichtigen (vgl. dazu BGH, FamRZ 1998, 669, 670; *Bergschneider*, FamRZ 2003, 1660; 10. Deutscher Familiengerichtstag, 18. Arbeitskreis, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 8, S. 89; *Seif*, FamRZ 2000, 1193, 1197). Dieser Umstand könnte im Ausgangspunkt zur Folge haben, dass dem eigenen Kind der schenkenden Schwiegereltern nicht nur gemäß § 1374 Abs. 2 BGB die Schenkung selbst nicht zugutekommt, sondern es im ungünstigsten Fall den Rückforderungsanspruch über den Zugewinnausgleich häufig mitzutragen hat.

Jedoch können derartige unbillige Ergebnisse dadurch vermieden werden, dass die privilegierte schwiegerelterliche Schenkung lediglich in einer um den Rückforderungsanspruch verminderten Höhe in das Anfangsvermögen des Schwiegerkinds eingestellt wird. Denn der Beschenkte hat den zugewendeten Gegenstand nur mit der Belastung erworben, die Schenkung im Falle des späteren Scheiterns der Ehe schuldrechtlich ausgleichen zu müssen. Zwar steht im für die Ermittlung des Anfangsvermögens maßgeblichen Zeitpunkt (§ 1376 Abs. 1 BGB) noch nicht fest, ob und in welcher Höhe der Rückforderungsanspruch entstehen wird, es handelt sich also um eine ungewisse Forderung. Allerdings besteht in der Regel nur Veranlassung, das Anfangsvermögen zu ermitteln, wenn die Ehe gescheitert ist. Dann steht aber auch fest, dass und in welcher Höhe die Forderung entstanden ist. Daher kann sie mit ihrem vollen Wert in das Anfangsvermögen des Beschenkten eingestellt werden (*Haußleiter/Schulz*, Kap. 6 Rdnr. 154; *Tiedtke*, JZ 1992, 1025, 1027). Dem steht nicht entgegen, dass künftige Verbindlichkeiten grundsätzlich in der Zugewinnausgleichsbilanz nicht berücksichtigt werden

(vgl. *Palandt/Brudermüller*, § 1375 Rdnr. 15, § 1374 Rdnr. 4). Denn die hier interessierende künftige Verbindlichkeit mindert auch das Endvermögen und hängt eng mit einem Gegenstand des Anfangsvermögens und mit der Ehe der Parteien zusammen. Dies rechtfertigt eine abweichende Beurteilung.

(3) Ist demgemäß nicht nur die Schenkung selbst, sondern auch der Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern sowohl im End- als auch im Anfangsvermögen des Schwiegerkinds zu berücksichtigen, folgt hieraus zugleich, dass die Schenkung der Schwiegereltern regelmäßig im Zugewinnausgleichsverfahren vollständig unberücksichtigt bleiben kann. Anderes gilt lediglich in besonderen Konstellationen, etwa in Fällen, in denen das Anfangsvermögen des Schwiegerkinds negativ war und das Zugewinnausgleichsverfahren vor dem 1.9.2009 anhängig gemacht wurde (vgl. Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB).

dd) Schließlich kann ein Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern auch nicht deshalb unter Hinweis auf die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme verneint werden, weil Konstellationen denkbar sind, in denen über den Zugewinnausgleich bereits durch rechtskräftiges Urteil entschieden oder darüber im Wege des Vergleichs eine Einigung erzielt wurde, und in denen das Schwiegerkind infolge der Schenkung seinem Ehepartner einen höheren Zugewinnausgleich leisten musste bzw. einen geringeren Ausgleich von ihm erhalten hat als dies ohne Schenkung der Fall gewesen wäre. Zum einen dürften solche Fälle eher selten sein. Problematisch werden im Wesentlichen nur Fallkonstellationen sein, in denen über den Zugewinnausgleich noch auf der Grundlage der bisherigen Senatsrechtsprechung zur unbenannten schwiegerelterlichen Zuwendung entschieden wurde. Zum anderen können in diesen Fällen unbillige Ergebnisse in der Weise vermieden werden, dass das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs bei der Ermittlung der Höhe des schwiegerelterlichen Rückforderungsanspruchs ausnahmsweise im Rahmen der tatrichterlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls berücksichtigt wird. Hierbei kann insbesondere von Bedeutung sein, ob der Zweck der Schenkung insoweit erreicht wurde, als das Kind bereits über den Zugewinnausgleich von der Schenkung profitiert hat.

ee) Im Ergebnis können folglich schwiegerelterliche Rückforderungsansprüche nicht mit der Begründung verneint werden, dass das beschenkte Schwiegerkind mit dem eigenen Kind der Schwiegereltern in gesetzlichem Güterstand gelebt hat und das eigene Kind über den Zugewinnausgleich teilweise von der Schenkung profitiert. Vielmehr ist das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs lediglich ausnahmsweise bei der Ermittlung der Höhe des schwiegerelterlichen Rückforderungsanspruchs zu berücksichtigen.

c) Nachdem das Berufungsgericht Ansprüche der Kläger nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hauptsächlich aus güterrechtlichen Erwägungen verneint hat, kann das angefochtene Urteil bereits aus diesem Grund nicht bestehen bleiben.

II.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch Ansprüche wegen Zweckverfehlung aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB im Einzelfall in Betracht kommen können. Diese können jedenfalls nicht mehr mit der vom OLG angeführten Erwägung abgelehnt werden, die Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage habe Vorrang und schließe eine Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze aus, auch wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen gegeben seien.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Senat es zwar abgelehnt, allein um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgte schwiegerelterliche Zuwendungen auf der Grundlage von Bereicherungsansprüchen wegen Zweckverfehlung rückabzuwickeln (BGHZ 129, 259, 264). Eine Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB kam danach nur in Betracht, wenn zwischen Zuwendungsempfänger und Zuwendendem eine Willensübereinstimmung bezüglich eines über die bloße Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft hinausgehenden Zweckes erzielt wurde, beispielsweise über den künftigen Miteigentumserwerb des eigenen Kindes des Zuwendenden (vgl. BGHZ 115, 261, 262 f.). Insoweit galt also nichts anderes als in Ansehung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen unter Ehegatten (vgl. BGHZ 115, 261, 262 m. w. N.).

Auch an dieser Rechtsprechung hält der Senat nicht fest (vgl. bereits zu Zuwendungen unter den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft BGH, FamRZ 2009, 849, 850; BGHZ 177, 193, 206 ff.).

Allein der Aspekt der größeren Flexibilität einer Abwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vermag nicht zu rechtfertigen, warum stattdessen nicht Bereicherungsansprüche wegen Zweckverfehlung gegeben sein können, sofern deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen. Auch sind Fälle denkbar, in denen (künftige) Schwiegereltern mit ihrer Schenkung ehebezogene Zwecke verfolgen, hierüber mit dem Empfänger der Leistung eine Willensübereinstimmung erzielen, und in denen dieser Zweck infolge des Scheiterns der Ehe nicht erreicht wird. Insbesondere kann der verfolgte Zweck i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB darin bestehen, dass der Zuwendungsgegenstand dem eigenen Kind der Schwiegereltern dauerhaft zugutekommt, indem dessen Ehe fortbesteht (vgl. OLG Köln, FamRZ 1994, 1242, 1244; OLG Hamm, FamRZ 1990, 1232; vgl. auch *Joost*, JZ 1985, 10, 17 zur unbenannten Zuwendung unter Ehegatten). Allein dadurch, dass die Ehe eine gewisse Zeit Bestand hatte und das eigene Kind der Schwiegereltern in dieser Zeit von der Schenkung profitierte, wird ein derartiger Zweck in solchen Fällen noch nicht vollständig erreicht, so dass Ansprüche aus Bereicherungsrecht nicht stets unter Hinweis auf die Zweckverfehlung abgelehnt werden können (vgl. aber noch BGHZ 115, 261, 264 und BGHZ 84, 361, 363, jeweils zum Zweck der Schaffung eines Familienheims).

Zwar wird eine entsprechende Zweckvereinbarung vielfach nicht festgestellt werden können. Eine Zweckabrede i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB setzt positive Kenntnis von der Zweckvorstellung des anderen Teils voraus, ein bloßes Kennenmüssen genügt nicht (BGHZ 115, 261, 263). Hinzu kommt, dass die Beteiligten im Zeitpunkt der Schenkung nicht selten die Möglichkeit eines späteren Scheiterns der Ehe nicht in ihre Überlegungen aufnehmen. In diesen Fällen mag zwar dennoch eine gemeinsame Vorstellung vom Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft vorliegen, welche die Geschäftsgrundlage der Schenkung bildet; eine entsprechende Zweckvereinbarung kommt jedoch von vornherein nicht in Betracht (vgl. *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., 4. Kap. Rdnr. 142; *Kühne*, FamRZ 1968, 356, 358).

III.

Soweit das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers zu 1 in Ansehung der von ihm erbrachten Arbeitsleistungen abgelehnt hat, hält dies einer revisionsrechtlichen Prüfung ebenso wenig stand.

Zutreffend zieht das Berufungsgericht allerdings auch insoweit Ansprüche nach den Grundsätzen des Wegfalls der Ge-

schäftsgrundlage in Betracht. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, wonach bei Arbeitsleistungen erheblichen Umfangs, die insbesondere über erwiesene Gefälligkeiten hinausgehen, in dem Verhalten der Parteien der schlüssige Abschluss eines besonderen familienrechtlichen Vertrages (sog. Kooperationsvertrag) gesehen werden kann, dessen Geschäftsgrundlage durch das Scheitern der Ehe entfallen ist (BGHZ 177, 193, 209; 127, 48, 51; siehe auch BGHZ 84, 361, 367 f.).

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht indes Ansprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hauptsächlich aus güterrechtlichen Erwägungen verneint. Insoweit gilt nichts anderes, als vorstehend (I 3) zur Zuwendung der 58.000 DM ausgeführt wurde.

Gleichermaßen hat das Berufungsgericht in Ansehung der Arbeitsleistungen Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB mit unzutreffenden Erwägungen abgelehnt. Insoweit kann ebenfalls auf die vorstehenden Ausführungen (II) verwiesen werden.

IV.

Der Senat ist nicht in der Lage, abschließend in der Sache zu entscheiden. Zwar hat das Berufungsgericht ausreichende Feststellungen zur Geschäftsgrundlage der Schenkung und zu deren Wegfall getroffen (vgl. oben I 2). Allerdings fehlt es an hinreichenden Feststellungen, um dem Senat eine eigene Billigkeitsabwägung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu ermöglichen. Ebenso wenig kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen beurteilt werden, ob zwischen den Klägern und dem Beklagten eine Zweckvereinbarung i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zustande gekommen ist. Außerdem ist noch ungeklärt, in welchem Umfang der Kläger zu 1 an den Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten mitgewirkt hat. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

V.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Das Berufungsgericht wird nunmehr unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls eine Anpassung des Schenkungsvertrags nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorzunehmen haben. Hierbei wird es insbesondere auf die Abwägungskriterien zurückgreifen können, die nach der bisherigen Senatsrechtsprechung zu unbenannten schwiegerelterlicher Zuwendungen heranzuziehen waren (vgl. BGH, FamRZ 2006, 394, 395 ff.; FamRZ 1999, 365, 366 f. und FamRZ 1998, 669, 670). Lediglich güterrechtlichen Aspekten kommt nach der geänderten Rechtsprechung des Senats keine Bedeutung mehr zu.

Demgemäß wird insbesondere zu berücksichtigen sein, dass die Tochter der Kläger die Wohnung sieben Jahre lang genutzt hat. Schon deshalb dürfte vorliegend eine vollständige Rückgewähr der Schenkung nicht in Betracht kommen: Ist – wie hier – die Geschäftsgrundlage einer schwiegerelterlichen Schenkung die Erwartung, dass der Gegenstand der Schenkung dem eigenen Kind der Schwiegereltern auf Dauer zugutekommt, so wird diese Erwartung jedenfalls dann nicht verwirklicht, wenn das eigene Kind nicht angemessen von der Schenkung profitiert. Ist dies infolge des Scheiterns der Ehe des Kindes der Fall, ist die Geschäftsgrundlage dementsprechend insoweit entfallen, als die Begünstigung des eigenen Kindes entgegen der Erwartung seiner Eltern vorzeitig endet (vgl. BGH, FamRZ 2006, 394, 395; FamRZ 1999, 365, 367; FamRZ 1998, 669, 670 und BGHZ 129, 259, 264). Über die

Art und Weise, wie diesem Gesichtspunkt Geltung zu verschaffen ist, hat der Richter im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens zu befinden. Dabei verbietet sich eine schematische Betrachtungsweise.

2. Weiter dürfte – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht von Relevanz sein, ob die zugewendeten 58.000 DM in voller Höhe für den Erwerb der Wohnung verwendet wurden, oder ob damit teilweise auch sonstige Anschaffungen oder Ausgaben finanziert wurden. Sofern der Geldbetrag nach den für den Beklagten erkennbaren Vorstellungen der Kläger in die Wohnung fließen sollte, ist unerheblich, ob er auch tatsächlich hierfür Verwendung gefunden hat. Der Beklagte hat die Wohnung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zur Geldzuwendung erworben. Für den Rückforderungsanspruch der Kläger kann demgemäß nicht von Bedeutung sein, ob der Beklagte den geschenkten Betrag für die Bezahlung der Wohnung verwendet hat, oder ob er sein sonstiges Vermögen dafür eingesetzt und den – auf diese Weise frei gewordenen – Schenkungsbetrag anderweitig genutzt hat.

3. Für die Bemessung eines etwaigen Anspruchs des Klägers zu 1 nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wegen seiner Mitarbeit bei den Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten gilt im Ausgangspunkt nichts anderes, als zu dem die Schenkung betreffenden Rückforderungsanspruch ausgeführt wurde (vgl. oben V 1). Allerdings ist hier zu beachten, dass ein etwaiger Anspruch nicht nur auf den Betrag der noch vorhandenen Vermögensmehrung zu begrenzen ist, sondern auch die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft nicht übersteigen darf (vgl. zuletzt BGHZ 177, 193, 210).

Anmerkung:

Die Entscheidung beschäftigt sich mit einem Sachverhalt, der in der notariellen Praxis selten vorkommt, nämlich der Zuwendung von Geldleistungen durch Schwiegereltern an das Schwiegerkind. Von Relevanz für die notarielle Praxis ist sie dennoch, da die Entscheidungsgründe auf die Zuwendung von Grundbesitz übertragbar sind.

1. Gegenstand der Entscheidung

Den Schwerpunkt der Entscheidung bilden die Feststellungen zum Rechtsverhältnis, welches unentgeltlichen Leistungen an das Schwiegerkind zugrunde liegt. Bislang folgte die Rechtsprechung in diesem Bereich den Grundsätzen, die für Leistungen zwischen Ehegatten entwickelt worden sind.¹ Diese werden als unbenannte Zuwendung und nicht als Schenkung i. S. v. §§ 516 ff. BGB eingestuft.² Von Bedeutung ist die Unterscheidung vor allem auf der Rechtsfolgenebene. Bei der Annahme einer sog. unbenannten Zuwendung ist die Rückforderung der Leistung durch die Schwiegereltern im Falle des Scheiterns der Ehe zwischen dem Schwiegerkind und dem leiblichen Kind nur dann möglich, wenn das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs zwischen den Ehegatten schlechthin unangemessen und unbillig erscheint. Dieser Vorrang des Güterrechts stellte in vielen Fällen eine unüberwindbare Hürde für das Rückforderungsbegehren der Schwiegereltern dar. Erschwerend kam hinzu, dass die Rechtsprechung die Unangemessenheit und die Unzumutbarkeit ausschließlich an den Belangen des mit dem Zuwender verwandten Ehegatten gemessen hat.³

¹ Siehe hierzu *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Rdnr. 1200 ff.

² Siehe hierzu *Bruch*, MittBayNot 2008, 173.

³ Vgl. BGH, FamRZ 1995, 1060, 1062.

Diese Rechtsprechung wurde nun aufgegeben. Zuwendungen der Schwiegereltern an das Schwiegerkind sind nun als echte Schenkung einzustufen mit der Folge, dass der Grundsatz des Vorrangs des Güterrechts nicht zur Anwendung gelangt und somit keine Anspruchssperre mehr darstellt. Konsequenz der Rechtsprechungsänderung dürfte sein, dass die Rückforderung von Zuwendungen an das Schwiegerkind im Falle des Scheiterns der Ehe zwischen diesem und dem leiblichen Kind nunmehr den Regelfall und nicht mehr die Ausnahme darstellen dürfte. Dies gilt umso mehr, als der Senat für derartige Sachverhalte in der Entscheidung mehrere Anspruchsgrundlagen eröffnet. Danach kommt nicht nur eine Rückforderung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht, sondern auch eine Rückforderung wegen Zweckverfehlung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB. Insgesamt lässt sich eine Parallele zwischen der aktuellen Entscheidung und der ebenfalls geänderten Rechtsprechung des BGH zur Rückforderung von Zuwendungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ziehen. Auch in diesem Bereich wurde die Möglichkeit gestärkt, die Zuwendung im Falle eines Scheiterns der Partnerschaft nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. der Kondiktion wegen Zweckverfehlung zurückzufordern.⁴

Die Argumente, welche der Senat für die Annahme einer Schenkung anführt, lassen sich nicht von der Hand weisen. Es war bislang nur schwer nachvollziehbar, weshalb das Rechtsverhältnis zwischen dem leiblichen Kind und dem Schwiegerkind das Rechtsverhältnis zwischen den Schwiegereltern und dem Schwiegerkind maßgeblich beeinflussen sollte. Die Einstufung der Zuwendung der Schwiegereltern als echte Schenkung eröffnet die Möglichkeit, diese Rechtsbeziehungen zu trennen. Hierdurch werden die rechtlichen Interessen des Zuwenders gewahrt. Der Senat berücksichtigt zu Recht, dass die Schwiegereltern außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen, nicht in die Wirtschafts- und Risikogemeinschaft der Ehegatten einbezogen sind und an dem Gegenstand der Zuwendung regelmäßig nicht mehr partizipieren.⁵

2. Auswirkungen auf Zugewinnausgleichsansprüche

Interessant an der Entscheidung sind des Weiteren die Überlegungen, die der Senat zu den Auswirkungen der Anerkennung des Rückforderungsanspruchs der Schwiegereltern auf den Zugewinnausgleich zwischen dem leiblichen Kind und dem Schwiegerkind anstellt. Der Senat geht davon aus, dass die Schenkung der Schwiegereltern im Zugewinnausgleichsverfahren vollständig neutral bleibt. Festzustellen ist zunächst, dass die Anerkennung des Rückforderungsanspruchs der Schwiegereltern das beschenkte Schwiegerkind nicht der Gefahr aussetzt, im Wege des Zugewinnausgleichsverfahrens nochmals durch seinen Ehegatten wegen desselben Gegenstandes in Anspruch genommen zu werden. Auch wenn die Zuwendung erst nach Eheschließung erfolgt, erhöht sie nicht den Zugewinn, da sie gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzuzurechnen ist.

Thematisiert wird des Weiteren das Problem, dass das leibliche Kind den Rückforderungsanspruch seiner Eltern über den Zugewinnausgleich unter Umständen hälftig mitzutragen hat. Dies hat seinen Grund darin, dass der Rückforderungsanspruch in der Regel vor dem maßgeblichen Stichtag (§ 1384 BGB) entsteht, und somit vom Endvermögen des Ehegatten abzuziehen ist, der die Zuwendung erhalten und den Rückfor-

⁴ Vgl. BGH, MittBayNot 2009, 137, m. Anm. *Bruch*.

⁵ Ähnlich auch *Koch* in FS Dieter Schwab, 2005, S. 513, 519 f.

derungsanspruch zu begleichen hat. Dieses Problem möchte der Senat dadurch lösen, dass der Gegenstand der Zuwendung nur in einer um den Rückforderungsanspruch verminderten Höhe in das Anfangsvermögen des Schwiegerkindes eingestellt wird. Durch diesen rechtlichen Kunstgriff wird die Neutralität der Zuwendung der Schwiegereltern im Zugewinnausgleichsverfahren der Ehegatten erreicht. Der Argumentation liegen vor allem Wertungsgesichtspunkte zugrunde. Rechtlich gesehen erscheint eine derartige Annahme jedoch sehr gewagt. Denn zum Zeitpunkt des Eingangs des Gegenstandes der Zuwendung in das Vermögen des Schwiegerkindes ist noch keinerlei rechtliche Grundlage für das Entstehen des zukünftigen Anspruchs gegeben. Dieser entsteht erst mit dem späteren Scheitern der Ehe. Wenn die Schwiegereltern vom Scheitern der Ehe ausgegangen wären, hätten sie die Zuwendung gerade nicht vorgenommen. Richtigerweise dürfte deshalb der volle Wert des Gegenstandes in das Anfangsvermögen des Schwiegerkindes einzustellen sein und ein Abzug des künftigen, zum Zeitpunkt der Zuwendung ungewissen, Rückforderungsanspruchs der Schwiegereltern nicht erfolgen. Diese Schlussfolgerung zu ziehen, wäre meines Erachtens konsequent gewesen, auch wenn sie sich wirtschaftlich zulasten des anderen Ehegatten im Zugewinnausgleichsverfahren auswirken würde.

3. Bedeutung für die notarielle Praxis

Direkte Zuwendungen der Schwiegereltern an das Schwiegerkind spielen in der notariellen Praxis bislang eine untergeordnete Rolle, weil der Freibetrag des Schwiegerkindes bei der Erbschafts- und Schenkungsteuer (20.000 € seit 1.1.2009, § 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) deutlich gegenüber dem Freibetrag des leiblichen Kindes (400.000 € seit 1.1.2009, § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) zurückbleibt. Insbesondere im Falle der Übertragung von Hausimmobilien löst die direkte Übertragung von Grundbesitz auf das Schwiegerkind im Regelfall den Anfall von Schenkungsteuer aus. Das OLG Oldenburg nimmt in solchen Fällen sogar eine Hinweispflicht des Notars bezüglich des möglichen Anfalls von Schenkungsteuer an.⁶ Vor diesem steuerlichen Hintergrund wird deshalb in aller Regel die Übertragung des Grundbesitzes ausschließlich an das eigene Kind gewünscht. Es ist sodann die Entscheidung des Kindes, ob es durch eine weitere Übertragung den Ehegatten an dem Grundbesitz beteiligt, wobei die steuerlichen Grundsätze zur Zulässigkeit der sog. „Kettenschenkung“ zu beachten sind.

Falls eine direkte Zuwendung an das Schwiegerkind jedoch ausdrücklich gewünscht sein sollte, sollte die Frage der Rückforderbarkeit und der entsprechende Rückforderungsanspruch in der Urkunde geregelt werden. Erwägenswert ist des Weiteren auch, dass die Auswirkungen der Zuwendung der Schwiegereltern bzw. ihrer Rückforderung auf den Zugewinnausgleich der Ehegatten durch eine ehevertragliche Vereinbarung der Ehegatten geregelt werden. Die vorstehend unter 2. aufgeführten Unwägbarkeiten könnten hierdurch von vornherein vermieden werden.

Notar Dr. Alban Bruch, Feuchtwangen

⁶ OLG Oldenburg, DNotZ 2010, 312 m. Anm. Wachter.

8. BGB §§ 426, 1378 Abs. 1, 1375 Abs. 1; BGB a. F. § 1375 Abs. 1 (*Berücksichtigung eines Gesamtschuldnerausgleichs unter Ehegatten im Rahmen des Zugewinnausgleichs*)

- 1. Ist im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Gesamtschuld der Ehegatten zu berücksichtigen, für die sie im Innenverhältnis anteilig haften, so kommt es für die Ermittlung des jeweiligen Endvermögens darauf an, ob die Ausgleichsforderung nach § 426 BGB realisierbar ist. Das ist auch dann der Fall, wenn ein Ehegatte erst aufgrund des Zugewinnausgleichs imstande ist, die interne Ausgleichsforderung zu erfüllen.**
- 2. Ein am Bewertungsstichtag bestehender Unterhaltsrückstand ist als Passivposten im Endvermögen des Unterhaltsschuldners anzusetzen.**

BGH, Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09

Die Parteien streiten um Zugewinnausgleich. Die Ehe der Parteien wurde auf den am 8.10.2003 gestellten Antrag der Klägerin am 30.8.2005 rechtskräftig geschieden. Die Parteien, die beide nicht über Anfangsvermögen verfügten, waren zu je 1/2 Miteigentümer einer Eigentumswohnung. Der Wert der Immobilie belief sich zum 8.10.2003 auf 304.000 €; zu diesem Betrag wurde das Wohnungseigentum nach dem Stichtag veräußert. Die auf der Immobilie lastenden Verbindlichkeiten, für die die Parteien als Gesamtschuldner hafteten, überstiegen den Verkaufserlös um 62.090,52 €. Der Beklagte löste die Verbindlichkeiten nach dem 8.10.2003 ab. Zuvor hatte die Klägerin ihm auf Anfrage bestätigt, dass im Fall der Ablösung eine Ausgleichsforderung des Beklagten nach § 426 BGB bestehe.

Das Endvermögen der Klägerin setzt sich – ohne Berücksichtigung der Immobilie und der darauf lastenden Verbindlichkeiten – aus einem Aktivvermögen von (mindestens) 11.683,38 € und Passiva von 28.962,32 € zusammen und war damit negativ. Das Endvermögen des Beklagten beläuft sich – wiederum ohne Einbeziehung des Wohnungseigentums und der hierfür eingegangenen Verbindlichkeiten – auf (mindestens) 155.456,92 € (Aktiva: 165.194,16 €; Passiva: 9.737,24 €) abzüglich eines am 8.10.2003 bestehenden Unterhaltsrückstands von 1.818,18 €.

Auf den vorprozessual i. H. v. 45.000 € geltend gemachten Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin hat der Beklagte 6.000 € gezahlt und mit notarieller Urkunde anerkannt, weitere 11.000 € zu schulden. Insoweit hat er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Ferner hat der Beklagte mit unstreitigen Forderungen i. H. v. insgesamt 15.300 € sowie mit einer Forderung von 31.045,26 € (1/2 der von ihm abgelösten, durch den Verkaufserlös der Immobilie nicht gedeckten Verbindlichkeiten von insgesamt 62.090,52 €) aufgerechnet.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin in erster Instanz die Zahlung eines weiteren Zugewinnausgleichs i. H. v. 32.000 € sowie die Erstattung vorprozessual entstandener Anwaltskosten – jeweils zuzüglich Zinsen – verlangt. Sie hat die Ansicht vertreten, das Wohnungseigentum und die dieses betreffenden Verbindlichkeiten seien allein im Endvermögen des Beklagten als Aktivposten bzw. als Passiva zu berücksichtigen. Da sie die Belastungen nicht habe ausgleichen können, sei bei ihr auch die Hälfte der Verbindlichkeiten nicht anzusetzen. Im Übrigen könne nur so ein für sie angemessenes Ergebnis erzielt werden.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. 14.383,20 € zuzüglich Zinsen weiterverfolgt hat, ist zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

(...)

2. Nach § 1378 Abs. 1 BGB schuldet grundsätzlich der Ehegatte, der den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, dem Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn die Hälfte des Überschusses als Ausgleich. Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt (§ 1373 BGB). Da die Parteien beide nicht über

Anfangsvermögen verfügten, kommt es zur Ermittlung des Zugewinns allein auf ihr Endvermögen an.

3. Die Höhe des Endvermögens hängt im vorliegenden Fall entscheidend von der vermögensrechtlichen Zuordnung der das Wohnungseigentum betreffenden Gesamtschuld ab.

a) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich den Gesamtschuldnerausgleich nicht verdrängen, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung eines gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erbracht worden ist. Denn bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs nicht zu verfälschen. Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinns maßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschuld wirtschaftlich zutreffend, d. h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt wird (st. Rspr., s. BGHZ 87, 265, 273 = FamRZ 1983, 795, 797; BGH vom 30.9.1987, IV b ZR 94/86, FamRZ 1987, 1239, 1240; BGH vom 27.4.1988, IV b ZR 55/87, FamRZ 1988, 920, 921 und vom 13.7.1988, IV b ZR 96/87, FamRZ 1988, 1031). Das wird erkennbar, wenn sich der Ausgleich der Gesamtschuldner nach der gesetzlichen Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB vollzieht. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens (§ 1384 BGB) gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist – die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt – der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (BGHZ 87, 265, 273 f. = FamRZ 1983, 795, 797; BGH vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, FamRZ 2008, 602 Rdnr. 16).

b) Vorrangig ist deshalb, in welchem Verhältnis die Parteien die Darlehensschulden im Innenverhältnis zu tragen haben. Nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB haften Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (BGH vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, FamRZ 2008, 602 Rdnr. 6 m. w. N.).

Unstreitig sind die Darlehen für das den Parteien gemeinsam gehörende Wohnungseigentum aufgenommen worden. Wie das KG zutreffend angenommen hat, lässt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft, insbesondere den §§ 748, 755 BGB, der Grundsatz ableiten, dass die Teilhaber für Verbindlichkeiten, die sie in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand eingegangen sind, im Innenverhältnis nach dem Verhältnis ihrer Anteile an dem Gegenstand haften, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (BGHZ 87, 265, 269 = FamRZ 1983, 795, 796).

Die Miteigentumsgemeinschaft wurde allerdings durch die eheliche Lebensgemeinschaft der Parteien überlagert. Daraus können sich für ihr Verhältnis als Miteigentümer und Gesamtschuldner der aufgenommenen Kredite Abweichungen gegenüber den Regeln der Bruchteilsgemeinschaft ergeben. Für

die Zeit bis zum Scheitern der Ehe kann es naheliegen, die alleinige Haftung des Beklagten für die Darlehensschulden aus der konkreten Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse zu folgern (vgl. BGHZ 87, 265, 269 = FamRZ 1983, 795, 796; BGH vom 30.11.1994, XII ZR 59/93, FamRZ 1995, 216, 217).

Mit dem Scheitern der Ehe haben sich die für die jeweiligen Leistungen maßgeblichen Umstände aber geändert; der Grund für die frühere Handhabung ist damit entfallen. Denn nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht im Allgemeinen kein Anlass mehr für einen Ehegatten, dem anderen eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen, weil das Gegenseitigkeitsverhältnis, in dem die beiderseitigen Beiträge zur gemeinsamen Lebensführung gestanden haben, aufgehoben ist. Es müssen deshalb andere Umstände aufgezeigt werden, um eine anteilige Haftung desjenigen Ehegatten, der die Zahlungen nicht erbracht hat, für die – hier allein maßgebliche – Zeit nach Erhebung der Scheidungsklage auszuschließen (BGHZ 87, 265, 270 = FamRZ 1983, 795, 796; BGH vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, FamRZ 2008, 602 Rdnr. 6 und vom 26.9.2007, XII ZR 90/05, FamRZ 2007, 1975 Rdnr. 13).

c) Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ohne dass die Revision hiergegen etwas erinnert. Denkbar wäre etwa, eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verdrängt, anzunehmen, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bei der Berechnung des dem anderen geschuldeten Unterhalts berücksichtigt wurde. Denn dies kann zu einer dem hälftigen Schuldenabtrag nahezu entsprechenden Reduzierung des Unterhalts und damit wirtschaftlich zu einer mittelbaren Beteiligung des Unterhaltsberechtigten am Schuldenabtrag führen (BGH vom 11.5.2005, XII ZR 289/02, FamRZ 2005, 1236, 1237; vom 26.9.2007, XII ZR 90/05, FamRZ 2007, 1975 Rdnr. 15 und vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, FamRZ 2008, 602 Rdnr. 9). Ob und inwieweit sich die Berücksichtigung der Darlehensverbindlichkeiten auf die ersichtlich nur für einen Teilzeitraum getroffene Unterhaltsregelung der Parteien ausgewirkt hat, ist jedoch weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich.

Eine anderweitige Bestimmung kann im Einzelfall auch dann angenommen werden, wenn die tatsächliche Handhabung, nämlich die weitere Nutzung der Immobilie durch eine Partei, die während dieser Zeit auch die Lasten getragen hat, auf eine (stillschweigende) Vereinbarung des Inhalts schließen lässt, dass es damit hinsichtlich des internen Ausgleichs sein Bewenden haben soll, weil Nutzung und Leistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (BGH vom 4.6.1986, IV b ZR 50/85, FamRZ 1986, 881, 882 und vom 13.1.1993, XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676, 678). Auch hierzu sind Feststellungen indessen nicht getroffen worden.

d) Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf die bestehende Miteigentumsgemeinschaft mangels anderweitiger Bestimmung davon ausgegangen ist, dass die Parteien nach dem Scheitern der Ehe, jedenfalls aber von der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens an, entsprechend ihren Miteigentumsanteilen, also zu je 1/2, im Innenverhältnis für die die Immobilie betreffenden Verbindlichkeiten aufzukommen haben. Dass ein Gesamtschuldner zum internen Ausgleich finanziell nicht in der Lage ist, stellt keinen ausreichenden Grund dar, ihn von der Mithaftung im Innenverhältnis freizustellen (BGHZ 87, 265, 268 = FamRZ 1983, 795, 796; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Rdnr. 295).

4. Das Endvermögen der Parteien ist unter Berücksichtigung der Gesamtschuld danach wie folgt zu errechnen:

a) Bei der Klägerin ergibt sich unter Einbeziehung des hälftigen Werts des Wohnungseigentums und der Gesamtschuld ein negatives Endvermögen. Da die Durchsetzbarkeit eines ihr gegen den Beklagten zustehenden Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zweifelhaft ist, kann die Gesamtschuld mit der Quote von $\frac{1}{2}$ angesetzt werden, die im Innenverhältnis auf die Klägerin entfällt (vgl. 3. a) und d)). Ihre Aktiva betragen dann (ohne Berücksichtigung der Unterhaltsforderung) 163.683,38 € (unstreitige Vermögenswerte: 11.683,38 € + Wert des Wohnungseigentums: 152.000 €). Die Passiva belaufen sich demgegenüber – wie vom Berufungsgericht errechnet – auf 212.007,58 €.

Nach § 1375 Abs. 1 Satz 2 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl I, S. 1696), das zum 1.9.2009 in Kraft getreten ist und das gemäß Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB mit Ausnahme des § 1374 Abs. 1 BGB n. F. auch auf vor dem 1.9.2009 eingeleitete Verfahren über den Zugewinnausgleich anzuwenden ist, sind Verbindlichkeiten zwar über die Höhe des Endvermögens hinaus abzuziehen. Dieser (neuen) Bestimmung kommt aber nur dann Bedeutung zu, wenn auch das Anfangsvermögen des betreffenden Ehegatten negativ ist. Denn nur in einem solchen, hier nicht vorliegenden Fall kann sich ein Zugewinn aus einer Reduzierung von Verbindlichkeiten ergeben (so auch MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 1373 Rdnr. 4; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1373 Rdnr. 3; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., VII Rdnr. 16).

b) aa) Das Endvermögen des Beklagten kann ebenfalls in der Weise ermittelt werden, dass zum einen der hälftige Wert des Wohnungseigentums als Aktivposten und zum anderen die im Innenverhältnis von ihm zu tragende hälftige Gesamtschuld als Passivposten angesetzt wird. Zwar ist eine Gesamtschuld an sich im Endvermögen beider Ehegatten in voller Höhe als Passivposten in die Ausgleichsbilanz einzustellen, weil beide im Außenverhältnis jeweils voll haften. Da der gegen den anderen Ehegatten gerichtete interne Ausgleichsanspruch aber zugleich als Aktivposten in die Berechnung einzubeziehen ist, kann sich die Berechnung im Ergebnis auf den Abzug der Gesamtschuld in Höhe der eigenen Haftungsquote (hier: $\frac{1}{2}$) beschränken (vgl. 3. a)).

Gegen diese (verkürzte) Berechnungsart bestehen dann keine Bedenken, wenn der interne Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten durchsetzbar ist (so auch *Gernhuber*, JZ 1996, 696, 697 Fn. 6). Denn in diesem Fall braucht der Ehegatte die Gesamtschuld nicht in voller Höhe, sondern nur insoweit zu tilgen, als es seinem Haftungsanteil im Innenverhältnis entspricht. Ist dagegen absehbar, dass die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB dauerhaft uneinbringlich ist, so ist sie – wie alle uneinbringlichen Forderungen – wirtschaftlich wertlos und deshalb im Endvermögen des Ehegatten, der die Gesamtschuld getilgt hat, nicht zu berücksichtigen (BGHZ 87, 265, 273 = FamRZ 1983, 795, 797; BGH vom 30.9.1987, IV b ZR 94/86, FamRZ 1987, 1239, 1240; OLG Frankfurt, FamRZ 1985, 482; OLG Hamm, FamRZ 2002, 1032 [Leitsatz], Volltext bei juris Rdnr. 42; MünchKommBGB/Koch, a. a. O., § 1375 Rdnr. 16; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a. a. O., § 1375 Rdnr. 20; *Wever*, a. a. O., Rdnr. 350; *Schwab*, a. a. O., XII Rdnr. 112; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 535).

bb) Im vorliegenden Fall war die Klägerin am Stichtag (8.10.2003) aufgrund ihrer Überschuldung nicht in der Lage, die interne Ausgleichsforderung des Beklagten von

31.045,26 € ($\frac{1}{2}$ der durch den Wert der Eigentumswohnung nicht gedeckten Gesamtschuld) zu begleichen. Das KG hat die Forderung gleichwohl nicht für wertlos gehalten, weil die Klägerin unter Berücksichtigung der Zugewinnausgleichsforderung imstande sein werde, den internen Ausgleichsanspruch zu erfüllen. Es hat den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB deshalb dadurch berücksichtigt, dass es beim Beklagten nur die hälftige Gesamtschuld als Passivposten abgesetzt hat.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Eine Forderung ist, wie bereits ausgeführt, nur dann als wirtschaftlich wertlos zu behandeln, wenn sie dauerhaft uneinbringlich ist. Lässt sich dagegen absehen, dass der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt ausreichend solvent sein wird, besteht kein Anlass, die Forderung im Rahmen der Zugewinnausgleichsbilanz nicht zu berücksichtigen. Denn die jeweiligen Aktiva und Passiva sind mit ihrem vollen wirtschaftlichen Wert einzustellen. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des den internen Ausgleich schuldenden Ehegatten kann sich, wie das Kammergericht zutreffend angenommen hat, auch aus einem Anspruch auf Zugewinnausgleich ergeben (so auch *Kleinle*, FamRZ 1997, 8, 14; *Wever*, a. a. O., Rdnr. 350; *Staudinger/Noack*, Neubearb. 2005, § 426 Rdnr. 226). Zum Bewertungsstichtag des § 1384 BGB ist nämlich absehbar, ob der güterrechtliche Ausgleichsanspruch den internen Ausgleichsanspruch erreicht oder sogar übersteigt. Da sich die Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin auf 61.296,74 € beläuft (siehe unter 6.) und hiervon nach der Aufrechnung des Beklagten mit unstreitigen Gegenforderungen noch 45.996,74 € verbleiben, kann die interne Ausgleichsforderung realisiert werden.

c) Danach sind die Aktiva des Beklagten mit 317.194,16 € und die Passiva (ohne den Unterhaltsrückstand) mit 192.782,50 € anzusetzen.

d) Die Revision vertritt demgegenüber die Auffassung, ein nach den vorstehenden Maßgaben ermittelter Zugewinnausgleich sei unangemessen, weil er nicht zu einem dem Halbteilungsgrundsatz entsprechenden Ergebnis führe. Deshalb müsse § 1375 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. im Wege der teleologischen Auslegung dahin korrigiert werden, dass dann, wenn in der Person eines Ehegatten ein Zugewinnausgleichsanspruch mit einer Ausgleichsschuld nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB zusammentreffe, das Verbot eines negativen Endvermögens nicht gelte.

Damit vermag die Revision nicht durchzudringen. Das Zugewinnausgleichsverfahren ist darauf angelegt, das zum Bewertungsstichtag vorhandene Vermögen der Ehegatten auszugleichen. Ein Ausgleich von Verlusten findet dagegen nicht statt. Würde ein negatives Endvermögen (und nicht ein solches von allenfalls 0) in die Ausgleichsbilanz eingestellt, so würden aber die Verluste, die bei einem Ehegatten zu verzeichnen sind, ausgeglichen, obwohl das Vermögen der Ehegatten auch im gesetzlichen Güterstand getrennt bleibt. Das deshalb (hier) mit 0 anzusetzende Endvermögen hat zur Folge, dass der Ausgleichsberechtigte einen Zugewinnausgleich in Höhe der Hälfte des Endvermögens des anderen Ehegatten verlangen kann. Wenn der Ausgleichspflichtige mehr abgeben müsste, würde der Halbteilungsgrundsatz zu seinem Nachteil verletzt. Das Ergebnis ist deshalb nicht willkürlich, sondern beruht darauf, dass dem anderen Ehegatten grundsätzlich – von den Fällen des § 1375 Abs. 2 BGB abgesehen – jedenfalls die Hälfte seines Vermögens zum Stichtag verbleiben muss.

Einen Verlustausgleich will auch das zum 1.9.2009 geänderte Zugewinnausgleichsrecht nicht erreichen. Danach wird zwar auch ein Zugewinn berücksichtigt, der sich ergibt, wenn das

Endvermögen eines Ehegatten sein negatives Anfangsvermögen übersteigt (vgl. §§ 1374 Abs. 1 und 3, 1375 Abs. 1, 1378 Abs. 1 BGB). Bei negativem Endvermögen kommt es aber nur dann zu einer Auswirkung des in der Schuldenrückführung liegenden Gewinns, falls der (nach wie vor verschuldete) Ehegatte ausgleichsberechtigt ist und sein Ehegatte über aktives Endvermögen verfügt. In diesem Fall verringert sich die Differenz seines Zugewinns zu dem seines Ehegatten. Einen negativen Zugewinn gibt es weiterhin nicht. Dadurch soll vermieden werden, dass ein Ehegatte über den Zugewinn für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten mithaftet und dessen Gläubiger begünstigt werden (BT-Drucks. 16/10798, S. 11, 14).

e) Im vorliegenden Fall ist es im Übrigen, wie das KG zutreffend angenommen hat, aufgrund der weiteren Umstände jedenfalls gerechtfertigt, die Gesamtschuld in der vorgenannten Weise zu berücksichtigen. Die Klägerin hat dem Beklagten nach dem Stichtag, aber noch vor dem Verkauf der Immobilie ausdrücklich bestätigt, dass diesem wegen der nach dem Verkauf verbleibenden Belastungen ein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 BGB zustehe. Damit hat die Klägerin zu erkennen gegeben, dass sie sich in der Lage sehe, den entsprechenden Betrag aufzubringen. Daran muss sie sich festhalten lassen.

5. Als weiterer Passivposten ist zu Recht der unstreitige Unterhaltsrückstand von 1.818,18 € beim Endvermögen des Beklagten abgesetzt worden. Bereits entstandene Verbindlichkeiten mindern grundsätzlich das Endvermögen eines Ehegatten. Das gilt auch für rückständigen Unterhalt, der dem anderen Ehegatten geschuldet wird (BGH vom 27.8.2003, XII ZR 300/01, BGHZ 156, 105, 109 = FamRZ 2003, 1544, 1545), und zwar unabhängig davon, ob sich die Unterhaltsforderung im Endvermögen des Unterhaltsgläubigers auswirkt. Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht zu erkennen, dass der Zugewinnausgleich insoweit einen Nachteil für die Klägerin begründen würde. Da ihr Endvermögen auch unter Einbeziehung der Unterhaltsforderung negativ ist, steht sie sich – bezogen auf den Ausgleich – sogar besser, als wenn sie über positives Endvermögen verfügen würde. Hätte der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsrückstand vermieden, so wäre sein Endvermögen im Übrigen entsprechend niedriger gewesen, so dass auch in diesem Fall in Höhe des Betrages der Unterhaltsforderung kein Zugewinn angefallen wäre (so auch *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a. a. O., § 1375 Rdnr. 21; *MünchKommBGB/Koch*, a. a. O., § 1375 Rdnr. 16).

6. Danach ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Unter Einbeziehung auch der Unterhaltsforderung hat der Beklagte – wie vom Kammergericht errechnet – einen Zugewinn von 122.593,48 € erzielt. Die Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin beläuft sich somit auf 61.296,74 €. Hierauf sind bereits 6.000 € sowie – entsprechend dem notariellen Anerkenntnis des Beklagten – weitere 17.000 € gezahlt worden. In Höhe von 15.300 € hat der Beklagte mit unstreitigen Gegenforderungen aufgerechnet. Der Restbetrag von 28.996,74 € ist niedriger, als die dem Beklagten nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB zustehende Ausgleichsforderung von 31.045,26 €, mit der er ebenfalls wirksam aufgerechnet hat. Danach verbleibt kein zu zahlender Betrag mehr.

9. BGB §§ 516, 2303, 2325 (*Keine unbenannte ehebedingte Zuwendung bei Einräumung eines Nießbrauchsrechts für eine angemessene Alterssicherung*)

Eine unbenannte ehebedingte Zuwendung wird im Erbrecht zum Schutz von Pflichtteilsberechtigten, Vertrags-

und Nacherben wie eine Schenkung behandelt, soweit sie wie im Regelfall als objektiv unentgeltlich erfolgt eingeordnet werden muss. Daran fehlt es, wenn sich die Zuwendung im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält. Dabei sind die Lebensverhältnisse der Eheleute vor dem Erbfall mit denen des überlebenden Bedachten nach dem Erbfall zu vergleichen und ist zu bedenken, dass sich die Kosten für die Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards auch im Hinblick auf die Haushaltsführung nicht schlicht halbieren, wenn einer der Eheleute stirbt.

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.2.2010, 3 U 39/09

Aus den Gründen:

(...) Die Kläger sind als Abkömmlinge des Erblassers gemäß § 2303 BGB pflichtteilsberechtigt. Gemäß § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte dann, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat – das kann auch der Erbe sein –, als Ergänzung den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

Das Nießbrauchsrecht hat sich der Erblasser für sich und die Beklagte, seine Ehefrau, im Zusammenhang mit der Übertragung seines Hausgrundstückes an seine Tochter auf Lebenszeit auch des Überlebenden einräumen lassen. Soweit darin eine Zuwendung an die Beklagte liegt, geschah sie ersichtlich vor dem Hintergrund und im Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe. Es handelt sich mithin nicht um eine Schenkung i. S. v. § 516 BGB, sondern um eine sog. ehebezogene unbenannte Zuwendung, die nämlich dann vorliegt, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt (BGH, NJW 1992, 564; BGH, NJW-RR 1996, 133).

An einer objektiven Unentgeltlichkeit fehlt es aber im vorliegenden Fall. Eine solche liegt auch nach der Rechtsprechung des BGH dann ausnahmsweise nicht vor, wenn sich die Zuwendung im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält, zumal die Eheleute auch bei intakter Ehe Vorsorgeunterhalt für den Fall des Alters schulden (BGH, NJW 1992, 564 bei juris Rdnr. 20; vgl. auch schon früher BGH, NJW 1972, 580). Der BGH hat allerdings weder in dieser noch in nachfolgenden Entscheidungen quantifiziert, wo die Grenze zwischen einer als entgeltlich zu wertenden angemessenen Altersvorsorge und einer unentgeltlichen Zuwendung liegt (darauf weist etwa *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097, 1100 hin; ebenso *Fischl/Klinger*, NJW-Spezial 11/2008, 327). Er erläutert lediglich, es sei eine umfassende Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten erforderlich und zwar auch in der Richtung, ob und in welchem Umfang für die Zukunft des anderen Teils, insbesondere für sein Alter, bereits vorgesorgt sei (BGH, a. a. O., bei juris Rdnr. 35). In dem Urteil NJW-RR 1996, 133 hat der BGH das Alterssicherungsargument nicht durchgreifen lassen, weil die beklagte Ehefrau des Erblassers dort auf die Zuwendung des Nießbrauchs (aus dem sie nach dem Erbfall ab 1989 Mieteinnahmen von 1.200 DM monatlich erzielte) für die Alterssicherung nicht angewiesen gewesen sei. Zu Lebzeiten des Erblassers hätten die Eheleute ihren gesamten Lebensunterhalt „einschließlich Fahrzeugen und Urlaubsreisen“ aus laufenden Einkünften von 2.800 DM zzgl. mietfreier Wohnung bestritten. Nach dem Erbfall verfüge die Beklagte – ohne den Nießbrauch – neben dem mietfreien Wohnen aber noch über Renten- und Mieteinkünfte von mehr

als 2.100 DM. Damit sei sie für die Zukunft „weitgehend abgesichert“ gewesen, wobei es nicht einmal auf ihr zusätzlich zufallende nicht unerhebliche Zinserträge aus einem vorhandenen Vermögen ankomme.

In der Literatur hat die Entscheidung des BGH zugunsten der Pflichtteilsberechtigten aus dem Jahre 1991 durchaus Kritik erfahren, weil die notwendige Sicherung der ehelichen Lebensverhältnisse und damit der Schutz der verfassungsrechtlich abgesicherten Institution Ehe unberücksichtigt bleibe, wenn ehebezogene Zuwendungen im Erbrecht im Regelfall als unentgeltliche Geschäfte behandelt würden (etwa *Staudinger/Olshausen*, 1998, § 2325 Rdnr. 26 f.; *Kues*, FamRZ 1992, 924 ff.). In der Mehrheit folgt die Literatur zwischenzeitlich aber dieser Entscheidung, stellt jedoch heraus, dass auch mit der BGH-Rechtsprechung eine angemessene Altersvorsorge, selbst wenn sie unterhaltsrechtlich nicht geschuldet sei, nicht über die §§ 2325, 2329 BGB wieder in Frage zu stellen sei. Diene die Zuwendung einer angemessenen Altersvorsorge (oder greife ein anderer Ausnahmefall ein, sei die Vergütung nämlich unterhaltsrechtlich geschuldet, gehe es um die nachträgliche Vergütung langjähriger Dienste oder liege sonst eine adäquate Gegenleistung vor), könne eine objektiv angemessene entgeltliche Zuwendung vorliegen, die der Pflichtteilsergänzung entzogen sei (*MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2325 Rdnr. 15; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2325 Rdnr. 10; *Deppenkemper* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2009, § 2325 Rdnr. 13; *Hausmann/Hohloch*, Handbuch des Erbrechts, 2008, S. 353 f. Rdnr. 153 f.; *Erman/Schlüter*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 2325 Rdnr. 1; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2325 Rdnr. 10).

Zutreffend hat das LG festgestellt, dass es sich hier um eine ehebedingte Zuwendung handelt, die nach Vorstellung des Erblassers die Beklagte – soweit sie denn die Überlebende sein würde – im Alter absichern sollte. Auch wenn dies nicht wortwörtlich bei Nießbrauchsbestellung in dem Überlassungsvertrag aus dem Jahr 1995 niedergelegt worden ist, wird dies aber doch aus der Formulierung und den Umständen hinreichend deutlich. Der Vertragstext des Überlassungsvertrags spricht gerade den Fall an, dass einer der Eheleute versterben würde, und sichert dem Überlebenden das Nießbrauchsrecht in vollem Umfang weiter zu. Hier geht es also offensichtlich um eine Sicherung im Alter nach dem Tode des Ehegatten. Der Wille des Erblassers, seine Ehefrau abgesichert zu wissen, zeigt sich auch bereits im Text des gemeinschaftlichen Testaments vom 4.2.1993. Auch hier will er letztwillig sicherstellen, dass der Beklagten ein lebenslanges Wohnrecht – dort noch beschränkt auf die untere Etage des Wohnhauses – zufällt. Zu bedenken ist, dass weder der Erblasser zu Lebzeiten noch die Ehefrau über wesentliches Vermögen verfügt haben. Der Erblasser hat als Kraftfahrer gearbeitet, die Beklagte im Wesentlichen den Haushalt geführt. Das Haus mit seinen zwei Wohnungen stellt den zentralen Vermögensgegenstand dar, in den der Erblasser jedenfalls bis zur Überlassung an die Tochter sein Geld gesteckt hat. Weil im Übrigen beide Eheleute eine hohe Rente nicht zu erwarten hatten, drängt sich auch von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen her geradezu auf, dass sich der Erblasser das Nießbrauchsrecht – auch – für die Beklagte einräumen ließ, um diese im Alter abzusichern und ihr neben dem Erhalt der Wohnung noch eine zusätzliche Einnahmequelle zu verschaffen.

Der Zweck der Alterssicherung bei der Zuwendung unter Ehegatten allein reicht jedoch – wie ausgeführt – nicht aus, um auch im Erbrecht Entgeltlichkeit der ehebedingten Zuwendung als Ausnahmefall zu bejahen. Anderenfalls bestünde nämlich die Gefahr, dass etwaige Vertragserben oder Pflicht-

teilsberechtigte bewusst benachteiligt werden könnten (BGH, NJW 1992, 564; *Sandweg*, NJW 1989, 1966). Deswegen ist hier weiter zu prüfen, ob sich diese Alterssicherung in einem nach den konkreten Verhältnissen der Eheleute angemessenen Rahmen hält und muss eine umfassende Prüfung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse einschließlich der Altersvorsorge erfolgen.

Für die Beklagte war seitens des Erblassers keine besondere Altersvorsorge – außer dem Nießbrauch – getroffen worden. Die Beklagte erhält zu ihrer eigenen Altersrente von 321,61 € eine Witwenrente von 515,34 €, und mithin insgesamt einen monatlichen Betrag von 836,95 €. Aus dem Nießbrauchsrecht erhält sie zudem 350 € Mietzins/kalt wegen der gegenwärtigen Vermietung der zweiten Wohnung. Im Übrigen hat sie aufgrund des eingeräumten Nießbrauchs selbst keine Miete zu zahlen. Über weitere Einkünfte verfügt sie nicht, insbesondere hat sie auch aus dem Erbe nach ihrem Ehemann ausweislich der insoweit zweiter Instanz nicht mehr streitigen Feststellungen des LG kein wesentliches Vermögen erlangt. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass ihr eigenes nennenswertes Vermögen zur Verfügung steht.

Die Eheleute haben bereits mehr als zehn Jahre gemeinsam das Haus in ... bewohnt. Dass die Beklagte 2002 kurzzeitig ausgezogen war, erscheint im Zusammenhang mit der Frage, ob eine angemessene Zuwendung zur Alterssicherung vorliegt, unerheblich, weil sie schließlich wieder eingezogen ist, die Eheleute ihr eheliches Zusammenleben fortgesetzt haben und der Erblasser sogar noch einmal ausdrücklich Anfang 2005 zu ihren Gunsten testiert hat.

Der Erblasser wollte mit seinen getätigten Verfügungen gerade sicherstellen, dass die Beklagte im Alter und auch nach seinem Versterben in ihrem gewohnten Umfeld wohnen bleiben könne. Diese Art der Alterssicherung durch die Einräumung des Nießbrauchsrechts zunächst einmal hinsichtlich der unteren Wohnung führt nur dazu, dass die Beklagte den Wohnstandard fortsetzen kann, den die Eheleute auch Zeit ihres Zusammenlebens gewohnt waren. Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 3.12.2008 ausgeführt, zur Absicherung der Beklagten hätte es ausgereicht, ihr an bestimmten Räumlichkeiten des Gebäudes ein Wohnrecht einzuräumen, wie es ursprünglich auch einmal geregelt gewesen sei. Sie lassen damit selbst erkennen, dass sie die Zuwendung des Wohnrechts an der unteren Wohnung gemäß dem ursprünglichen gemeinschaftlichen Testament der Eheleute aus dem Jahr 1993 für eine durchaus angemessene Alterssicherung halten, die dann aber – weil nicht unentgeltlich – der erstrebten Pflichtteilsergänzung entzogen ist. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass sich das Nießbrauchsrecht für die Beklagte insoweit ungünstiger als das Wohnrecht gemäß Testament darstellt, weil sie im Hinblick auf das Wohnrecht nur die Verbrauchskosten tragen sollte, während ihr wegen des nunmehr eingetragenen Nießbrauchsrechts die Pflicht obliegt, für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand – einschließlich Ausbesserungen und Erneuerungen, soweit sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören – zu sorgen und auch die (öffentlichen) Lasten zu tragen (§§ 1041, 1047 BGB).

Zu fragen ist des Weiteren, ob auch die Zuwendung des Nießbrauchs, soweit er sich auf die obere Wohnung erstreckt, eine nach den Verhältnissen der Eheleute angemessene Alterssicherung darstellt, mithin also die Möglichkeit, hieraus eine Miete – derzeit laut Mietvertrag 350 € kalt – zu erzielen. Diese Frage bejaht der Senat.

Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Witwenrente beträgt in der Regel 60 % der letzten Bezüge des Ehegatten (Alt-

fall bei Eheschließung vor 2002). Mithin hatte der Erblasser ein Renteneinkommen von mindestens 860 €. Die Beklagte hatte eine eigene Rente von 321,61 €. Knapp 400 € erhielten die Eheleute zusätzlich aus der Vermietung der Wohnung. Mithin hatten beide als Rentner gemeinschaftlich ca. 1580 € monatlich zur Verfügung, zusätzlich das freie Wohnen in der unteren Wohnung als Nießbraucher.

Die Beklagte hat derzeit einschließlich der 350 € Kaltmiete 1186,95 € zur Verfügung, wobei sie ebenfalls aufgrund des eingeräumten Nießbrauchs keine Miete für die bewohnte untere Wohnung zu zahlen hat. Soweit dies allerdings nur ca. 395 € weniger sind, als zu Lebzeiten des Mannes (nach Beginn der Rentenbezüge), ist doch zu bedenken, dass sich die Kosten für die Haushaltsführung bei Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards ersichtlich nicht schlicht halbieren, wenn einer der Eheleute stirbt und der bisherige Zweipersonenhaushalt nun von dem Überlebenden allein fortgeführt wird. Diesen Umstand hat auch der Gesetzgeber in § 850 c ZPO, der die Pfändungsfreigrenzen festlegt, berücksichtigt. So beträgt die Pfändungsfreigrenze bei Arbeitseinkommen 930 €, liegt aber, wenn ein Zweipersonenhaushalt geführt und finanziert wird, nicht etwa bei 1860 €, sondern nur bei 1280 €. In etwa diesem Verhältnis stehen auch die derzeitigen Einkünfte der Beklagten zu den gemeinsamen Einkünften mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten. In der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1995 (NJW-RR 1996, 133) hat der BGH den 2.800 DM, aus denen die Eheleute zur Lebzeiten des dortigen Erblassers neben mietfreiem Wohnen ihren Lebensunterhalt bestritten haben, die nach dem Erbfall der Überlebenden verbleibenden Einkünfte von 2.100 DM zzgl. mietfreiem Wohnen gegenüber gestellt und insoweit bemerkt, die Überlebende sei „für die Zukunft ... weitgehend abgesichert“ gewesen. Das entspricht etwa den hier vorliegenden Verhältnissen aber unter Einschluss des Nießbrauchs an der oberen Wohnung.

Zu bedenken ist die Situation, die sich für die Beklagte einstellen würde, wenn der Erblasser ihr den Nießbrauch an der oberen Wohnung nicht verschafft hätte. Dann stünden rund 1580 € zu Lebzeiten nur noch 836,95 € nach dem Tod des Erblassers (jeweils neben dem mietfreien Wohnen) gegenüber. Wird dazu bedacht, dass der Beklagten einerseits kein weiteres nennenswertes Vermögen zur Verfügung steht und sie andererseits auch in diesem Fall für die Erhaltung der unteren Wohnung i. S. v. § 1041 BGB in vollem Umfang aufkommen und dafür naheliegende Rücklagen bilden muss, wären gegenüber dem Lebensstandard zu Lebzeiten des Erblassers zwangsläufig deutliche Abstriche hinzunehmen. Dann aber erschließt sich, dass sich die der Beklagten tatsächlich von dem Erblasser zugewendete Alterssicherung – nämlich einschließlich des Nießbrauchs an der oberen Wohnung – durchaus nach den konkreten Verhältnissen im angemessenen Rahmen hält. Dies ergibt sich erst recht, wenn weiter bedacht wird, dass der Beklagten auch für diese obere Wohnung als Nießbraucherin die erwähnten Erhaltungspflichten und Lastentragungspflichten obliegen, weil insoweit (was die Lasten angeht jedenfalls hinsichtlich der öffentlichen Lasten) keine Einschränkungen bei der Nießbrauchsbestellung gemacht worden sind. Der Beklagten steht deshalb die Kaltmiete von 350 € monatlich tatsächlich nicht in vollem Umfang zur freien Verwendung zur Verfügung, weil sie damit rechnen muss, nicht unbedeutende Mittel für die Erhaltung dieser Wohnung und des gesamten Hauses einschließlich des Grundstücks aufwenden zu müssen.

Liegt in der Nießbrauchs-Zuwendung eine den Verhältnissen nach angemessene Alterssicherung, ist diese hier als entgeltlich zu werten und entfällt ein Anspruch der Kläger aus § 2325 BGB. (...)

Anmerkung:

1. Angemessene Altersvorsorge als Gestaltungschance im Pflichtteilsrecht

Lebzeitige Zuwendungen unter Ehegatten sind zur Minimierung des Pflichtteils missliebiger Abkömmlinge – vom Ausgleich des bislang entstandenen Zugewinns durch Wechsel des Güterstandes abgesehen¹ – nur eingeschränkt geeignet. Zwar wird dadurch die Bemessungsgrundlage des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs reduziert (§ 2311 BGB), doch sind derartige Zuwendungen grundsätzlich ergänzungspflichtig, und zwar zeitlich unbeschränkt (vgl. § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB). Dem Erben als dem regelmäßigen Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs kommt somit allein das Niederstwertprinzip in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB zugute. Im Übrigen wird der übergangene Abkömmling so gestellt, als wäre der Zuwendungsgegenstand noch im Nachlass vorhanden. Vermögensübertragungen kurz vor dem Tod eines Ehegatten dienen deshalb kaum der Pflichtteilsminimierung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Zuwendung nicht unentgeltlich erfolgt. Das OLG Schleswig konkretisiert in der vorliegenden Entscheidung eine schon seit Langem in der Rechtsprechung des BGH anerkannte Fallgruppe der nicht ergänzungspflichtigen Vermögensübertragung: eine Zuwendung, die sich „im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung“ hält. Legt man die vom OLG herangezogenen Parameter zugrunde, wird der Gestaltungsspielraum der Ehegatten moderat erweitert, zumal nichts dagegen spricht, die Vermögensübertragung zwecks Sicherung einer angemessenen Altersvorsorge auch noch kurz vor dem Tod des Zuwendenden zu vollziehen. Insoweit, als sich die Vermögensübertragung im Rahmen einer angemessenen Alterssicherung hält, kommt ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht in Betracht. Die Ausnutzung dieser Gestaltungschance ist umso bedeutsamer, da anderenfalls der Wert des gesamten Nachlasses als Bemessungsgrundlage des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs herangezogen wird. Ein Abschlag für eine fiktive angemessene Altersvorsorge, auf welche der Ehegatte einen lebzeitigen Anspruch im Rahmen des Familienunterhalts (§§ 1360, 1360 a BGB) gehabt hätte, wird hingegen bislang nirgends erwogen (hierzu unter Ziffer 5).

2. Dogmatische Einordnung der Zuwendung „im Rahmen einer angemessenen Alterssicherung“

a) Ehebezogene Zuwendung grundsätzlich Schenkung i. S. v. § 2325 BGB

Übertragungen von Vermögenswerten von einem Ehegatten auf den anderen, die um der Ehe willen erbracht werden und einen Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft darstellen, sind zwar in güterrechtlicher Hinsicht als entgeltliche sog. unbenannte (oder ehebedingte) Zuwendungen und nicht als Schenkungen i. S. v. §§ 516, 1374 Abs. 2 BGB anzusehen.² Sobald Interessen Dritter betroffen sind, werden derartige unbenannte Zuwendungen allerdings aus Schutzzweckerwägungen ebenso wie Schenkungen behandelt, namentlich im Anfechtungs- und Insolvenz- (§ 4 AnfG bzw. § 134 InsO),

¹ Der doppelte Güterstandswechsel – Vereinbarung von Gütertrennung und anschließender Wechsel zurück in den gesetzlichen Güterstand („Güterstandsschaukel“) –, unterliegt allerdings einer gewissen Missbrauchskontrolle („Verfolgung ehewidriger Zwecke“), vgl. Herrler in Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, 2010, Anh. 2, Strategien zur Minimierung des Pflichtteils durch lebzeitige Rechtsgeschäfte, Rdnr. 64.

² BGH, NJW 1992, 564; BGH, NJW-RR 1996, 133.

Schenkungssteuer- (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und Pflichtteils-ergänzungsrecht (§ 2325 BGB).³ Jedenfalls im Pflichtteilsrecht⁴ gilt dies jedoch dann nicht, wenn sich die Zuwendung „im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Altersvorsorge“ hält.⁵ Derartige Zuwendungen sind nicht ergänzungspflichtig. Bislang hat dieses „Schlupfloch im Pflichtteilsrecht“ aber keine klaren Konturen und wurde von der obergerichtlichen Rechtsprechung – soweit ersichtlich – stets lediglich im Grundsatz anerkannt, allerdings noch nie zwecks Verneinung einer ergänzungspflichtigen Schenkung angewandt. Die Beurteilung, ob eine Zuwendung als angemessene Alterssicherung anzusehen ist, setzt notwendig eine umfassende Würdigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten voraus, zusätzlich eine Prognose über deren voraussichtliche künftige Entwicklung. Verallgemeinerungsfähige Leitlinien sind daher schwer aufzustellen. Die Entscheidung des OLG Schleswig liefert hier erste Anhaltspunkte.

b) Keine Unentgeltlichkeit bei unterhaltsrechtlichem Anspruch (§§ 1360, 1360 a BGB)

Unproblematisch zu verneinen ist das Vorliegen einer ergänzungspflichtigen Schenkung i. S. v. § 2325 BGB jedenfalls dann, wenn der zuwendende Ehegatte dadurch nur einer rechtlichen Verpflichtung nachkommt.⁶ Anerkanntermaßen besteht auch im Rahmen des Familienunterhalts nach §§ 1360, 1360 a BGB grundsätzlich ein Anspruch auf Sicherstellung einer angemessenen Altersvorsorge.⁷ Sofern dem Zuwendungsempfänger im Zeitpunkt der Zuwendung ein entsprechender Anspruch zustand, welchen der verpflichtete Ehegatte erfüllte, liegt darin keine unentgeltliche Zuwendung i. S. v. § 2325 BGB. Dabei bedarf es stets einer Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Verfügt der andere Ehegatte beispielsweise neben der zu erwartenden Hinterbliebenenrente⁸ über nicht nur unerhebliche eigene Renten- oder Pensionsansprüche, erzielt dieser eigene Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung oder aus Kapitalanlagen bzw. hat er schlicht ein ausreichend großes eigenes Vermögen, besteht kein Anlass für die Bejahung eines auf Absicherung im Alter gerichteten Anspruchs im Rahmen von §§ 1360, 1360 a BGB.⁹ Zu berücksichtigen

sollten insoweit ebenfalls die voraussichtlichen Erträge aus dem dem längerlebenden Ehegatten wegen des Pflichtteils und ggf. Anspruchs auf Zugewinnausgleich verbleibenden Teils des Erblasservermögens sein.¹⁰

c) Keine ergänzungspflichtige Schenkung i. S. v. § 2325 BGB bei angemessener Altersvorsorge auch außerhalb einer unterhaltsrechtlichen Verpflichtung

Das OLG Schleswig geht allerdings noch weiter, indem es in Übereinstimmung mit einigen Stimmen in der Literatur Zuwendungen zwecks Aufbaus einer angemessenen Altersvorsorge selbst dann nicht für ergänzungspflichtig i. S. v. § 2325 BGB hält, wenn diese unterhaltsrechtlich *nicht* geschuldet sind.¹¹ Obwohl der spätere Erblasser in diesem Fall nicht zur Leistung verpflichtet war, sondern diese vielmehr freigiebig erbracht hat, soll dennoch eine Schenkung i. S. v. § 2325 BGB zu verneinen sein. Zur Begründung führt das Gericht aus, es sei allgemein anerkannt, dass die gesetzlichen Rentensysteme (auch hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung) heutzutage keine ausreichende Absicherung für das Alter mehr gewährleisten.¹² Zur Konkretisierung des Begriffs der angemessenen Alterssicherung greift das OLG Schleswig auf die in § 850 c ZPO zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung zurück, wonach die Pfändungsfreigrenze für eine Person bei 930 €, bei Versorgung einer weiteren Person ohne eigene Einkünfte bei 1.280 € liege, wodurch deutlich werde, dass der Bedarf des längerlebenden Ehegatten nicht schlicht 50 % des gemeinsamen Bedarfs betrage, sondern bei pauschalierender Betrachtung ca. 73 % (930 €/1.280 €) – jedenfalls bei bescheidenen Einkommensverhältnissen. Dabei berücksichtigt das Gericht, dass die Ehefrau im zu entscheidenden Fall – neben der voraussichtlichen eigenen und der Witwenrente – kaum eigenes Vermögen hatte und im Erbfall kein wesentlicher Vermögenszufluss (Zugewinnausgleich, Erb- bzw. Pflichtteil) zu erwarten war.

3. Kritik an der eigenständigen Fallgruppe „angemessene Alterssicherung“ im Rahmen von § 2325 BGB

Kaum jemand dürfte in Abrede stellen, dass allein durch die gesetzliche Rentenversicherung der Lebensstandard im Alter nicht (mehr) aufrechterhalten werden kann. Insofern sind private Vorsorgemaßnahmen der Ehegatten bzw. des wirtschaftlich stärkeren Ehegatten zugunsten des anderen zweifellos gerechtfertigt. Nicht vollends zu überzeugen vermag allerdings die Einordnung einer Zuwendung im Rahmen einer angemessenen Alterssicherung als unentgeltlich, gleichwohl aber nicht nach § 2325 BGB ergänzungspflichtig. Zutreffend bejaht der BGH in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Sicherstellung einer angemessenen Absicherung (auch) im Rahmen des Familienunterhalts. Wenn nun ein Absinken des Schutzstandards der gesetzlichen Rentenversicherung zu konstatieren ist, erscheint eine Anpassung des Anspruchs nach §§ 1360, 1360 a BGB (im Sinne einer Erhöhung) ge-

³ Vgl. nur BGH, NZI 2008, 633, 634 (§ 4 AnfG); NJW 1992, 564 (§§ 2287, 2325 BGB); BFH, BStBl II 1994, S. 366 = NJW 1994, 2044 = MittBayNot 1994, 266 (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG); Palandt/Weidlich, 70. Aufl. 2011, § 2325 Rdnr. 10.

⁴ Für die insolvenzrechtliche Beurteilung vgl. Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 134 Rdnr. 30 einerseits, MünchKommInsO/Kirchhof, 2. Aufl. 2008, § 134 Rdnr. 36 andererseits.

⁵ BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564, 565; vgl. auch BGH, NJW 1972, 580; VersR 1971, 717; BGHZ 32, 246 = NJW 1960, 1200; vgl. BGH, NJW 2005, 3277, 3281 (Aufwendungen für zusätzliche Altersvorsorge neben der gesetzlichen Rentenversicherung angemessen, allerdings im Rahmen einer Entscheidung zum nahehelichen und Kindesunterhalt); ebenso MünchKommBGB/Weber-Monecke, 5. Aufl. 2010, § 1360 a Rdnr. 5; Staudinger/Voppel, Neubearb. 2007, § 1360 a Rdnr. 14, 31, jeweils m. w. N.; Scholz in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl. 2008, § 3 Rdnr. 23; a. A. Bäumel in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 9. Aufl. 2008, Rdnr. 914 („regelmäßig akzessorische Sicherung im Rahmen bestehender gesetzlicher Versicherungen ausreichend“).

⁶ Diese darf jedoch nicht ihrerseits schenkungsweise begründet worden sein.

⁷ St. Rspr.: BGH, NJW 2005, 3277, 3281; BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564, 565; VersR 1971, 717; VersR 1970, 128; BGHZ 32, 246 = NJW 1960, 1200.

⁸ Insoweit ist wohl auch ein gewisser Abschlag gerechtfertigt, da eine Absenkung des prozentualen Anteils nicht ausgeschlossen werden kann.

⁹ Vgl. BGH, NJW-RR 1996, 133 (zu § 2287 BGB).

¹⁰ Vgl. BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564, 566; NJW-RR 1996, 133 (jeweils zu § 2287 BGB).

¹¹ Ebenso MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rdnr. 24; J. Mayer in BeckOK, Stand 1.8.2010, § 2325 BGB Rdnr. 10 a. E.; Palandt/Weidlich, § 2325 Rdnr. 10; Joachim in Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl. 2010, Kap. 4 Rdnr. 156. Aus dem vielfach als Referenz angeführten Urteil des BGH vom 27.11.1991 (NJW 1992, 564) lässt sich eine eigenständige Fallgruppe der angemessenen Alterssicherung außerhalb §§ 1360, 1360 a BGB allerdings nicht unmittelbar entnehmen.

¹² J. Mayer in BeckOK, § 2325 BGB Rdnr. 10 a. E.

boten. Ein Auseinanderfallen von unterhalts- und pflichtteilsrechtlicher Bewertung würde so vermieden, was meines Erachtens wünschenswert ist.

Im Moment der Geltendmachung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs wird nicht ohne weiteres zuverlässig feststellbar sein, ob sich die ggf. weit zurück liegende Vermögensübertragung im maßgeblichen Zeitpunkt der Zuwendung als unterhaltsrechtlich geschuldet darstellte. Offenbar wollen die Befürworter einer eigenständigen Fallgruppe der „angemessenen Alterssicherung“ dem abhelfen und – wie das OLG Schleswig – eine ex-post Betrachtung anstellen. Mir erscheint dagegen ein Gleichlauf von Unterhalts- und Pflichtteilsergänzungsrecht überzeugender. Die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls stellen lediglich Indizien dar, anhand derer ggf. Rückschlüsse auf die Situation bei der Zuwendung möglich sind. Angesichts des mit der zukunftsgerichteten Alterssicherung stets verbundenen Prognoseelements (Entwicklung des Rentenniveaus sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse) ist den Ehegatten allerdings ein gewisser Beurteilungsspielraum hinsichtlich der „angemessenen Altersvorsorge“ im Rahmen des Familienunterhalts zuzugestehen. Hierfür bedarf es jedoch keiner eigenständigen Fallgruppe für die Zwecke des § 2325 BGB. Durch die Koppelung an den Unterhaltsanspruch nach §§ 1360, 1360 a BGB wird strukturell einer übermäßig großzügigen, den Interessen der anderen Pflichtteilsberechtigten nicht angemessen Rechnung tragenden Handhabung entgegen gewirkt,¹³ was auch im Hinblick auf die Unterhaltersatzfunktion des Pflichtteils¹⁴ angezeigt erscheint. Schließlich lässt sich eine unterschiedliche Behandlung lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen nur dadurch rechtfertigen, dass der Erblasser einer rechtlichen Verpflichtung nachgekommen ist.

4. Konsequenzen für die Kautelarpraxis

Für die Praxis ist freilich weniger die dogmatische Einordnung als vielmehr der durch die Entscheidung aufgezeigte Gestaltungsspielraum zur Minimierung des Pflichtteils missliebiger Abkömmlinge von Interesse. Folgt man dem OLG Schleswig zumindest im Ergebnis – wofür einiges spricht –, sind lebzeitige Vermögensübertragungen an den Ehegatten zur Alterssicherung jedenfalls dann nicht nach § 2325 BGB ergänzungspflichtig, wenn diese mit Blick auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die Renten- und Erb- bzw. Zugewinn- und Pflichtteilserwartung des Empfängers im Zeitpunkt der Zuwendung lediglich der Absicherung des Lebensstandards im Alter dienen – man könnte insoweit ebenso von den ehelichen Lebensverhältnissen sprechen.¹⁵ Hat der Zuwendungsempfänger keine oder nur geringe Rentenanwartschaften erworben, verfügt über kein relevantes Vermögen und kann auch nicht mit einem erheblichen Vermögenszufluss beim Erbfall gerechnet werden, ist eine Vermögensübertragung, durch die der Status quo im Todesfall des Zuwendenden aufrechterhalten wird (bis zu 75 % der gemeinsamen Alterseinkünfte der Ehegatten), nicht ergänzungspflichtig. Hierfür kommen – wie im Fall des OLG Schleswig – die Einräumung von Nutzungsrechten an der selbst bewohnten Immobilie sowie der Abschluss einer privaten Rentenversicherung zugunsten des Ehegatten in Betracht. Insbesondere in der Alleinverdienerehe können sich hier Gestaltungschancen bieten.

¹³ Aussagekräftige Rechtsprechung zum Aspekt der angemessenen Altersvorsorge im Rahmen des Familienunterhalts wird jedoch kaum aufzufinden sein. Ggf. kann insoweit *mutatis mutandis* auf Entscheidungen zu § 1578 Abs. 3 BGB zurückgegriffen werden.

¹⁴ Vgl. RGZ 6, 247, 248; Dutta, AcP 209 (2009), 760, 775 m. w. N.

¹⁵ Vgl. Klingelhöffer, NJW 1993, 1097, 1100.

cen bieten. Dies gilt umso mehr, wenn der vermögendere Ehegatte als Selbständiger keine Renten- bzw. Pensionsansprüche erworben hat, sondern die Alterssicherung auf ertragbringenden Wirtschaftsgütern beruht.

Neben der Nießbrauchsbestellung eignet sich auch die Vollrechtsübertragung einzelner Vermögensgegenstände (Geld, Immobilie, Wertpapiere usw.) zur Alterssicherung. Insoweit dürfte zur Bestimmung der Angemessenheit aber nicht allein auf deren regelmäßige Erträge, sondern auf deren Wert als solchen abgestellt werden, somit eine Verwertungsobliegenheit anzunehmen sein. Für einen Vermögensaufbau bzw. eine Vermögenserhaltung ist im Rahmen von § 2325 BGB kein Raum. Als Vergleichsmaßstab wird der kapitalisierte Wert einer (ggf. Aufstockungs-)Rente des anderen Ehegatten in der oben genannten Höhe heranzuziehen sein.¹⁶ Erfolgt die Vermögensübertragung frühzeitig, wird man dem Zuwendenden wegen der zahlreichen Unwägbarkeiten (Wertentwicklung des Vermögensgegenstandes, Niveau der gesetzlichen Rentenversicherung usw.) wohl einen größeren Spielraum hinsichtlich der Angemessenheit zuzugestehen haben als bei einer Übertragung kurz vor dessen Tod.

Ob eine ergänzungsfreie angemessene Alterssicherung lediglich bei bescheidenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen denkbar ist oder generell Gestaltungschancen zur Reduzierung des Pflichtteils bietet – maßgeblich ist stets der Zeitpunkt der Zuwendung –, ist allerdings ungewiss. Angesichts der pflichtteilsfreundlichen Rechtsprechung des BGH dürften den nicht ergänzungspflichtigen lebzeitigen Zuwendungen zwecks Versorgung im Alter enge Grenzen zu setzen sein. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob die Erträge aus dem Teil des Erblasservermögens, welcher dem längerlebenden Ehegatten wegen des Pflichtteils und des Zugewinnausgleichs „sicher“ verbleibt, bei der Frage zu berücksichtigen sind, ob die Zuwendung zur Sicherung einer angemessener Altersversorgung erforderlich ist.¹⁷ Zwar besteht dem Grunde nach ein entsprechender unentziehbarer Anspruch. Dessen wirtschaftliche Werthaltigkeit ist aber völlig ungewiss. Es handelt sich deshalb lediglich um eine rechtlich nicht gesicherte Erwerbschance. Wegen des Prognoserisikos für den Anspruchsberechtigten ist insoweit zumindest ein erheblicher Abschlag vorzunehmen, der umso größer ausfallen sollte, je weiter der Erbfall voraussichtlich noch entfernt ist.

Die vom OLG Schleswig mit Blick auf § 850 c ZPO angenommene angemessene Alterssicherung in Höhe von ca. drei Vierteln der gemeinsamen Einkünfte ist wohl bei höheren Einkünften etwas zu reduzieren, um keine Vermögensbildung im Alter zulasten der Pflichtteilsberechtigten zu ermöglichen. Sofern eine Zuwendung an den Ehegatten zwecks Versorgung im Alter aufgrund der konkreten Verhältnisse grundsätzlich gerechtfertigt ist, kommt eine Pflichtteilsergänzung nur insoweit in Betracht, als die Vermögensübertragung über das angemessene Maß hinausgeht (kein Alles-oder-Nichts-Prinzip).

Dient eine lebzeitige Zuwendung der Alterssicherung des anderen Ehegatten, so empfiehlt sich aus Beweisgründen eine Dokumentation dieser Zielsetzung in der Urkunde, etwa:

„Rechtsgrund:

Die Einräumung des Nießbrauchs (Übertragung der Gesellschaftsanteile usw.) erfolgt zwecks Gewährleistung einer angemessenen Alterssicherung des Empfängers in Erfüllung des Anspruchs auf Familienunterhalt nach §§ 1360, 1360 a BGB.“

¹⁶ Offen Klingelhöffer, NJW 1993, 1097, 1100 f. mit Berechnungsbeispiel.

¹⁷ Vgl. BGH, NJW-RR 1996, 133.

Um das Erfordernis einer Altersvorsorge zugunsten des Empfängers sowie die Angemessenheit der Zuwendung zu illustrieren, können ggf. noch zusätzlich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse knapp dargestellt werden. Zur Verneinung einer ergänzungspflichtigen Schenkung i. S. v. § 2325 BGB sind derartige Angaben aber nicht konstitutiv. Häufig wird sich die Zielsetzung der Alterssicherung zudem schon aus dem Zuwendungsgegenstand (Wohnungsrecht bzw. Nießbrauch an der von den Ehegatten selbst genutzten Immobilie) bzw. aus den Begleitumständen ergeben.

5. Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aus §§ 1360, 1360 a BGB gegen die Erben?

Der dogmatischen Einordnung der Fallgruppe „Zuwendung im Rahmen einer angemessenen Alterssicherung“ (oben Ziffern 2 und 3) kommt allerdings praktisch insoweit Bedeutung zu, als sie für die Frage entscheidend sein kann, ob bei vergessener lebzeitiger Vermögensübertragung in diesem Sinne eine „Nachholung“ nach dem Tod des Erblassers mit pflichtteilsrechtlicher Wirkung durch Geltendmachung des Anspruchs gegenüber den Erben in Betracht kommt. Handelt es sich um einen bereits zu Lebzeiten des Erblassers entstandenen Unterhaltsanspruch seines Ehegatten, so stellt die Forderung grundsätzlich eine Erblässerschuld dar, welche den für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch maßgeblichen Wert des Nachlasses i. S. v. § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB mindert.¹⁸ Außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 1360, 1360 a BGB scheidet eine nachträgliche Berücksichtigung wohl von vornherein aus.

Im Hinblick auf eine nachträgliche Geltendmachung eines entstandenen Unterhaltsanspruchs gemäß §§ 1360, 1360 a BGB ist aber zweierlei zu beachten. Erstens ist die Forderung von Unterhalt für die Vergangenheit nach § 1613 Abs. 1 i. V. m. § 1360 a Abs. 3 BGB grundsätzlich ausgeschlossen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verpflichtete zur Auskunftserteilung über seine Einkünfte und sein Vermögen zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aufgefordert wurde, sich in Verzug befindet oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig ist. Noch entscheidender ist vielleicht, dass der den Ehegatten zugestehende Beurteilungsspielraum (oben Ziffer 4) wohl umso kleiner wird, je später der Umfang des Unterhaltsanspruchs nach §§ 1360, 1360 a BGB präzisiert wird. Das Auskunftsverlangen bzw. eine Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs in Verzug begründender Weise dürfte den Ehegatten nicht denselben Spielraum eröffnen, wie eine unmittelbare Erfüllung dieses Anspruchs noch zu Lebzeiten des Erblassers. Insoweit wird man sich wohl unter Berücksichtigung der schützenswerten Interessen der Pflichtteilsberechtigten auf den Standpunkt stellen müssen, dass bei erst nachträglicher Erfüllung keinerlei Beurteilungsspielraum besteht, sondern lediglich die nach den ehelichen Lebensverhältnissen konkret festzustellende Versorgungslücke des Längerlebenden geschlossen werden darf. Unter diesen Umständen sind in jedem Fall auch der Erwerb von Todes wegen bzw. der Zugewinnausgleichs- sowie pflichtteilsrechtlichen Ansprüche zu berücksichtigen.

6. Fazit

Lebzeitige Vermögensübertragungen unter Ehegatten werden unter dem Aspekt der angemessenen Alterssicherung ggf.

¹⁸ Vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2311 Rdnr. 4. Im Übrigen erlischt eine Unterhaltsverpflichtung grundsätzlich mit dem Tod des Verpflichteten. Sie geht allerdings nach Maßgabe von §§ 1586 b, 1615 I BGB ausnahmsweise auf die Erben über.

nicht von der Pflichtteilergänzung nach § 2325 BGB erfasst. Diesbezüglich sollte – entgegen der herrschenden Lehre und dem OLG Schleswig – nicht an einen eigenständigen Begriff der „angemessenen Alterssicherung“, sondern an die gesetzliche Pflicht zum Familienunterhalt (§§ 1360, 1360a BGB) angeknüpft und den Ehegatten wegen der erforderlichen Prognose ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. Ob die Vermögensübertragung sich im Rahmen einer angemessenen Altersvorsorge hält, ist nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen samt Rentenerwartung im Zeitpunkt der Zuwendung zu beurteilen. Da auf Seiten des Zuwendungsempfängers nach Auffassung der Rechtsprechung auch der Zugewinnausgleichs- sowie der Pflichtteilsanspruch zu berücksichtigen sind, wird eine ergänzungsfreie lebzeitige Zuwendung häufig – jedenfalls außerhalb bescheidender Einkommens- und Vermögensverhältnisse – nur frühzeitig möglich sein. Diese kann sowohl in der Einräumung von Nutzungsrechten oder dem Abschluss einer privaten Rentenversicherung als auch in der Übertragung sonstiger Vermögenswerte bestehen.

Notar a. D. *Sebastian Herrler*, Würzburg

10. BGB §§ 2050, 2057 a, 2315 Abs. 1, 2316 Abs. 1, 4 (*Pflichtteilsberechnung bei einer als „vorweggenommene Erbfolge“ bezeichneten Zuwendung des Erblassers*)

- Erfolgt eine Zuwendung „im Wege vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“, ist für die Pflichtteilsberechnung im Auslegungsweg zu ermitteln, ob der Erblasser damit eine Ausgleichung gemäß §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB, eine Anrechnung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB oder kumulativ Ausgleichung und Anrechnung gemäß § 2316 Abs. 4 BGB anordnen wollte.**
- Ausschlaggebend für den Willen des Erblassers ist, ob mit seiner Zuwendung zugleich auch eine Enterbung des Empfängers mit bloßer Pflichtteilsberechtigung festgelegt (Anrechnung) oder aber nur klargestellt werden sollte, dass der Empfänger lediglich zeitlich vorgezogen bedacht wird, es im Übrigen aber bei den rechtlichen Wirkungen einer Zuwendung im Erbfall verbleiben soll (Ausgleichung).**
- Genügen Erben im Rahmen ihrer Darlegungs- und Beweislast – soweit ihnen möglich – konkret zum Wert der Zuwendung vorzutragen, obliegt es dem Pflichtteilsberechtigten im Rahmen der ihn treffenden Auskunftspflichten diesem Vorbringen seinerseits substantiiert zu entgegnen.**

BGH, Urteil vom 27.1.2010, IV ZR 91/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger macht gegen seine Schwester (Beklagte zu 1) und deren Kinder (Beklagte zu 2 und 3) Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche nach der 2005 verstorbenen Mutter bzw. Großmutter der Parteien (Erblasserin) geltend.

Mit Vertrag vom 31.12.1981 (Übergabevertrag) übertrug die Erblasserin mit Wirkung zum 1.1.1982 den 1965 von ihrem Ehemann (Vater bzw. Großvater der Parteien) geerbten und seitdem von ihr betriebenen Großhandel für Herrentextilien und Herrenaccessoires auf den Kläger. Die Übertragung erfolgte gemäß Nr. 7 des Übergabevertrages „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“.

Der Kläger führte den Betrieb bis 1996 fort.

Durch notarielles Testament vom 4.1.1985 setzte die Erblasserin die Beklagten zu ihren Erben ein.

Der Kläger berechnet seinen Pflichtteil zuletzt auf 190.742,98 € nach einem aufgrund erstinstanzlicher Beweisaufnahme von ihm angenommenen Nachlasswert von 762.871,93 €; hinzu komme eine Pflichtteilergänzung i. H. v. 5.965 € aufgrund einer Schenkung der Erblasserin an die Beklagte zu 3 über 23.859,44 €.

Die Beklagten sind der Auffassung, dem Kläger stünden wegen der Übertragung des Großhandelsbetriebes und wegen umfangreicher nach § 2057 a BGB ausgleichender Sonderleistungen keine erbrechtlichen Ansprüche mehr zu. Nach Ansicht des Klägers hat dagegen der Betrieb bei Übertragung keinen Wert gehabt.

Beide Vorinstanzen haben unter Berücksichtigung der Betriebsübertragung 1981 die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Bereits der Ansatz des Berufungsgerichts, der Kläger könne bei unentgeltlichen Zuwendungen im Wege der „vorweggenommenen Erbfolge“ – nur – gemäß § 2316 Abs. 1 BGB i. V. m. § 2050 Abs. 3 BGB ausgleichspflichtig sein, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht schließt damit die weiteren vom Gesetz in §§ 2315 Abs. 1 und 2316 Abs. 4 BGB vorgesehenen Möglichkeiten, wie Vorempfänge bei der Ermittlung von Pflichtteilsansprüchen zu berücksichtigen sein können, von vornherein aus, ohne dass dafür eine Grundlage benannt wird oder sonst ersichtlich ist (1). Aber auch die nur unvollkommen angegebene und daher nicht sicher nachvollziehbare Berechnung der Ausgleichspflicht gemäß § 2316 Abs. 1 BGB ist rechtsfehlerhaft (2). Eine eigene Sachentscheidung gemäß § 563 Abs. 3 ZPO ist dem Senat mangels Entscheidungsreife nicht möglich (3).

1. Ob und wie Vorempfänge sich auf eine Pflichtteilsberechnung auswirken, hängt zunächst davon ab, welche Anordnungen der Erblasser bei der Zuwendung getroffen hat.

a) In Betracht kommen dafür erstens die Anordnung, die Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen gemäß §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB, zweitens die Bestimmung, die Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen gemäß § 2315 Abs. 1 BGB, sowie drittens gemäß § 2316 Abs. 4 BGB die Zuwendung nach beiden vorgenannten Bestimmungen auszugleichen und zugleich anzurechnen. Dabei folgt die Ermittlung des Ausgleichs-, Anrechnungs- oder Ausgleichs-/Anrechnungspflichtteils nach den jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen ganz unterschiedlichen Berechnungsweisen, die je nach den Umständen des Falles insbesondere den Vermögensverhältnissen, Vorempfängen und Pflichtteilsberechtigten auch zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen können (vgl. statt aller MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl., § 2315 Rdnr. 11 ff., § 2316 Rdnr. 9 ff., 20 ff.). Das erklärt sich aus den verschiedenen Berechnungssystemen, nach denen – zusammengefasst – bei einer Ausgleichung der Wert der Zuwendung von dem Erbteil abgezogen und erst von diesem so ermittelten Betrag der Pflichtteil berechnet wird, während bei einer Anrechnung der Pflichtteil zunächst selbst berechnet und dann von diesem Pflichtteil der Wert der Zuwendung abgezogen wird (vgl. *Sostmann*, MittRheinNotK 1976, 479, 493). Bei einer gleichzeitigen Ausgleichungs- und Anrechnungsanordnung ist schließlich zunächst der Pflichtteil im Wege der Ausgleichung zu bestimmen und dieser Wert danach um die Hälfte des Zuwendungswertes zu kürzen (vgl. *Thubauville*, MittRheinNotK 1992, 289, 300). Nach den jeweiligen Vermögensverhältnissen und Pflichtteilsberechtigungen kann eine „Anrechnung auf den Erb- und Pflichtteil“

gemäß § 2316 Abs. 4 BGB sogar dazu führen, dass der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers größer ist, als wenn nur die Anrechnung angeordnet wäre; bei lediglich pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen und nur einer berücksichtigungsfähigen Zuwendung ist der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers bei Anwendung des § 2315 Abs. 1 BGB oder des § 2316 Abs. 4 BGB allerdings gleich (vgl. *Soestmann*, a. a. O., 494 f., 515).

b) Welche dieser Regelungen zur Anwendung kommt, wenn die Zuwendung – wie hier von der Erblasserin und dem Kläger im Übergabevertrag ausdrücklich festgelegt – im Wege „vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“ vorgenommen worden ist, kann nur durch Auslegung ermittelt werden (vgl. RG, JW 1925, 2124 Nr. 13; SeuffArch 76 Nr. 57; Recht 1904, 284 Nr. 1312; OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173 m. Anm. *Baumann*; SchlHOLG, ErbR 2008, 329 m. Anm. *Pastewski*; *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2315 Rdnr. 19, 23; MünchKommBGB/Lange, a. a. O., § 2316 Rdnr. 12; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2315 Rdnr. 6; *Erman/W. Schlüter*, BGB, 12. Aufl., § 2315 Rdnr. 4, jeweils m. w. N.). Der Senatsrechtsprechung ist nicht etwa – wie das Berufungsgericht angenommen haben könnte – zu entnehmen, dass damit stets nur eine Ausgleichungsanordnung gemäß § 2316 Abs. 1 BGB gemeint sein kann. Vielmehr hat der Senat lediglich anerkannt, dass es – abhängig von den jeweiligen Umständen – möglich ist, eine solche Wendung als Ausgleichsanordnung zu verstehen (BGHZ 82, 274, 278; BGH, FamRZ 1989, 175 unter I 2).

Mit „vorweggenommener Erbfolge“ wird zunächst nur die Übertragung von Vermögen (oder eines wesentlichen Teils davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger beschrieben. Sie richtet sich im Grundsatz nicht nach Erbrecht, sondern den Rechtsgeschäften unter Lebenden mit ihren vielfachen Gestaltungsmöglichkeiten. Es obliegt weit- hin dem Tatrichter durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien des Rechtsgeschäfts vereinbart haben (BGHZ 113, 310, 313; BGH, NJW 1995, 1349 unter 2 a = juris Tz. 11). Dieser tatrichterlichen Aufgabe hat das Berufungsgericht nicht genügt, indem es ohne weiteres meint, allein wegen der Verwendung des Begriffes „vorweggenommene Erbfolge“ im Vertragstext von einer Ausgleichung ausgehen zu müssen. Sofern es sich darin durch einen unzureichenden Parteivortrag bestärkt gesehen haben sollte, hätte es eines rechtlichen Hinweises gemäß § 139 ZPO bedurft, da dies offensichtlich von den Parteien so nicht erkannt worden ist, zumal ihre Wortwahl in den Schriftsätzen zur Frage, wie die Zuwendung sich auf den Pflichtteil auswirkt, zwischen „Anrechnung“ und „Ausgleichung“ wechselt, ohne erkennbar auf die spezifischen nach dem Gesetzestext damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen abzielen zu wollen.

c) Begriff und Motivation legen es bei einer „vorweggenommenen Erbfolge“ zunächst eher nahe, dass damit die Eigentumsübertragung als mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht umschrieben werden soll (BGH, NJW 1995, 1349), was wiederum für eine Ausgleichsanordnung spricht, weil so die Berücksichtigung der Zuwendung auf den Erbteil, nicht aber auf den Pflichtteil bezogen wird (vgl. SchlHOLG, a. a. O.; *Pastewski*, a. a. O.). In einer solchen Anordnung mit Bezug auf den Erbteil ist die Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil daher nicht ohne weiteres enthalten, was durch die Entstehungsgeschichte des § 2315 BGB verstärkt wird: Die ursprünglich in § 2288 Abs. 2 Satz 1 der Reichstagsvorlage vorgesehene Auslegungsregel, im Zweifel sei von einer Anrechnung auszugehen, wurde von der Reichstagskommission als zu weitgehend gestrichen (RG, SeuffArch a. a. O.; *Pastewski*, a. a. O. m. w. N.).

Eine pflichtteilsmindernde Anrechnungsbestimmung, die auch konkludent erfolgen kann (vgl. nur RGZ 67, 306 f.; OLG Düsseldorf, a. a. O.; MünchKommBGB/Lange, a. a. O., § 2315 Rdnr. 6), ist damit jedoch keineswegs ausgeschlossen. Nach den jeweiligen Umständen können solche Erklärungen des Erblassers durchaus so zu verstehen sein, dass der Vorempfänger ganz allgemein von allem abgezogen werden soll, was der Empfänger aus dem Nachlass zu erhalten habe und zwar in dem Sinne, dass er auf das beschränkt sein soll, was er durch die Zuwendung unter Lebenden von dem Erblasser bereits erhalten hat; die „Bestimmung der Anrechnung auf den Erbteil ... (schließt) ... die Auslegung nicht aus, dass damit auch die Anrechnung auf den Pflichtteil bestimmt“ ist (so ausdrücklich RG, JW 1925, 2124 f.).

d) Entscheidend ist nach alledem der im Auslegungsweg zu ermittelnde Erblasserwille, ob mit der Zuwendung zugleich auch eine Enterbung des Empfängers mit bloßer Pflichtteilsberechtigung gewünscht war und im Übergabevertrag festgelegt werden sollte, oder ob die Klausel lediglich klarstellen sollte, dass der Empfänger das, was er an sich erst mit dem Tode des Erblassers erhalten sollte, nun schon zu Lebzeiten bekommt, im Übrigen es aber bei den rechtlichen Wirkungen einer Zuwendung im Erbfall verbleiben soll (vgl. zum Ganzen *Sostmann*, a. a. O., 482 ff., 489 ff.; *Thubauville*, a. a. O., S. 297). Der erkennbare Erblasserwille muss für die Annahme einer Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB mithin auf eine Kürzung der dem Empfänger am Restnachlass zustehenden Pflichtteilsrechte gerichtet sein, wobei aber die Enterbungsabsicht bei Formulierung der Anrechnungsbestimmung noch nicht bestanden haben muss; es reicht, dass der Erblasser die Möglichkeit in Betracht gezogen hat (*Staudinger/Haas*, a. a. O., § 2315 Rdnr. 21).

Diese Ermittlung des Erblasserwillens erfordert eine Gesamtbewertung aller relevanten Umstände, wobei insbesondere auch die zeitlichen Zusammenhänge zwischen Zuwendung und Testamentserrichtung, der Vermögensgegenstand und seine wirtschaftliche Nutzbarkeit durch den Empfänger vor dem Erbfall sowie die Größenordnung der vorgezogenen Vermögenszuwendung zu berücksichtigen sind. Ebenso können Vorstellungen des Erblassers über eine gleichmäßige Behandlung von Abkömmlingen eine Rolle spielen, wobei zu beachten ist, dass ein solcher Erblasserwille bei der Berechnung des Ausgleichspflichtteils i. S. v. § 2316 Abs. 1 BGB an Grenzen stößt, weil enterbte Vorempfänger rechnerisch mit der Hälfte des Vorempfängers begünstigt bleiben, was einer etwa beabsichtigten völligen Gleichstellung entgegensteht (vgl. MünchKommBGB/Lange, a. a. O., § 2316 Rdnr. 12; *Soergel/Dieckmann*, a. a. O., § 2316 Rdnr. 12). Die Beweislast für eine pflichtteilsmindernde Anrechnungsbestimmung i. S. v. § 2315 Abs. 1 BGB bleibt indes letztlich beim Erben (MünchKommBGB/Lange, a. a. O., § 2315 Rdnr. 6; *Soergel/Dieckmann*, a. a. O., § 2315 Rdnr. 6).

2. Nach den vom Berufungsgericht wohl in seine Berechnung eingestellten Werten (Nachlass 762.871,93 €; auf den Erbfallzeitpunkt indizierte Zuwendung, vgl. BGHZ 96, 174, 181, 400.000 €) trifft seine Annahme nicht zu, dass mit Rücksicht auf die zugrunde gelegte Ausgleichspflicht gemäß § 2316 Abs. 1 BGB ein Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht festgestellt werden könne.

Dieses Ergebnis ist bei den genannten Zahlen allerdings im Falle einer Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB zu erreichen, was möglicherweise dem Berufungsgericht bei dem Verständnis der Regelung in Nr. 7 des Übergabevertrages vorgeschwebt hat. Denn der Anrechnungspflichtteil aus Pflichtteil abzüglich Zuwendung ergibt rechne-

risch einen negativen Wert ($762.871,93 \text{ €} + 400.000 \text{ €} = 1.162.871,93 \text{ €} : 4 = 290.717,98 \text{ €}$ abzügl. $400.000 \text{ €} = -109.282,02 \text{ €}$).

Bei einer Ausgleichung verbleibt hingegen – was die Revision zutreffend darlegt – ein positiver Ausgleichspflichtteil ($762.871,93 \text{ €} + 400.000 \text{ €} = 1.162.871,93 \text{ €} : 2$ [Abkömmlinge] = $581.435,97 \text{ €} - 400.000 \text{ €} = 181.435,97 \text{ €} \times \frac{1}{2} = 90.717,99 \text{ €}$).

Bei einer Kombination von Ausgleichung und Anrechnung scheiden hier wiederum Pflichtteilsansprüche aus, da die Differenz aus Ausgleichspflichtteil und halbem Vorempfänger – wie bei einer Anrechnung allein – negativ ist ($90.717,98 \text{ €} - 200.000 \text{ €} = -109.282,02 \text{ €}$).

Je nachdem, wie die vom Erblasser und Kläger im Übergabevertrag vereinbarte unentgeltliche Betriebsübergabe 1982 „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ gemeint gewesen ist – nur Erbteils- oder auch Pflichtteilsbezug –, entscheidet sich, ob für den Kläger überhaupt noch ein Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch in Betracht kommen kann.

3. Darüber wird der Tatrichter zunächst erneut zu befinden haben.

Der Senat weist für die – je nach dem Ergebnis – ggf. erforderliche weitere Bearbeitung vorsorglich auf Folgendes hin: Neben der Feststellung des Nachlasswertes bedarf es auch der des Wertes der Zuwendung. Die Beklagten haben im Rahmen der ihnen auch bezüglich berücksichtigungsfähiger Zuwendungen obliegenden Darlegungs- und Beweislast zum Unternehmenswert ausreichend substantiiert vorgetragen. Mehr ist ihnen insbesondere angesichts des Umstandes nicht möglich, dass dem Kläger laut Nr. 8.3 Übergabevertrag sämtliche für die (Fort-)Führung des Betriebes notwendigen und zweckmäßigen Unterlagen übergeben worden sind. Hinzu kommt – worauf das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend abstellt –, dass er gemäß Nr. 5.4 Abs. 2 und Nr. 6 Übergabevertrag Steuernachforderungen aufgrund einer steuerlichen Außenprüfung für den Zeitraum bis 31.12.1981 und sämtliche im Unternehmen begründete Verbindlichkeiten nach der Bilanz zum 31.12.1981 übernommen hat, was ohne den Erhalt der entsprechenden Betriebsunterlagen aus der Zeit vor der Betriebsübergabe für ihn nicht nachzuvollziehen gewesen wäre. Dem Kläger obliegt es daher jetzt, dem Vorbringen der Beklagten seinerseits substantiiert zu entgegnen. Sein Vortrag reicht dafür bislang nicht aus. Unter Berücksichtigung, dass seine Auskunftsspflichten aus § 2057 BGB oder zusätzlich aus § 242 BGB auch wertbildende Faktoren der Zuwendung erfassen können (vgl. MünchKommBGB/Heldrich, a. a. O., § 2057 Rdnr. 6 m. w. N. in Fn. 11), geht zu seinen Lasten, wenn er sich nicht in der Lage sieht, so konkret und zusammenhängend vorzutragen, dass daraus ggf. unter sachverständiger Beratung und durch Vernehmung von Zeugen zu einzelnen streitigen Punkten der Wert des Betriebes im Zeitpunkt der Übergabe erschlossen werden kann. Punktuelle und teilweise wenig plausible Angaben wie etwa zu einem Kapitalkonto, Geldzuflüssen aus Spielgewinnen oder sonstigen steuerlichen Aspekten genügen dafür nicht.

Schließlich können Pflichtteilsrestansprüche solange nicht zugesprochen werden, als Feststellungen zu der bislang – aus Sicht des Berufungsgerichts folgerichtig – offengelassenen Frage fehlen, inwieweit die Beklagte zu 1 besondere Leistungen gemäß § 2057 a BGB zur Ausgleichung bringen kann.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Everts*, MittBayNot 2011, 107 (in diesem Heft).

11. § 2270 BGB (*Zur Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament*)

Zur Wechselbezüglichkeit der Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und die gemeinsamen Kinder zu Schlusserben einsetzen.

OLG München, Beschluss vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die verwitwete Erblasserin ist im November 2009 im Alter von 87 Jahren verstorben. Die Beteiligten zu 1, 2 und 3 sind ihre Kinder aus der Ehe mit dem 1970 verstorbenen Ehemann. Ein weiteres gemeinsames Kind ist ohne Hinterlassung von Abkömmlingen 1979 verstorben.

Es liegt ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament der Eheleute vom 16.1.1966 vor, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und die namentlich aufgeführten gemeinschaftlichen vier Kinder zu Schlusserben einsetzen. Am 20.4.2009 errichtete die Erblasserin ein handschriftliches Testament, in dem sie den Beteiligten zu 3 zum Alleinerben einsetzte.

Der Beteiligte zu 3 hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist. Er ist der Auffassung, für die Erbfolge sei das Testament vom 20.4.2009 maßgeblich. Die Schlusserbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 16.1.1966 sei nicht wechselbezüglich, so dass die Erblasserin auch nach dem Tod des Ehemanns abweichend habe testieren können. Die Beteiligte zu 1 ist dem Antrag entgegengetreten. Mit Beschluss vom 10.5.2010 hat das AG festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Bewilligung des beantragten Alleinerbscheins vorliegen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Der Beteiligte zu 3 ist nicht Alleinerbe.

Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments von 1966 als Erben nach dem Überlebenden berufen. Diese Erbeinsetzung hätte die Erblasserin durch das spätere einseitige Testament von 2009 nur dann wirksam widerrufen können, wenn sie nicht wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB zu einer Verfügung ihres Ehemannes war; andernfalls war die Erblasserin nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB nach dem Tod des Ehemannes an einem Widerruf dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügung gehindert. So liegt der Fall hier; die Erblasserin war an ihre Schlusserbeinsetzung gebunden.

1. Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLG, FamRZ 2005, 1931; OLG Hamm, FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung (BGHZ 112, 222, 223 f.). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410 = DNotZ 1988, 178).

2. Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit

der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Das ist hier in mehrfacher Hinsicht der Fall. Zum einen haben sich die Ehegatten gegenseitig bedacht; diese Verfügungen sind im Zweifel zueinander wechselbezüglich. Darüber hinaus hat der Ehemann seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt und diese hat für den (hier eingetretenen) Fall ihres Überlebens die gemeinsamen Kinder eingesetzt, die nicht nur mit ihr, sondern auch mit ihrem Ehemann verwandt sind. § 2270 BGB greift somit auch im Verhältnis dieser zwei Verfügungen zueinander ein, ebenso wie umgekehrt im Verhältnis der Einsetzung des Ehemannes durch die Ehefrau zur Einsetzung der gemeinsamen Kinder durch den Ehemann für den Fall seines Überlebens (vgl. *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2270 Rdnr. 57). Allerdings kommt § 2270 Abs. 2 BGB nur zum Zuge, wenn nicht die vorrangige individuelle Auslegung etwas anderes ergibt.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang das vom AG herangezogene Argument, es sei grundsätzlich nicht anzunehmen, dass ein Elternteil die gemeinsamen Kinder nur deswegen als Erben einsetzt, weil auch der andere dies tut. Das betrifft das Verhältnis der einen Schlusserbeinsetzung zur anderen Schlusserbeinsetzung und erlangt insbesondere Bedeutung, wenn die Erbeinsetzung der Kinder nicht mit einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute verknüpft ist (vgl. BayObLG ZEV 1996, 188). Unabhängig davon kann in einem Fall wie hier die gegenseitige Abhängigkeit im Verhältnis einer dieser Schlusserbeinsetzungen einerseits und der Einsetzung des jeweils anderen Ehegatten als einzigen Erben unter Ausschluss der gemeinsamen Kinder beim Tode des zuerst versterbenden Ehegatten andererseits bestehen (vgl. BGH, NJW 2002, 1126).

3. Eine Unabhängigkeit der hier in Frage stehenden Schlusserbeinsetzung der Kinder durch die Ehefrau zu ihrer Alleinerbeinsetzung durch den Ehemann lässt sich im Wege individueller Auslegung nicht feststellen. Die individuelle Auslegung spricht im Gegenteil für eine Wechselbezüglichkeit.

a) Schon die seinerzeitige Lebenssituation und Interessenlage legt die wechselseitige Abhängigkeit der genannten Verfügungen nahe. Im Hinblick auf die unbestritten vorgetragene schwere Erkrankung des Ehemannes war davon auszugehen, dass der Ehemann deutlich vor seiner Ehefrau sterben würde, wie dies ja auch eingetreten ist. Wie sich die Verhältnisse entwickeln würden, wenn seine Ehefrau ihn um viele Jahre – hier tatsächlich um Jahrzehnte – überlebt, war nicht absehbar. Die Ehefrau war zum Zeitpunkt der Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments erst 43 Jahre alt, die Kinder noch minderjährig. Nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 3 war den Eheleuten bewusst, dass die Wechselfälle des Lebens Biographien radikal verändern können. Niemand konnte zu diesem Zeitpunkt von vornherein ausschließen, dass die Ehefrau später einmal, in welcher Lebenssituation auch immer, anderweitig zugunsten einer familienfremden Person verfügt. In diesem Fall würde nicht nur ihr eigenes Vermögen, sondern auch das zuvor vom erstverstorbenen Ehemann ererbte Vermögen nicht in der Familie an die nächste Generation weitergereicht werden.

Indem der Ehemann, wie geschehen, seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzt, übergeht und enterbt er seine eigenen

Kinder; denn seine eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall seines Vorversterbens gegenstandslos. Es liegt nahe, dass er die Enterbung seiner Kinder für den ersten Todesfall in einer Wechselwirkung dazu sieht, dass nicht nur er selbst (was im Falle seines Vorversterbens nichts nützt), sondern auch der Ehegatte im Gegenzug dafür als Schlusserben des beiderseitigen Vermögens die Kinder einsetzt. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§ 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Ehegatten ist hierfür im Übrigen nicht Voraussetzung; vielmehr knüpft das Gesetz die Bindungswirkung allein an die von den Eheleuten gewollte gegenseitige Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen.

b) Durchgreifende Umstände, die gegen diese durch die allgemeine Lebenserfahrung und die konkreten Lebensumstände naheliegende Auslegung sprechen, sind nicht zutage getreten. Insbesondere sprechen weder das vom Beteiligten zu 3 vorgebrachte innige, vertrauensvolle Verhältnis der Eheleute noch das Motiv der finanziellen Absicherung der Familie und der damals noch in der Ausbildung stehenden minderjährigen Kinder in keiner Weise gegen, sondern eher für diese Auslegung. Der Beteiligte zu 3 betont selbst, dass die Eheleute das gemeinsam Erarbeitete erhalten und an die nächste Generation weitergeben wollten. Nach seinem Sachvortrag war den Eheleuten klar, dass im Hinblick auf die Einkünfte aus dem väterlichen Betrieb, die beim zu befürchtenden baldigen Ableben des Vaters wegfallen würden, die Mutter in der Lage sein müsse, über das gesamte Vermögen frei zu verfügen und Immobilien zu verkaufen, um den Schuldendienst zu bedienen und den Lebensunterhalt der Familie zu sichern, wie sie es dann später auch getan habe. Das ist kein Argument gegen die Wechselbezüglichkeit, denn diese Verfügungsfreiheit zu Lebzeiten wird bei der hier gewählten Testierform des sog. Berliner Testaments, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und die gemeinsamen Kinder zu Schlusserben einsetzen, gerade nicht eingeschränkt, auch dann nicht, wenn man wie hier die Wechselbezüglichkeit wie oben beschrieben bejaht.

Schließlich ist auch der Umstand, dass die Erblasserin im Jahr 2009, also 43 Jahre nach dem gemeinschaftlichen Testament und 39 Jahre nach dem Tod ihres Ehemannes, im hohen Alter von 86 Jahren anderweitig testiert, kein gewichtiges Indiz dafür, dass die Eheleute beim gemeinschaftlichen Testieren im Jahr 1966 die gemeinsame Vorstellung hatten, jeder solle die Schlusserbeinsetzung nach Belieben abändern können. Nach der von dem Beteiligten zu 3 geschilderten damaligen Familiensituation und Motivlage wäre es ausgesprochen fernliegend anzunehmen, dass es den Eheleuten trotz Vorhandenseins eigener Kinder letztlich gleichgültig gewesen sein soll, wer nach dem Tod des Letztversterbenden das gemeinsame Vermögen erben würde. Dies wird auch von keinem Beteiligten behauptet. Selbst wenn man jedoch nach all dem noch Zweifel haben müsste, dass die genannten Verfügungen wechselbezüglich sind, so wäre nach der ergänzend heranzuziehenden Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die durch die indi-

viduelle Auslegung jedenfalls nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen.

c) Denkbar ist allenfalls ein gemeinsamer Wille der Eheleute dahin, dass der überlebende Ehegatte in gewissem Rahmen, etwa unter Ausschluss familienfremder Personen, zur Abänderung der getroffenen Schlusserbeinsetzung befugt sein sollte. Eine solche Abänderungsklausel ist auch bei wechselbezüglichen und deshalb grundsätzlich bindenden Verfügungen möglich. Eine ausdrückliche Abänderungsklausel enthält das gemeinschaftliche Testament aber nicht, und auch für einen stillschweigend vereinbarten Änderungsvorbehalt (vgl. hierzu *Reimann/Bengel/J. Mayer*, § 2271 Rdnr. 59) sieht der Senat weder im Testament noch in dem sonstigen Sachverhalt einen hinreichenden Anhalt. Auch für eine ergänzende Testamentsauslegung wegen wesentlich veränderter Umstände ist hier kein Raum; denn es ist schon nicht ersichtlich, was sich wesentlich verändert haben soll. Nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 3 soll das Motiv der Mutter für seine Alleinerbeinsetzung gewesen sein, dass der Grundbesitz in einer Hand verbleibt und nicht durch eine Auseinandersetzung unter mehreren Erben zerschlagen wird. Vor der Situation, dass bei der Einsetzung mehrerer gemeinsamer Kinder die spätere Auseinandersetzung unter den Geschwistern zur Aufteilung des Familienbesitzes führen kann, stehen alle Eltern mit mehreren Kindern und standen auch hier die Eltern bereits im Jahr 1966, ohne dass sie das abgehalten hätte, ihre gemeinsamen Kinder gleichmäßig, ohne eines zu bevorzugen oder zu benachteiligen, als Schlusserben einzusetzen. (...)

Anmerkung:

Der Beschluss betrifft einen geradezu klassischen Fall eines gemeinschaftlichen Testaments und der sich daraus ergebenden Folgen. In recht jungen Jahren geben Eheleute einer in privatschriftlicher Form verfassten letztwilligen Verfügung den Inhalt eines Berliner Testaments.¹ Die als Schlusserben eingesetzten gemeinsamen Kinder sind noch minderjährig. Der Ehemann stirbt, der Ehefrau fällt sein Vermögen als dessen Alleinerbe an. Viele Jahre danach errichtet die Witwe ein handschriftliches Testament, in dem sie eines ihrer Kinder zu ihrem alleinigen Erben einsetzt. Sie dürfte dabei in der Überzeugung gehandelt haben, zu einer solchen letztwilligen Verfügung rechtlich in der Lage zu sein, weil sie von den rechtlichen Folgen wechselbezüglicher Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten nie etwas gehört hat. An dieser häufig vorkommenden Konstellation wird deutlich, wie gefährlich privatschriftlich errichtete gemeinschaftliche Testamente sind. Die weit verbreitete Unwissenheit über die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus der Bindung an wechselbezügliche Verfügungen ergeben, ließe sich vermeiden, wenn man dem Vorschlag folgte, gemeinschaftliche Testamente nur in notarieller Form zuzulassen, weil dann die dem Notar obliegenden Prüfungs- und Belehrungspflichten dafür sorgten, dass die Erblasser über die Bindungswirkungen des gemeinschaftlichen Testaments ausreichend informiert werden. Ganz in diesem Sinne ist die zivilrechtliche Abteilung des 68. Deutschen Juristentages dem Vorschlag der Gutachterin² mit einer – wenn auch nicht sehr deutlichen – Mehrheit ge-

¹ Ein Testament, dessen Inhalt der Auslegungsregel des § 2269 BGB entspricht, wird üblicherweise „Berliner Testament“ genannt. Zwar wird in Zweifel gezogen, ob dieser Begriff treffend ist, jedoch erscheint es müßig, über Begriffe zu streiten; vielmehr muss man sich über sie verständigen.

² *Röthel*, NJW-Beilage 3/2010, 73, 79. Kritisch dazu *Kroppenberg*, NJW 2010, 2610, 2612.

folgt und hat sich dafür ausgesprochen, die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten generell an strengere Formen (öffentliche Errichtung) zu knüpfen.³

Wie fast immer in solchen Fällen versucht der durch die zuletzt errichtete letztwillige Verfügung zum Erben Bestimmte sein vermeintliches Erbrecht durchzusetzen. Nachdem er infolge einer entsprechenden juristischen Belehrung die für ihn sicherlich betrübliche Mitteilung erhalten hat, dass es eine Bindung des überlebenden Ehegatten an wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten gibt, ergreift er die einzige noch bestehende Chance, die Wechselbezüglichkeit der im gemeinschaftlichen Testament zugunsten seiner Geschwister enthaltenen Verfügungen in Abrede zu stellen. Auch hier zeigt sich erneut die Schwäche privatschriftlicher Testamente, in denen häufig die Frage einer Wechselbezüglichkeit nicht deutlich beantwortet wird. Das OLG München geht diese Frage schulmäßig an, indem es zunächst aufgrund einer Auslegung aller in Betracht zu ziehender Fakten versucht, den Willen der Testierenden zu erforschen, wobei auch die Regeln über die ergänzende Testamentsauslegung zu beachten sind. Dabei muss das Ziel sein, den Willen der Erblasser ohne jeden Zweifel festzustellen.⁴ Da dieses Ziel hier nicht erreicht werden kann, greift das Gericht in einem zweiten Schritt auf die Vorschrift des § 2270 Abs. 2 BGB zurück, in der ein Satz der Lebenserfahrung zu einer Vermutung gestaltet wird.⁵ Die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen wird danach zu Recht bejaht.

Als eine zusätzliche Pointe des Falles erweist sich, dass das erstinstanzliche Gericht zu einem gegenteiligen Ergebnis gekommen war. Das Gericht wurde fehlgeleitet durch die richtige Feststellung, dass regelmäßig nicht angenommen werden könne, jeder Ehegatte habe die gemeinsamen Kinder nur deshalb im Testament bedacht, weil es auch der andere getan habe.⁶ Richtig angewendet bedeutet dieser Erfahrungssatz, dass im Zweifel die Verfügungen zueinander nicht wechselbezüglich sind, durch die jeder Elternteil die gemeinschaftlichen Kinder zu Erben einsetzt. Darum ging es hier jedoch nicht. Entscheidend ist, dass jeder Ehegatte den anderen zum alleinigen Erben bestimmt und beim ersten Erbfall die gemeinsamen Kinder enterbt, weil es dem gemeinsamen Plan entspricht, das Vermögen zunächst in der Hand des überlebenden Ehegatten zusammen zu halten und es dann den Kindern zufallen zu lassen. Die darauf gerichteten letztwilligen Verfügungen sind wechselbezüglich und verhindern, dass der überlebende Ehegatte diese Planung durchkreuzt und abweichende letztwillige Verfügungen treffen kann. Das vom OLG München gefundene Ergebnis war somit zwingend: Die Kinder erben beim Tod ihrer Mutter als Schlusserven zu gleichen Teilen.

Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Passau

³ Abteilung Zivilrecht, Beschluss I 4, abrufbar unter www.djt.de/djtmedia/files68-djt-beschluesse.

⁴ OLG München, 20 U 2303/08, BeckRS 2009, 03033.

⁵ Die Rechtsnatur dieser Vorschrift ist streitig. Dieser Meinungsstreit kann hier jedoch dahinstehen. Vgl. dazu MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2270 Rdnr. 9.

⁶ BGH, NJW 2002, 1126 = JZ 2002, 893 m. Anm. *Leipold*; BayObLG, ZEV 1996, 188, 189 m. Anm. *Kössinger*; OLG Frankfurt/Main, NJOZ 2007, 2438, 2440.

12. BGB § 2269 (Zur Formulierung „gleichzeitiges Ableben“ in einem gemeinschaftlichen Testament)

1. Die Formulierung „gleichzeitiges Ableben“ in einem gemeinschaftlichen Testament umfasst regelmäßig nicht nur den unwahrscheinlichen Fall des im gleichen Bruchteil einer Sekunde eintretenden Todes, sondern auch den Fall, dass die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, z. B. eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten.
2. Ein von dem so verstandenen Wortlaut abweichender gemeinsamer Wille der Ehegatten, dass die Schlusserbeneinsetzung auch dann gelten soll, wenn ein Ehegatte den anderen um viele Jahre überlebt, ergibt sich nicht in jedem Fall schon daraus, dass die getroffene Schlusserbeneinsetzung erläutert wird und die Erläuterung nicht speziell auf das „gleichzeitige Ableben“ abstellt (Abgrenzung zu OLG München, FamRZ 2008, 921).

OLG München, Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der kinderlose, verwitwete Erblasser ist im März 2009 im Alter von 87 Jahren verstorben. Seine Ehefrau (geboren 1918), mit der er seit 1948 verheiratet war, ist 1998 vorverstorben. Der Beteiligte zu 1 ist ein Bruder des Erblassers. Die Beteiligte zu 2 wird im gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten als „verwandt“ mit der Ehefrau bezeichnet, im späteren Einzeltestament des Erblassers als „Cousine meiner verstorbenen Frau“. Nach ihren zuletzt gemachten Angaben ist einer ihrer Ur-Ur-Großväter ein Ur-Großvater der Ehefrau des Erblassers; Cousins, d. h. Kinder von Geschwistern, wären danach die Mutter der Ehefrau des Erblassers und die Großmutter der Beteiligten zu 2.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben und Wertpapieren; der Reinnachlasswert beträgt rund 1,2 Mio. €. Es liegt ein vom Erblasser geschriebenes, von beiden Ehegatten unterschriebenes Testament vom 11.10.1995 vor, das auszugsweise wie folgt lautet:

- „I. Wir die Eheleute K. und M. D. setzen uns gegenseitig als Alleinerben ein. Der Überlebende beerbt den anderen allein.
- II. Bei gleichzeitigem Ableben von uns Beiden erbt (Beteiligte zu 2) (verwandt mit Frau M. D.), derzeit wohnhaft in ... alles als Alleinerbin.
- Sollte sie vor uns verstorben sein, so erben an ihrer Stelle je zur Hälfte
1. ihr Ehemann ...
 2. ihre Tochter ...
- III. Sofern bei unseren Ableben noch am Leben erhalten als Vermächtnis
1. DM 50.000 Frau M. V., geb. D. (Schwester von K. D.) derzeit wohnhaft ...
 2. DM 50.000 F. D., (Bruder von K. D.), derzeit wohnhaft ...“

Die vom Erblasser handschriftlich verfasste „Anmerkung zum Testament“ lautet:

„Meinen Geschwistern M. und F. möchte ich noch erklären, warum ich sie nur mit einem Vermächtnis und nicht als Miterben eingesetzt habe.

Der Sohn von F. beerbt meines Wissens F. und auch M. als Alleinerbe. Er würde dann auch noch deren Anteil an unserem Vermögen – soweit noch vorhanden – erben, was nicht in meinem Sinne wäre. Der Sohn von F., war mir seit seiner Jugend unversöhnlich gesinnt, weil ...

Das wollte ich meinen Geschwistern, zu denen ich ein sehr inniges Verhältnis hatte, übrigens auf Gegenseitigkeit, noch erklä-

ren. Sie leben beide in guten Verhältnissen, so dass sie auf ein größeres Erbe von mir nicht angewiesen sind.

Im Übrigen stammt ein großer Vermögensteil von M. D., aus dem Verkaufserlös des Anwesens in der A-Straße.“

Mit eigenhändigem Testament vom 27.12.2002 setzte der Erblasser seinen Bruder F, den Beteiligten zu 1, ersatzweise dessen Sohn als Erben seines gesamten Vermögens auf Bankkonten und -depots ein. Die Beteiligte zu 2 sollte die Wohnungseinrichtung und alles in der Wohnung Befindliche erhalten sowie 30.000 €, um damit u. a. die Miete bis zur Räumung der Wohnung zu bezahlen.

Der Beteiligte zu 1 beantragte einen Erbschein als Alleinerbe aufgrund des Testaments vom 27.12.2002. Das gemeinschaftliche Testament vom 11.10.1995 enthalte keine Schlusserbeneinsetzung für den Fall, dass der Erblasser erst mehr als zehn Jahre nach seiner Ehefrau versterbe. Die Beteiligte zu 2 vertritt hingegen die Auffassung, das Testament vom 11.10.1995 enthalte eine bindende Schlusserbeneinsetzung auch für den Fall, dass die Eheleute nicht gleichzeitig versterben würden.

Mit Beschluss vom 6.8.2009 kündigte das Nachlassgericht an, der Beteiligten zu 2 einen Erbschein als Alleinerbin zu erteilen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 wies das LG mit Beschluss vom 25.1.2010 zurück. Gegen die Entscheidung richtet sich seine weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Nachlassgericht wird angewiesen, dem Beteiligten zu 1 einen Erbschein zu erteilen, der ihn als Alleinerben ausweist.

(...)

Die zulässige weitere Beschwerde ist in der Sache begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die von ihm vorgenommene Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 11.10.1995 ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Die Testamentsauslegung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. 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 oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, 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, 279).

b) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des LG nicht gerecht.

(1) Das LG hat bereits die Anforderungen für ein vom Wortsinn abweichendes Verständnis der Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben“ verkannt. Die Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben“ umfasst grundsätzlich neben dem sehr seltenen Fall des zeitgleichen Versterbens nur denjenigen des Versterbens in kurzem zeitlichem Abstand. Ein Abweichen von diesem bereits erweiterten Wortsinn kommt nur dann in Betracht, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als dies dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, und dies in der Verfügung von Todes wegen zumindest andeutungsweise Ausdruck gefunden hat (vgl. OLG München, FamRZ 2008, 921 f. m. w. N.). Aus der „Anmerkung zum Testament“, auf die das LG seine Auslegung im Wesentlichen

stützt, ergibt sich jedoch kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass der früher als Bankdirektor tätige Erblasser und seine Ehefrau unter „bei gleichzeitigem Ableben“ etwas anderes verstanden haben, als sich aus dem Wortsinn ergibt.

(2) Zum anderen hat das LG nicht beachtet, dass für die Frage der Wechselbezüglichkeit die individuelle Auslegung Vorrang hat vor der Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB (st. Rspr., vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 1931 m. w. N.; Palandt/Edenhofer, 69. Aufl., § 2270 Rdnr. 7), und es bezieht deshalb wesentliche Gesichtspunkte nicht in seine Überlegungen ein. So hat es insbesondere nicht berücksichtigt, dass nach der Lebenserfahrung Ehegatten ihre gegenseitige Erbinsetzung regelmäßig nicht davon abhängig machen wollen, dass der Überlebende einen weitläufigen Verwandten des Erstverstorbenen zum Erben einsetzt (vgl. OLG Hamm, FamRZ 2002, 201, 203; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2270 Rdnr. 47).

Dabei unterstellt das LG ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis („Cousine“) zwischen der Ehefrau des Erblassers und der Beteiligten zu 2, ohne auch nur auf konkrete Angaben zu dessen Herleitung zurückgreifen zu können, geschweige denn auf Nachweise einer Verwandtschaft im Rechtssinne (§ 1589 BGB). Zu diesbezüglichen Nachforschungen bestand schon deshalb Anlass, weil in dem unter Mitwirkung der Ehefrau verfassten gemeinschaftlichen Testament vom 11.10.1995 die Beteiligte zu 2 lediglich als „verwandt“ bezeichnet wird, während alle übrigen genannten Personen mit der konkreten Verwandtschaftsbezeichnung aufgeführt werden. Hinzu kommt, dass im allgemeinen Sprachgebrauch mit „Cousine“ (ebenso wie mit „Neffe“ oder „Onkel“) auch entfernte Verwandte oder Verschwägerter bezeichnet werden. Auf die bloße Benennung der Beteiligten zu 2 als „Cousine“ der Ehefrau durch den Erblasser konnte das LG deshalb nicht seine Entscheidung stützen, ebenso wenig auf die Übernahme dieser Bezeichnung durch beide Beteiligten im Nachlassverfahren, zumal im Beschwerdeverfahren die Verwandtschaft ausdrücklich bestritten wurde.

c) Nachdem es keiner weiteren Ermittlungen zu der Frage bedarf, was die testierenden Ehegatten unter „bei gleichzeitigem Ableben“ verstanden haben, kann der Senat die gebotene Auslegung selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, dass die Erbinsetzung der Beteiligten zu 2 entsprechend dem Wortsinn nur für den Fall des (beinahe) gleichzeitigen Versterbens der beiden Ehegatten vorgenommen wurde.

(1) Die Formulierungen „bei gleichzeitigem Ableben“ oder „bei gleichzeitigem Versterben“ werden in der neueren Rechtsprechung über den strengen Wortsinn hinaus – nach dem nur der Fall geregelt wäre, in dem die untereinander erbberechtigten Personen im gleichen Bruchteil einer Sekunde den Tod finden (vgl. BayObLGZ 1996, 243, 247 = MittBayNot 1997, 46) – so ausgelegt, dass sie auch noch Fallgestaltungen betreffen, in denen von einem „gleichzeitigen Tod“ nur im weiteren Sinne die Rede sein kann, in denen aber im Hinblick auf den Sinn einer derartigen Regelung praktisch kein Unterschied zum gleichzeitigen Tod bei Ehegatten im engeren Sinne besteht. Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ohne diese Regelung mit einer Erbinsetzung für den Tod des Längerlebenden von ihnen (Schlusserbeneinsetzung) zu verbinden, bezwecken damit, dass dem Überlebenden der Nachlass des Erstversterbenden zufällt und dass er über das Gesamtvermögen – auch von Todes wegen – frei verfügen kann. Ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht dann für den Fall des „gleichzeitigen Todes“, in dem es nicht zu einer Beerbung des einen Ehegatten durch den anderen – und zu einer weiteren Verfügung von Todes wegen des über-

lebenden Ehegatten – kommt. Dieser Regelungsbedarf besteht nicht nur für den Fall des in engerem Sinn gleichzeitigen Todes, sondern auch in Fällen, in denen die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, z. B. eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten. In diesem Fall des Versterbens kurz nacheinander würde zwar die gegenseitige Erbeinsetzung greifen, doch hinge es vom Zufall der Reihenfolge des Versterbens ab, ob – wenn keine entsprechende letztwillige Verfügung getroffen wurde – den gesetzlichen Erben des Ehemannes oder den gesetzlichen Erben der Ehefrau das gesamte Vermögen beider Eheleute zufließt. Es ist daher sinnvoll und naheliegend, wenn die Ehegatten die gegenseitige Beerbung anordnen und im Übrigen dem Überlebenden freie Hand lassen wollen, eine zusätzliche Regelung jedenfalls für den Fall zu treffen, dass keiner den anderen überlebt oder der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist. Auf diese Fallgestaltung wollen Ehegatten mit der Verwendung von Formulierungen wie „bei gleichzeitigem Ableben“ die (Schluss-)Erbeinsetzung regelmäßig beschränken und so dem Überlebenden von ihnen die Bestimmung überlassen, wer ihn beerben soll (vgl. BayObLG, FGPrax 2004, 80, 81 m. w. N.; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, § 2269 Rdnr. 20; *Palandt/Edenhofer*, § 2269 Rdnr. 9).

(2) Eine für den Fall des „gleichzeitigen Versterbens“ getroffene Erbeinsetzung gilt deshalb grundsätzlich nicht für den Fall, dass die Eheleute nacheinander – in erheblichem zeitlichem Abstand – versterben. Eine Ausnahme hiervon kann nur angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, dass die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Versterbens“ bzw. „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn dahin verstanden haben, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichem Abstand umfassen sollte, und wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen findet. Ein solcher Ausnahmefall ist insbesondere angenommen worden, wenn in der letztwilligen Verfügung selbst weniger eng gefasste Formulierungen verwendet und von den Testierenden ersichtlich als gleichbedeutend angesehen wurden.

So lag der Fall auch bei der Senatsentscheidung vom 16.7.2007 (FamRZ 2008, 921): Dort war in der – insgesamt sprachlich unbeholfen formulierten – letztwilligen Verfügung selbst neben „gleichzeitig ableben“ in Bezug auf die Regelung der Erbfolge auch die weitere Formulierung „nach unserem Ableben“ verwendet worden. Zugleich ergab sich aus dem gesamten Inhalt der letztwilligen Verfügung, dass die testierenden Ehegatten die umfassende Regelung über die Beteiligung der vier gemeinsamen Kinder am Nachlass des Letztversterbenden auch für diesen Fall und nicht nur für das (beinahe) gleichzeitige Ableben treffen wollten.

(3) Solche besonderen Umstände, die ein vom Wortsinn der Formulierung „gleichzeitiges Ableben“ abweichendes Verständnis der Testierenden belegen, sind hier nicht gegeben.

Zwar kann sich im Einzelfall auch aus einem im Rahmen der Testamentserrichtung verfassten, zur Gesamterklärung gehörenden Begleitschreiben ergeben, dass die Testierenden mit ihren Worten einen anderen, weiteren Sinn verbunden haben (vgl. BayObLGZ 1979, 427, 432). Hier sind aber weder in der letztwilligen Verfügung selbst noch in der „Anmerkung zum Testament“ hinreichende Anhaltspunkte dafür enthalten, dass die Ehegatten entgegen dem Wortlaut in Ziffer II des Testa-

mens vom 11.10.1995 nicht nur eine Regelung für den Fall treffen wollten, dass der Überlebende von ihnen wegen seines zeitnahen Nachversterbens keine letztwillige Verfügung für die Erbfolge nach seinem Tod mehr treffen könne, sondern bereits umfassend auch für den Fall ihres Versterbens in erheblichem zeitlichen Abstand die Schlusserbfolge regeln wollten. Dem insgesamt sorgfältig und ohne sprachliche Fehler formulierten Testament, in dem im Übrigen auch die juristischen Begriffe „Erbe“ und „Vermächtnis“ zutreffend verwendet werden, lässt sich ein solcher übereinstimmender Wille beider Ehegatten auch nicht andeutungsweise entnehmen. Die Bestimmung von Ersatzerben für die Beteiligte zu 1, falls diese vor den Ehegatten verstorben sein sollte, besagt nichts darüber, dass abweichend vom Wortlaut die Schlusserbeinsetzung auch für den Fall des Versterbens der Ehegatten in langem zeitlichem Abstand Geltung haben sollte. Auch die Wortwahl in Ziffer III des Testaments („Sofern bei unserem Ableben noch am Leben, erhalten als Vermächtnis ...“) gibt hier keinen aussagekräftigen Hinweis auf ein solches vom Wortlaut abweichendes Verständnis, denn sie soll ersichtlich klarstellen, dass die Vermächtnisse nur den Geschwistern persönlich zugedacht und bei deren Vorversterben unwirksam sind.

Entgegen der Auffassung des LG ergibt sich auch aus der am selben Tag vom Erblasser allein verfassten „Anmerkung zum Testament“ kein Anhaltspunkt für ein vom Wortsinn abweichendes Verständnis der testierenden Ehegatten. In dieser Anmerkung erläutert der Erblasser seinen beiden Geschwistern, weshalb er sie nur mit einem Vermächtnis und nicht als Miterben eingesetzt hat. Die angeführten Gründe liegen im Wesentlichen in dem vom Erblasser als getrübt empfundenen Verhältnis zu seinem Neffen. Mit der „Anmerkung“ wollte der Erblasser ersichtlich bei seinen Geschwistern um Verständnis für die im Testament vom 11.10.1995 getroffene Regelung werben und seine persönlichen Überlegungen dazu erläutern, denn er beginnt mit „Meinen Geschwistern ... möchte ich noch erklären, warum ich sie nur mit einem Vermächtnis und nicht als Miterben eingesetzt habe“ und schließt mit „Das wollte ich meinen Geschwistern ... noch erklären“.

In diesem Zusammenhang ist auch die abschließende Bemerkung zu sehen, „im Übrigen“ stamme ein „großer Vermögensteil“ von der Ehefrau aus dem Verkaufserlös des Anwesens A.-Straße, denn ausweislich des Erbvertrages zwischen den Ehegatten und den Voreigentümerinnen vom 5.2.1970 war dieses Anwesen, das zur Hälfte der Mutter der Ehefrau gehörte, zur Hälfte einer Dritten, am selben Tag beiden Ehegatten je zur Hälfte übertragen worden. Der Hinweis auf die Herkunft eines Teils des gemeinsamen Vermögens zielt ersichtlich darauf ab, bei den Geschwistern Verständnis für die getroffene Regelung zu wecken. Eine gemeinsame Absicht der Ehegatten, deswegen in jedem Fall nach dem Tod des Letztversterbenden den gemeinsamen Nachlass der Beteiligten zu 2 zukommen zu lassen, geht aus dieser schlichten Feststellung nicht hervor.

Soweit das LG aus der Formulierung „deren Anteil an unserem Vermögen“ ableitet, dass die Ehegatten vom Vorversterben der Ehefrau ausgegangen sind, verkennt es, dass sich die Ausführungen des Erblassers in seiner „Anmerkung“ nicht darauf beziehen, dass seine Geschwister von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden, bei der sie nur im Fall des Vorversterbens der Ehefrau zum Zuge gekommen wären, sondern darauf, dass sie nicht als Miterben neben der Beteiligten zu 2 eingesetzt werden, was ihnen auch im Fall des gleichzeitigen Ablebens einen Anteil am Nachlass der Ehegatten verschafft hätte.

d) Nachdem das gemeinschaftliche Testament vom 11.10.1995 keine Erbeinsetzung für den Fall enthält, dass die Ehegatten in größerem zeitlichen Abstand – hier von über zehn Jahren – versterben, war der Erblasser nicht gehindert, den Beteiligten zu 1 zu seinem Alleinerben einzusetzen, wie er es mit Testament vom 27.12.2002 getan hat. Dieses Testament ist deshalb maßgeblich für die Erbfolge; das Nachlassgericht hat den vom Beteiligten zu 1 beantragten Erbschein zu erteilen.

Auf die vom LG aus seiner Sicht folgerichtig geprüfte Frage der Wechselbezüglichkeit kommt es nicht mehr an. Es kann somit dahinstehen, ob die im Verfahren der weiteren Beschwerde vorgetragene Angaben der Beteiligten zu 2 zu ihrer Verwandtschaft mit der Ehefrau des Erblassers zutreffen. Auch bedarf es keiner weiteren Ermittlungen dazu, ob neben dieser allenfalls weitläufigen Verwandtschaft auch ein Näheverhältnis i. S. d. § 2270 Abs. 2 BGB zwischen der Ehefrau des Erblassers und der Beteiligten zu 2 bestanden hat. Einer Zurückverweisung an das LG bedarf es deshalb entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 nicht. (...)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG §§ 35, 66, 67, 68 (*Abstrakte Vertretungsbefugnis der Liquidatoren*)

1. **§ 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG beinhaltet den Grundsatz der Gesamtvertretung bei mehreren bestellten Liquidatoren. Ist nur ein Liquidator bestellt, so sieht die Vorschrift nicht dessen Einzelvertretungsbefugnis vor.**
2. **Zur Auslegung eines Gesellschafterbeschlusses, der beinhaltet, dass sich die Vertretungsbefugnis des einzig bestellten Liquidators aus § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ergibt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 12.5.2010, 31 Wx 47/10

Am 1.12.2009 wurde neben der Auflösung der in das Handelsregister eingetragenen GmbH zur Eintragung angemeldet:

„Herr Dr. F G (...), vertritt die Gesellschaft in Zukunft nicht mehr als Geschäftsführer, sondern als Liquidator.

Die allgemeine Bestimmung über die Vertretung der Gesellschaft durch den/die Liquidatoren entspricht dem Gesetz; d. h.: Ist ein Liquidator bestellt, ist dieser einzelvertretungsbefugt. Sind mehrere Liquidatoren bestellt, wird die Gesellschaft durch alle Liquidatoren in Gemeinschaft vertreten.

Die konkrete Vertretungsbefugnis von Herrn Dr. G weicht davon nicht ab; d. h.: ist Herr Dr. G der einzige Liquidator, ist er einzelvertretungsbefugt. Werden noch weitere Liquidatoren bestellt, vertritt er die Gesellschaft in Gemeinschaft mit sämtlichen weiteren Liquidatoren.“

In der Niederschrift über eine Gesellschafterversammlung der GmbH vom 24.11.2009 finden sich folgende Beschlüsse:

- „1. Die Gesellschaft wird aufgelöst.
2. Herr Dr. F G, bisher Geschäftsführer der Gesellschaft, vertritt die Gesellschaft nunmehr als Liquidator (§ 66 Abs. 1 GmbHG).

Ein Beschluss, wonach die Liquidation anderen Personen übertragen wird, wird nicht gefasst. Seine Vertretungsbefugnis ergibt sich aus § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, das bedeutet:

Solange er einziger Liquidator der Gesellschaft ist, ist er einzelvertretungsbefugt. Sind mehrere Liquidatoren bestellt, so wird die Gesellschaft durch alle Liquidatoren in Gemeinschaft vertreten.“

Mit Zwischenverfügung vom 9.2.2010 beanstandete das Registergericht die Fehlerhaftigkeit der abstrakten Vertretungsregelung. Gemäß Beschluss vom 24.11.2009 sei als allgemeine Vertretungsregelung die gesetzliche Regelung des § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG beschlossen worden. Der zur Eintragung angemeldete Passus „Ist nur ein Liquidator bestellt, so vertritt dieser allein“, sei aber nicht gesetzlicher Inhalt des § 68 GmbHG und könne daher ohne nähere Bestimmung, z. B. durch Gesellschafterbeschluss, nicht als Teil der abstrakten Vertretungsregelung angemeldet werden. Eine Eintragung dieses Passus im Handelsregister sei vor allem deshalb nicht möglich, da im (fiktiv möglichen) Fall des Wegfalls eines von zwei vertretungsberechtigten Liquidatoren, der verbleibende Liquidator – abweichend von der Regelung für Geschäftsführer in § 35 GmbHG – nicht automatisch Einzelvertretungsmacht erlangen könne.

Der Beschwerdeführer rügt, dass das Registergericht im Bezug auf die abstrakte Vertretungsregelung zu Unrecht lediglich die Eintragung „sind mehrere Liquidatoren bestellt, vertreten diese die Gesellschaft gemeinsam“, nicht aber die zusätzliche Anmeldung „ist nur ein Liquidator bestellt, ist dieser einzelvertretungsbefugt“ als anmeldungsfähig angesehen habe.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht den Vollzug der Anmeldung aufgrund des derzeitigen Eintragungshindernisses abgelehnt. Die beantragte Eintragung der abstrakten Vertretungsregelung erweist sich deshalb als derzeit nicht eintragungsfähig, weil die zur Eintragung angemeldete abstrakte Einzelvertretungsbefugnis weder eine Grundlage im Gesetz noch in einer anderweitigen Bestimmung i. S. d. § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG findet.

1. Im Rahmen der Anmeldung der ersten Liquidatoren einer GmbH nach § 67 Abs. 1 GmbHG ist die „abstrakte“, d. h. die generell für ein mehrköpfiges Organ geltende Vertretungsregelung auch dann zur Eintragung anzumelden, wenn nur ein (erster) Liquidator bestellt ist (vgl. BGH, NZG 2007, 595). Demgemäß ist – wie für § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – im Rahmen der abstrakten Vertretungsregelung auch eine Regelung bezüglich der Einzelvertreterbefugnis des einzigen Liquidators einzutragen, da sich die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrag bestehende Gesamtvertretung bei Verbleiben eines einzigen Geschäftsführers nicht zwingend in eine „Alleinvertretungsregelung“ umwandelt, es sei denn, die Vertretung durch einen Geschäftsführer ist für diesen Fall durch die Satzung ausdrücklich vorgesehen (*Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 987).

2. Ausgehend von diesem Grundsatz hat das Registergericht zu Recht beanstandet, dass für die zur Eintragung angemeldete abstrakte Einzelvertretungsbefugnis weder eine gesetzliche Grundlage gegeben ist noch eine davon abweichende Vertretungsregelung getroffen wurde.

a) Die angemeldete abstrakte Einzelvertretung ergibt sich nicht unmittelbar aus § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Inhalt der Vorschrift ist, dass – vorbehaltlich einer abweichenden Vertretungsregelung – bei mehreren Liquidatoren der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt. Einzelvertretungsbefugnis eines der Liquidatoren ist also entgegen Ziffer 2 des Beschlusses der Gesellschafterversammlung gerade nicht gesetzlich vorgesehen. Vielmehr bedarf es selbst bei Wegfall eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Liquidatoren die Bestellung eines zweiten Liquidators, da der verbleibende nicht Einzelvertretungsbefugnis erlangt (BGZ 121, 263, 264; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 19. Aufl., § 68 Rdnr. 29).

b) Eine von dem Grundsatz i. S. d. § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG abweichende Vertretungsregelung wurde auch nicht

von den Gesellschaftern im Rahmen der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2009 getroffen.

In der Niederschrift findet sich in Ziffer 2 der Passus, dass sich die Vertretungsbefugnis des (allein bestellten) Liquidators aus § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ergebe. Zutreffend hat das Registergericht darauf hingewiesen, dass eine solche Ermächtigung nicht dem § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entnommen werden kann, da dort lediglich die Vertretungsbefugnis bei Bestellung mehrerer Liquidatoren geregelt ist (vgl. oben). Zwar beinhaltet die Niederschrift eine „Definition“ des § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, in der auch die Einzelvertretungsvollmacht erwähnt wird. Diese Erklärung erweist sich jedoch inhaltlich als rechtlich unzutreffend.

c) In der „Definition“ kann auch keine konkludente Beschlussfassung für die Einräumung einer Einzelvertretungsvollmacht des (allein bestellten) Liquidators erblickt werden. Die Ausführungen erschöpfen sich lediglich in einer (unkorrekten) Erläuterung des § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, so dass nicht hinreichend deutlich wird, ob ein solcher Beschluss überhaupt gefasst wurde. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kann dies aber nicht fraglich bleiben.

d) Wird die erforderliche Einzelvertretungsregelung im Rahmen der abstrakten Vertretungsregelung durch einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafter belegt, so stellt die Fassung der zur Eintragung angemeldeten abstrakten Vertretungsregelung kein Vollzugshindernis mehr dar. Ein Widerspruch gegen die EG-Richtlinien Nr. 68/151/EWG ist daher nicht ersichtlich (vgl. auch BFH, NZG 2007, 595).

14. GmbHG § 2 Abs. 1 a Satz 2; AktG §§ 5 a, 26 Abs. 4 (Aktienrechtliche Sperrfrist für Änderungen der Festsetzungen zum Gründungsaufwand auch bei UG)

1. **Die aktienrechtliche Sperrfrist für Änderungen der Festsetzungen zum Gründungsaufwand gilt entsprechend für die GmbH auch in Form der im vereinfachten Verfahren gegründeten Unternehmergesellschaft.**
2. **Das Änderungsverbot innerhalb der Sperrfrist steht rein sprachlich-redaktionellen Änderungen, die im Zuge der Ersetzung des Musterprotokolls durch eine neue Satzung vorgenommen werden, nicht entgegen.**

OLG München, Urteil vom 6.10.2010, 31 Wx 143/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Beteiligte ist im Handelsregister eingetragen. Die Gründung erfolgte als Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital i. H. v. 2 € im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG unter Verwendung des Musterprotokolls (Anlage zu § 2, Musterprotokoll a).

Mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 30.6.2010 meldete der Geschäftsführer u. a. die Ersetzung des Musterprotokolls durch eine neue Satzung sowie die Erhöhung des Stammkapitals auf 10 € zur Eintragung im Handelsregister an. Mit Zwischenverfügung vom 2.7.2010 beanstandete das Registergericht, dass § 9 der neuen Satzung gegen § 26 Abs. 4 AktG (Sperrfrist für Änderungen der Festsetzungen zum Gründungsaufwand), der analoge Anwendung finde, verstoße, da die ursprüngliche Ziffer 5 des Musterprotokolls durch § 9 geändert werde.

§ 9 der neugefassten Satzung lautet wie folgt:

„Die mit der Errichtung der Gesellschaft verbundenen Kosten und Gebühren hat die Gesellschaft bis zu einem Höchstbetrag von 2 € getragen.“

Die Beteiligte vertritt hingegen die Auffassung, dass eine wörtliche Übernahme der Bestimmungen aus dem Musterprotokoll nicht mög-

lich sei, da die Unternehmergesellschaft mit 2 € gegründet worden sei und nunmehr ein Stammkapital i. H. v. 10 € habe. Bei wörtlicher Übernahme der Bestimmungen des Musterprotokolls in die neue Satzung würde diese inhaltlich falsch sein: Da der Gründungsaufwand bei Gründung nur 2 € betragen habe, dürfe der Gründungsaufwand auch nur 2 € sein. Genau dies sei in § 9 der Satzung eindeutig und gut verständlich wiedergegeben. Eine unveränderte Übernahme der Bestimmung sei also überhaupt nicht möglich. Der von der Beteiligten eingelegte Beschwerde half das Registergericht nicht ab.

Aus den Gründen:

I.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) und auch begründet. Das von dem Registergericht angeführte Eintragungshindernis liegt nicht vor. Der Inhalt des § 9 der Satzung verstößt nicht gegen den Rechtsgedanken des § 26 Abs. 4 AktG.

1. Zu Recht ist das Registergericht davon ausgegangen, dass § 26 AktG auf die GmbH sinngemäß Anwendung findet. Dies ist herrschende Auffassung (vgl. dazu *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 26 Rdnr. 1; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 5 Rdnr. 57 m. w. N.) und gilt grundsätzlich auch für die GmbH in Form der Unternehmergesellschaft (§ 5 a GmbHG), die im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1 a GmbHG unter Verwendung des Musterprotokolls gegründet wurde.

2. § 9 der Satzung verstößt jedoch nicht gegen den in § 26 Abs. 4 AktG geregelten Rechtsgedanken.

a) Nach § 26 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 AktG ist die gesonderte Festsetzung des zulasten der Gesellschaft gehenden Gründungsaufwands erst nach Ablauf von fünf Jahren nach Eintragung der Gesellschaft änderbar (Sperrfrist). Eine solche Festsetzung findet sich in Ziffer 5 i. V. m. Ziffer 3 des Musterprotokolls. Nach Ziffer 5 trägt die Gesellschaft die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €, höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals. Das Stammkapital wurde hier in Ziffer 3 der Mustersatzung auf 2 € festgesetzt. Diese durch Ziffer 3 i. V. m. Ziffer 5 des Musterprotokolls vorgenommene Festsetzung – Tragung des Gründungsaufwands durch die Gesellschaft bis zum Betrag von 2 €, darüber hinausgehender Aufwand trägt der Gesellschafter – unterliegt der Sperrfrist für Änderungen analog § 26 Abs. 4 AktG. Die Sperrfrist ist noch nicht abgelaufen.

b) § 9 der neuen Satzung, welche das Musterprotokoll ersetzt, steht damit in Einklang. Die analoge Anwendung von § 26 Abs. 4 AktG auf die GmbH untersagt nicht redaktionelle Änderungen und sprachliche Neufassungen der ursprünglichen Festsetzung, sofern nur deren substantieller Inhalt – nämlich der Höchstbetrag des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands – innerhalb der Sperrfrist unverändert bleibt. Ein Verbot auch rein sprachlich-redaktioneller Änderungen gebietet der Schutzzweck des § 26 AktG nicht. Dass für solche nachträglichen sprachlichen Abwandlungen innerhalb der Sperrfrist jedenfalls bei Gründung einer Unternehmergesellschaft nach § 5 a GmbHG im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1 a GmbHG ein Bedürfnis bestehen kann, zeigt gerade der vorliegende Fall. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass eine wörtliche Übernahme des § 5 des Musterprotokolls in die neue Satzung irreführend wäre, da die neue Satzung nunmehr ein Stammkapital von 10 € ausweist und deshalb der – unzutreffende – Eindruck erweckt werden könnte, der von der Gesellschaft zu tragende Gründungsaufwand betrage 10 €. Eine solche nachträgliche Ausweitung des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands will § 26 Abs. 4 AktG gerade verhindern und ist hier auch nicht beabsichtigt.

Die Satzungsbestimmung, dass die mit der Errichtung der Gesellschaft verbundenen Kosten und Gebühren die Gesellschaft bis zu einem Höchstbetrag von 2 € getragen hat, ist zwar wie eine bloße Mitteilung einer zurückliegenden Tatsache abgefasst, enthält aber zugleich die inhaltlich zutreffende Aussage über den die Gesellschaft höchstens treffenden Gründungsaufwand, wie er unter Verwendung des Musterprotokolls seinerzeit festgesetzt wurde. Dass die in § 5 des Musterprotokolls genannte weitere Höchstgrenze von 300 € nicht nochmals genannt ist, ist unschädlich; denn diese ist bei einem unter 300 € liegenden Stammkapital, wie hier, ohnehin gegenstandslos. Bei verständiger Würdigung gibt § 9 der Satzung den entscheidenden Inhalt der ursprünglichen Regelung zum Gründungsaufwand sinngemäß richtig wieder. Ein Verstoß gegen die Änderungsfrist analog § 26 Abs. 4 AktG liegt nicht vor.

15. GmbHG §§ 66, 67, 70 (*Kein Eintrag eines Nachtragsliquidators bei geringfügiger Abwicklungstätigkeit*)

Das Registergericht kann in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens von der Eintragung des von ihm bestellten (Nachtrags-)Liquidators einer wegen Vermögenslosigkeit gelöschten Gesellschaft in das Handelsregister absehen, wenn die zu erwartende Abwicklungstätigkeit im Hinblick auf deren Inhalt und Umfang eine solche nicht erfordert (Ergänzung zu OLG München, NZG 2008, 555 = GmbHR 2008, 821).

OLG München, Beschluss vom 21.10.2010, 31 Wx 127/10

Die Beteiligte (GmbH) wurde mit Verfügung vom 2.2.2009, eingetragen im Handelsregister am 19.2.2009, aufgrund Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht.

Mit Schreiben vom 28.12.2009 beantragte der alleinige Gesellschafter unter Vorlage der Einverständniserklärung des Herrn B diesen zum Liquidator zu bestellen. Die Gesellschaft habe derzeit noch Vermögen in Form eines Bankkontos mit einem Guthaben i. H. v. derzeit (24.11.2009) 7.625,97 €. Des Weiteren habe die Gesellschaft im Jahr 2008 einen Pkw käuflich erworben; die Verbindlichkeiten aus dem ratenweise zu zahlenden Kaufvertrag i. H. v. 355,78 € monatlich würden aus der wirtschaftlichen Aktivität der Gesellschaft bedient. Darüber hinaus sei die Gesellschaft aus zwei Leasingverträgen verpflichtet, deren Verbindlichkeiten im Jahre 2008, 2009 bedient worden seien.

Mit Beschluss vom 21.5.2010 wurde – wie beantragt – Herr B als Nachtragsliquidator der am 19.2.2009 gelöschten Firma bestimmt. Von einer Eintragung im Handelsregister hat das Registergericht abgesehen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Nach ihrer Auffassung ist eine solche Eintragung erforderlich, da die Gesellschaft noch über Vermögen verfüge und sie zudem noch werblich tätig sei, insbesondere müssten laufend Steuererklärungen gegenüber den Finanzbehörden abgegeben werden. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 22.6.2010 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

1. Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Ein Nachtragsliquidator ist grundsätzlich von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (vgl. § 67 GmbHG), es sei denn, die Nachtragsliquidation beschränkt sich auf einzelne genau zu bezeichnende Rechtshandlungen (*Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1153; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 19. Aufl., § 66 Rdnr. 38). Soweit nur einzelne Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind, kann nach pflichtgemäßem Ermessen des Registergerichts die Wieder-

eintragung der Gesellschaft und die Eintragung der Liquidatoren im Handelsregister unterbleiben (*Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O.; *MünchKommZPO/Krafka*, 2010, § 375 FamFG Rdnr. 39), da der Vertretungsnachweis durch die Ausfertigung des (Bestellungs-)Beschlusses geführt werden kann, auf dessen Wirksamkeit Dritte gemäß § 47 FamFG vertrauen dürfen (*Keidel/Heinemann*, FamFG, § 375 Rdnr. 63; *MünchKommZPO/Krafka* a. a. O.).

Letzteres ist hier der Fall. Die vom Liquidator vorliegend durchzuführenden Abwicklungsmaßnahmen betreffen lediglich das noch bestehende Konto der GmbH, drei abgeschlossene Verträge sowie die Abgabe von (noch) anfallenden Steuererklärungen gegenüber dem Finanzamt. Der dabei zu erwartende Umfang der (Abwicklungs-)Tätigkeiten gebietet daher weder im Hinblick auf den Inhalt der abzuwickelnden Geschäfts- bzw. Behördenbeziehungen noch im Hinblick auf deren Anzahl die Eintragung des Liquidators im Handelsregister. Vielmehr kann sein Vertretungsnachweis bei solch einem überschaubaren Tätigkeitsbereich allein durch Vorlage einer Ausfertigung des Bestellungsbeschlusses geführt werden.

Unmaßgeblich ist hingegen, dass die Gesellschaft werbend tätig ist. Denn hierauf erstreckt sich der Aufgabenbereich des Liquidators von vornherein nicht, es sei denn, dass die neuen Geschäfte der Beendigung schwebender Geschäfte dienen (vgl. § 70 Satz 2 GmbHG). Für diesen Zweck ist aber angesichts der hier zu beendenden Rechtsbeziehungen als Vertretungsnachweis die Vorlage des Bestellungsbeschlusses ausreichend.

(...)

16. HGB § 13 h Abs. 2 Satz 3, 4; FamFG § 395 (*Eintragung der Sitzverlegung einer Gesellschaft – inländische Zweigniederlassung einer englischen Limited*)

1. Das Registergericht kann die Eintragung der Sitzverlegung einer Gesellschaft (hier: inländische Zweigniederlassung einer englischen Limited) nicht deshalb ablehnen, weil es Bedenken gegen die vom bisherigen Registergericht eingetragene Vertretungsregelung (hier: Prokura) hat. Das gilt auch dann, wenn das neu zuständige Registergericht bisherige Eintragungen für „offensichtlich fehlerhaft“ hält.

2. Solche Bedenken kann es nach vollzogener Eintragung der Sitzverlegung ggf. im Amtslöschungsverfahren geltend machen.

OLG München, Beschluss vom 15.12.2010, 31 Wx 199/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NZG 2011, 117.

17. GmbHG §§ 16, 38, 39; FamFG §§ 26, 58, 59, 63, 64, 382 (Nachweis der Geschäftsführerbestellung wenn GbR alleinige Gesellschafterin)

1. **Ist eine BGB-Gesellschaft alleinige Gesellschafterin einer GmbH, kann die Anmeldung der Bestellung eines Geschäftsführers nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, zum Nachweis der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Gesellschafterbeschlusses müsse der Gesellschaftsvertrag der BGB-Gesellschaft in notariell beurkundeter Form vorgelegt werden.**
2. **Solange nach der Sachlage keine konkreten Zweifel angebracht sind, ist vielmehr ein privatschriftlicher Gesellschaftsvertrag ausreichend, der auch die Vertretungsbefugnis erkennen lässt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 10.9.2010, I-15 W 253/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Alleinige Gesellschafterin der beteiligten Gesellschaft ist die C3 GbR in I. Diese hielt am 16.12.2009 durch ihre Gesellschafter Dr. I und F eine Gesellschafterversammlung der Beteiligten ab, in der Dr. L mit Wirkung zum 1.1.2010 zum weiteren Geschäftsführer bestellt wurde. Dieser erklärte am 16.12.2009 die Anmeldung seiner Geschäftsführerbestellung nebst der nach § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG notwendigen Versicherung. Die beglaubigte Anmeldung sowie den Gesellschafterbeschluss reichte der Notar K in I sodann bei dem AG zur Eintragung in das Handelsregister ein.

Das AG beanstandete den fehlenden Nachweis der ordnungsgemäßen Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung am 16.12.2009. Denn die Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter Dr. I und F zur Vertretung der C3 GbR als Gesellschafterin der Beteiligten sei nicht nachgewiesen. Der Nachweis könne nur durch eine notarielle Gründungsurkunde der GbR und einer darin enthaltenen Bevollmächtigung erbracht werden. Mit Beschluss vom 31.3.2010 wies das AG nach Ablauf der zur Behebung der Beanstandung gesetzten Frist den Eintragungsantrag mit dieser Begründung zurück.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 4.5.2010. Sie macht geltend, dass in dem Anmeldeverfahren die materiell-rechtlich ordnungsgemäße Beschlussfassung nicht zu überprüfen sei, zumal Zweifel an der Vertretungsberechtigung nicht gegeben seien. Im Übrigen könne der verlangte Nachweis nicht erbracht werden, da eine notarielle Gründungsurkunde der GbR nicht existiere.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 6.5.2010 nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

Das AG wird angewiesen, die angemeldete Bestellung des weiteren Geschäftsführers in das Handelsregister einzutragen.

I.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 Abs. 1, 382 Abs. 3 FamFG statthaft sowie frist- und formgerecht gemäß §§ 63 Abs. 1, 64 FamFG eingelegt. Der beteiligten Gesellschaft steht ein eigenes Beschwerderecht zu, mit dem sie die Eintragung des Geschäftsführers selbst weiter verfolgen kann, § 59 Abs. 1 FamFG (*Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 16. Aufl., § 59 Rdnr. 86).

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Nach § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Es handelt sich um eine deklaratorische Eintragung, die der Kundbarmachung von Tatsachen oder Rechtsverhältnissen dient, die unabhängig von der Eintragung bestehen. Die Frage, ob und in welchem Umfang dem Registergericht bei der Anmeldung ein Prüfungsrecht zusteht, ist um-

stritten (zum Meinungsstand: *Zöllner/Noack/Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 39 Rdnr. 19; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 6. Aufl., Rdnr. 15 ff.). Zum Schutz des Rechtsverkehrs (vgl. § 15 HGB) sollen unrichtige Eintragungen in das Handelsregister jedoch möglichst vermieden werden (BayObLG, GmbHR 1992, 304, 305; *Keidel/Heinemann*, a. a. O., § 374 Rdnr. 50 m. w. N.). Da die Eintragung eines neuen Geschäftsführers aufgrund eines der Anmeldung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 39 Abs. 2 GmbHG) vorzunehmen ist, hat das Registergericht deshalb jedenfalls zu prüfen, ob die angemeldete Bestellung des Geschäftsführers durch die vorgelegte Niederschrift über den Gesellschafterbeschluss nachgewiesen ist (vgl. OLG Frankfurt, FG Prax 2009, 81 = GmbHR 2009, 378 = Rpfleger 2009, 321). Denn die eingereichten Urkunden müssen die beantragte Eintragung rechtfertigen. In diesem Zusammenhang fällt die Prüfung, ob ein die Eintragung rechtfertigender Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist, grundsätzlich in die Prüfungskompetenz des Registergerichts (OLG Köln, GmbHR 2002, 621 = Rpfleger 2002, 318; Senat, GmbHR 2001, 920 = Rpfleger 2002, 32). Ob das Registergericht auf dieser Grundlage zu einer Prüfung der angemeldeten Tatsachen stets oder – bei deklaratorischen Eintragungen – nur dann verpflichtet ist, wenn begründete Zweifel an der Richtigkeit der einzutragenden Tatsache bestehen (vgl. dazu BGH, GmbHR 1996, 614 = Rpfleger 1997, 71), bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

Die Befugnis der GbR-Gesellschafter Dr. I und F zur Vertretung der C3 GbR als Gesellschafterin der Beteiligten folgt aus § 7 Abs. 1 des in Ablichtung vorliegenden Gesellschaftsvertrags der GbR vom 18.12.2006. Danach sind zur Geschäftsführung und Vertretung jeweils zwei Gesellschafter gemeinsam berechtigt. Die vertragliche Bestimmung gewährt – hier den Gesellschaftern Dr. I und F – die gemeinsame Rechtsmacht zur Vertretung der GbR. Diese ist personenidentisch mit der C GbR I, die in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste vom 22.12.2005 als alleinige Gesellschafterin (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) der Beteiligten eingetragen ist. Die Namensänderung der GbR ist durch Vorlage einer Ablichtung des Gesellschafterbeschlusses vom 18.12.2006 dargelegt. Danach war zunächst die erforderliche Vertretungsmacht für die GbR als Gesellschafterin der Beteiligten unzweifelhaft gegeben. Bedenken können folglich nur darin begründet sein, dass die Gesellschafter Dr. I und F im Zeitpunkt des am 16.12.2009 gefassten Beschlusses nicht mehr vertretungsberechtigte Gesellschafter der GbR waren, sie also entweder als Gesellschafter ausgeschieden waren oder eine Bestimmung i. S. d. § 7 Abs. 1 in dem Gesellschaftsvertrag der GbR nicht mehr vorhanden war.

Dahingehende Anhaltspunkte, die Anlass zu entsprechenden Ermittlungen des Registergerichts geben könnten, sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Umfang der nach § 26 FamFG gebotenen Ermittlungen nicht unbegrenzt ist. Vielmehr stellt § 26 FamFG durch das Wort „erforderlich“ klar, dass die einzuleitenden und durchzuführenden Ermittlungen, und insoweit auch die zu verlangenden Nachweise, nur so weit auszudehnen sind, wie es die Sachlage im jeweiligen Einzelfall erfordert. Es besteht – auch im Registerverfahren – keine Amtsermittlungspflicht ins Blaue hinein (*Keidel/Sternal*, a. a. O., § 26 Rdnr. 16 m. w. N.). Vorliegend enthält der Gesellschafterbeschluss vom 16.12.2009 eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Vertretungsregelung des § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der GbR. Dass diese Regelung infolge einer Änderung des Vertrages keinen Bestand hat, ist nicht ersichtlich und insbesondere

nicht allein dem seit Abschluss des Gesellschaftsvertrags eingetretenen Zeitablauf zu entnehmen. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nicht nur einen Antrag auf Vornahme einer bestimmten Eintragung darstellt, sondern, jedenfalls bei deklaratorischen Eintragungen wie hier, zugleich der Glaubhaftmachung der einzutragenden Tatsache dient (vgl. BayObLG, a. a. O.; BayObLGZ 1973, 158, 159 f.). Dass die für die GbR handelnden Dr. I und F weiterhin die nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages gemeinsam vertretungsberechtigten Gesellschafter der GbR sind, ist in dem Gesellschafterbeschluss der Beteiligten vom 16.12.2009 ausdrücklich erklärt. Im Anschluss daran ist im vorliegenden Falle nicht davon auszugehen, dass die Vertretungsmacht für die GbR als Gesellschafterin der Beteiligten tatsächlich nicht mehr besteht, die Erklärung mithin – bewusst – unrichtig abgegeben wurde.

Da sonstige Bedenken gegen die Anmeldung nicht ersichtlich sind, hatte der Senat das AG zur Vornahme der angemeldeten Eintragung anzuweisen.

(...)

18. AktG §§ 130, 179, 181, 202 (*Bezugnahme auf die Beschlussvorlage in notarieller Beschlussniederschrift zur Satzungsänderung*)

1. **Die zur Anmeldung einer Satzungsänderung der Aktiengesellschaft einzureichende notarielle Niederschrift muss den Inhalt des in der Hauptversammlung gefassten Beschlusses enthalten. Hierzu kann auf den Wortlaut der zur Abstimmung gestellten Beschlussvorlage Bezug genommen werden, welcher in der als Beleg über die Einberufung der Hauptversammlung dem Protokoll als Anlage beigefügten Einladung wiedergegeben ist.**
2. **In der Hauptversammlung kann zeitgleich mit der Errichtung eines neuen genehmigten Kapitals das bisher bestehende und nicht ausgenutzte genehmigte Kapital für die Zeit ab Wirksamwerden der neuen Ermächtigung aufgehoben werden.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.5.2010, 20 W 115/10
Der Vorstand der Antragstellerin meldete unter dem 26.1.2010 unter Vorlage eines Protokolls der ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft vom 7.12.2009, welcher das diesbezügliche Einladungsschreiben in Anlage beigefügt war, sowie der Satzung in der nunmehr gültigen Fassung mit Notarbescheinigung die Änderung der Satzung in § 5 über die Schaffung eines neuen genehmigten Kapitals und Aufhebung des bestehenden genehmigten Kapitals 2006/I und 2006/II mit Wirkung für die Zeit ab Wirksamwerden der neuen Ermächtigung an.

Die Rechtspflegerin des Registergerichts wies mit Aufklärungsverfügung vom 3.2.2010 unter anderem darauf hin, dass aus dem Protokoll der Hauptversammlung zu TOP 6 nicht ersichtlich sei, was tatsächlich beschlossen wurde, weil der Wortlaut der Beschlussfassung sich aus dem Protokoll ergeben müsse. Außerdem könne der Beschluss über die Ermächtigung zur Erhöhung des Grundkapitals (genehmigtes Kapital) nicht eingetragen werden, da es zuvor der Beschlussfassung über die Aufhebung der bisherigen Ermächtigung und der entsprechenden Satzungsänderung bedürfe.

Die Antragstellerin legte zur Beseitigung anderer Beanstandungen eine Nachtragsberichtigung des Notars zur Niederschrift der Hauptversammlung gemäß § 44 a Abs. 2 BeurkG vor und gab eine Stellungnahme zu sonstigen Beanstandungen ab, die die Rechtspflegerin sodann nicht mehr aufrecht erhielt. Im Übrigen vertrat sie die Auffassung, der Wortlaut der Beschlussfassung zu TOP 6 ergebe sich aus dem Protokoll, da die Einladung dessen Bestandteil sei und auf den dortigen vollen Wortlaut Bezug genommen wurde. Des Weiteren

fielen die Aufhebung der alten Ermächtigung und das Wirksamwerden der neuen Ermächtigung für das genehmigte Kapital zeitlich zusammen, so dass zu keinem Zeitpunkt ein genehmigtes Kapital von mehr als der Hälfte des Grundkapitals vorliege.

Die Registerrechtspflegerin wies den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 12.3.2010 kostenpflichtig zurück und verwies zur Begründung auf die aus ihrer Sicht nicht ausgeräumten Eintragungshindernisse aus der Aufklärungsverfügung vom 3.2.2010.

Der hiergegen gerichteten Beschwerde der Betroffenen vom 29.3.2010 half sie mit Beschluss vom 30.3.2010 nicht ab und legte die Sache dem Senat zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Das AG wird verpflichtet, den Eintragungsantrag der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

II.

Die Beschwerde ist nach §§ 382 Abs. 3, 58 FamFG statthaft und erweist sich auch im Übrigen als zulässig, da sie insbesondere form- und fristgerecht eingelegt wurde, §§ 63, 64 FamFG. Die Beschwerde führt auch in der Sache zum Erfolg, da die von der Registerrechtspflegerin aufgeführten Gründe der Eintragung der angemeldeten Satzungsänderung nicht entgegenstehen.

Nach Errichtung der Aktiengesellschaft kann gemäß § 202 Abs. 1 und 2 AktG durch Satzungsänderung dem Vorstand für die Höchstdauer von fünf Jahren die Ermächtigung erteilt werden, das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen zu erhöhen, wozu eine Dreiviertelmehrheit in der Hauptversammlung erforderlich ist, wenn nicht die Satzung höhere Anforderungen vorsieht. Nach § 202 Abs. 3 AktG darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des zur Zeit der Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals nicht übersteigen. Sowohl die Einrichtung eines neuen genehmigten Kapitals als auch die Aufhebung eines alten genehmigten Kapitals vollzieht sich somit als Satzungsänderung nach den Vorschriften der §§ 179, 181 AktG.

Der zur Satzungsänderung erforderliche und mit Dreiviertelmehrheit zu fassende Beschluss der Hauptversammlung ist nach § 130 Abs. 1 AktG in einer notariellen Niederschrift zu beurkunden. In dieser Niederschrift sind gemäß § 130 Abs. 2 AktG der Ort und Tag der Verhandlung, der Name des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung anzugeben. Der Niederschrift sind gemäß § 130 Abs. 3 AktG die Belege über die Einberufung der Versammlung als Anlage beizufügen. Die gemäß § 130 Abs. 4 AktG vom Notar zu unterschreibende Niederschrift ist nach § 130 Abs. 5 AktG unverzüglich nach der Hauptversammlung in öffentlich beglaubigter Form durch den Vorstand nebst Anlagen zum Handelsregister einzureichen.

Das Registergericht hat vor Eintragung der Satzungsänderung zu prüfen, ob der zugrundeliegende Beschluss der Hauptversammlung formell und materiell wirksam ist (*Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1373).

Da nach § 130 Abs. 2 AktG in der Niederschrift das Ergebnis der Abstimmung sowie die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung anzugeben ist, muss der Inhalt des Beschlusses sich aus dem Protokoll ergeben (vgl. *KölnKommAktG/Zöllner* § 130 Rdnr. 38; *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, § 130 Rdnr. 48; *MünchKommAktG/Kubis*, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 386; *Schmidt/Lutter*, AktG, § 130 Rdnr. 10; *GroßKommAktG/Werner*, § 130 Rdnr. 26; *Grumann/Gillmann*, NZG

2004, 839/841; *Sigel/Schäfer*, BB 2005, 2137, 2142). Aus der Niederschrift muss zweifelsfrei hervorgehen, worüber abgestimmt wurde. Es ist deshalb üblich und empfehlenswert, in der Niederschrift den Wortlaut des gefassten Beschlusses wiederzugeben, sofern dort nicht bereits zuvor der zur Abstimmung gestellte Beschlussvorschlag wörtlich festgehalten wurde (vgl. *Semler/Volhard*, *Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung*, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 52).

Allerdings fehlt es im vorliegenden Fall im Text der Niederschrift über die Hauptversammlung an einer wörtlichen Wiedergabe des zur Abstimmung gestellten Beschlussvorschlages und auch des Beschlussergebnisses. Dies allein rechtfertigt hier jedoch nicht die Zurückweisung des Eintragungsantrages. Denn der Inhalt und Wortlaut des gefassten Beschlusses kann aufgrund der erfolgten Bezugnahme mit hinreichender Klarheit ermittelt werden.

Entsprechend der gesetzlichen Vorgabe des § 130 Abs. 3 AktG ist der Niederschrift über die Hauptversammlung hier der Text der im elektronischen Bundesanzeiger zuvor veröffentlichten Einladung zu der ordentlichen Hauptversammlung vom 7.12.2009 als Anlage beigefügt, auf welche auf Seite 2 der Niederschrift ausdrücklich verwiesen wird. In dieser Einladung ist die Tagesordnung der Hauptversammlung veröffentlicht. Sie enthält unter der TOP 6 (Beschlussfassung über die Aufhebung des bestehenden genehmigten Kapitals sowie die Schaffung eines neuen genehmigten Kapitals und über die entsprechende Satzungsänderung sowie einen Bezugsrechtsausschluss) folgenden vollständigen Beschlussvorschlag:

„Vorstand und Aufsichtsrat schlagen vor, das bestehende genehmigte Kapital I und II aufzuheben und ein neues genehmigtes Kapital zu schaffen sowie § 5 der Satzung neu zu fassen. Die derzeit bestehende, durch die Hauptversammlung vom 23.8.2006 erteilte und bis zum 31.7.2010 befristete Ermächtigung zur Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft (genehmigtes Kapital I) sowie die durch die Hauptversammlung vom 10.11.2006 erteilte und bis zum 31.10.2011 befristete Ermächtigung zur Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft (genehmigtes Kapital II) werden für die Zeit ab Wirksamwerden der neuen Ermächtigung aufgehoben.“

Der Vorstand wird ermächtigt, in der Zeit bis zum 31.7.2014 das Grundkapital der Gesellschaft mit Zustimmung des Aufsichtsrats einmalig oder mehrmalig noch (nach teilweiser Ausnutzung) um bis zu insgesamt 625.000 € durch Ausgabe von neuen auf den Inhaber lautenden Stückaktien gegen Bareinlagen und/oder Sacheinlagen zu erhöhen. Über den weiteren Inhalt der jeweiligen Aktienrechte einschließlich der Gattung der auszugebenden Aktien und die sonstigen Bedingungen der Aktienausgabe entscheidet der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats. Grundsätzlich ist den Aktionären ein Bezugsrecht einzuräumen.

Der Vorstand wird jedoch ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, um Spitzenbeträge auszugleichen oder wenn ein Dritter, der nicht Kreditinstitut i. S. d. § 186 Abs. 5 AktG ist, die neuen Aktien zeichnet und sicherstellt, dass den Aktionären ein mittelbares Bezugsrecht eingeräumt wird oder wenn die Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen erfolgt, der nominelle Betrag der neuen Aktien, für die das Bezugsrecht ausgeschlossen wird, nicht 10 vom Hundert des Grundkapitals übersteigt und der Ausgabebetrag den Börsenpreis nicht wesentlich i. S. d. §§ 203 Abs. 1 und 2, 186 Abs. 1 Satz 4 AktG unterschreitet oder wenn die Kapitalerhöhung zum Zwecke der Umwandlung oder des Erwerbs von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen oder von sonstigen Wirtschaftsgütern im Wege der Sacheinlage erfolgt.

Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, die Fassung der Satzung entsprechend dem Umfang der Kapitalerhöhung zu ändern.

§ 5 der Satzung wird wie folgt neu gefasst:

Der Vorstand ist ermächtigt, in der Zeit bis zum 31.7.2004 das Grundkapital der Gesellschaft mit Zustimmung des Aufsichtsrats einmalig oder mehrmalig (...) oder des Erwerbs von Unternehmen oder von Beteiligungen an Unternehmen oder von sonstigen Wirtschaftsgütern im Wege der Sacheinlage erfolgt.“

Auf Seite 9 des Textes der notariellen Niederschrift wird dann zu TOP 6 ausdrücklich ausgeführt, dass der Vorsitzende auf den in der Einladung wiedergegebenen und im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten vollständigen Text dieses Tagesordnungspunktes verwies, den ordnungsgemäß veröffentlichten Beschlussvorschlag als bekannt voraus setzte und hierzu zur näher erläuterten Abstimmung aufforderte.

Nach Auswertung der im näher erläuterten Subtraktionsverfahren durchgeführten Abstimmung ist auf Seite 12 der Niederschrift zu TOP 6 sodann in der vom Notar durch einen Nachtragsvermerk berichtigten Fassung festgehalten, dass zu TOP 6 eine stimmberechtigte Präsenz von 1 087 683 Stimmen vorhanden war und keine Nein-Stimmen sowie keine Stimmenthaltungen abgegeben wurden, was der Vorsitzende als Ergebnis der Abstimmung bekannt gab. Des Weiteren wird ausgeführt, dass der Vorsitzende feststellte, der aufgerufene Tagesordnungspunkt bei 1 087 683 Ja-Stimmen (100 %) mit der erforderlichen Dreiviertelmehrheit beschlossen worden ist.

Damit ist der Inhalt und der Wortlaut des in der Hauptversammlung gefassten und von dem Vorsitzenden festgestellten Beschlusses hinreichend dokumentiert und für das Handelsregister zum Zwecke der Eintragung feststellbar. Die Einladung wurde als Anlage zur notariellen Niederschrift genommen und mit dieser zusammen zum Handelsregister eingereicht. Da diese Anlage den zur Abstimmung gestellten Beschlussvorschlag zu TOP 6 vollständig und eindeutig wiedergibt, konnte hierauf in der Hauptversammlung und in der hierüber angefertigten Niederschrift Bezug genommen werden (vgl. *Happ/Zimmermann*, *Aktienrecht*, 3. Aufl., S. 1288; *Hüffer*, *AktG*, 8. Aufl., § 130 Rdnr. 25 a. E.). Dies wird auch durch die Vorschrift des § 37 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bestätigt, wonach zum Bericht des Notars auch der Inhalt eines Schriftstückes gehört, auf welches in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigefügt wird.

Allerdings hat die hier von der Rechtspflegerin geforderte Wiedergabe des Wortlauts des von dem Versammlungsleiter festgestellten Beschlussinhaltes im Text des Protokolls selbst die Übersichtlichkeit, Klarheit und Eindeutigkeit für sich und vermeidet so insbesondere bei der Durchführung großer Hauptversammlungen mit einer Vielzahl anwesender Aktionäre mögliche Fehlerquellen oder Angriffspunkte für nachfolgende Anfechtungsklagen oder Widersprüche. Ein gesetzliches Verbot zur Feststellung des Inhalts eines zur Abstimmung gestellten und gefassten Beschlusses der Hauptversammlung zu einer Satzungsänderung durch Bezugnahme auf den Text des Beschlussvorschlages, welcher in der Einladung als Anlage zur Niederschrift im Wortlaut enthalten ist, lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen.

Entgegen der Rechtsauffassung der Rechtspflegerin ist es des Weiteren rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Hauptversammlung zeitgleich mit der Einrichtung des neuen genehmigten Kapitals das bisher bestehende genehmigte Kapital I und II für die Zeit ab Wirksamwerden der neuen Ermächtigung aufgehoben hat. Gemäß § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des

Grundkapitals, welches zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen. Im vorliegenden Falle verfügt die Gesellschaft über ein Grundkapital in Höhe von 1.250.000 €, so dass das in der Hauptversammlung beschlossene neue genehmigte Kapital mit bis zu insgesamt 625.000 € die gesetzlich zulässige Höchstgrenze vollständig ausschöpft. Dieses neue genehmigte Kapital konnte und durfte somit nicht neben das früher beschlossene und in § 5 der Satzung aufgenommene frühere genehmigte Kapital I und II treten. Dies ist vorliegend jedoch auch nicht der Fall. Sowohl die Einrichtung eines neuen genehmigten Kapitals als auch die Aufhebung eines früheren genehmigten Kapitals stellen rechtlich eine Satzungsänderung dar, welche gemäß § 181 Abs. 3 AktG jeweils erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam wird. Da vorliegend die Abschaffung des alten und noch nicht ausgeschöpften genehmigten Kapitals zeitgleich mit der Einrichtung des neuen Kapitals in der Hauptversammlung vom 7.12.2009 beschlossen und zum Handelsregister angemeldet wurde, führt eine diesbezügliche Eintragung dazu, dass zeitgleich mit der Schaffung des neuen genehmigten Kapitals die alte Ermächtigung in Wegfall gerät, so dass zu keinem Zeitpunkt die Kapitalgrenze des § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG überschritten wird. Demgegenüber findet die Rechtsauffassung der Rechtspflegerin, die Beschlussfassung über die Aufhebung der bisherigen Ermächtigung müsse zeitlich vor der Einrichtung eines neuen genehmigten Kapitals erfolgen, im Gesetz keine Stütze (vgl. zur zeitgleichen Aufhebung eines bestehenden und Schaffung eines neuen genehmigten Kapitals *Meyer-Landrut/Wendel*, Satzungen und Hauptverhandlungsbeschlüsse der AG, Rdnr. 112 ff.; *MünchKommAktG/Bayer*, 2. Aufl., § 202 Rdnr. 69; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, a. a. O., Rdnr. 1476).

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 15; BeurkG § 44; DONot §§ 29, 30 (*Keine Pflicht zur Fotokopierfähigkeit einer notariellen Gesamturkunde*)

Der Notar ist nicht verpflichtet, eine aus mehreren Teilen bestehende Urkunde so zu heften, dass die Fotokopierfähigkeit der verbundenen Schriftstücke erhalten bleibt. Sind Teile der Urkunde lesbar, aber aufgrund der Heftung nicht kopierfähig, muss er die Urkunde nicht neu heften.

BGH, Beschluss vom 11.11.2010, V ZB 143/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Rechtsbeschwerdeführerin begehrt die Entsiegelung und Neuheftung einer notariellen Urkunde, aus der sie die Zwangsvollstreckung betreiben will.

Die vollstreckbare Urkunde wurde zur URNr. 160/1995 der Notarin B errichtet. Mit ihr übernahmen die Eheleute Be die persönliche Haftung wegen einer vor dem Notar R zur URNr. R 46/1994 bestellten Grundschuld i. H. v. 125.000 DM. Eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde URNr. R 46/1994 ist der Urkunde URNr. 160/1995 beigeheftet, ferner Zustellungsurkunden, ein Quittierungsvermerk sowie ein Erbschein.

Am 26.10.2009 versah der verwahrende Notar die Urkunde mit einer Rechtsnachfolgeklausel. Er öste und siegelte die Gesamturkunde.

Die Beteiligte beantragte bei dem Notar, die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde wieder zu öffnen und eine kopierfähige Urkunde herzustellen. Zur Begründung führte sie aus, durch die vorgenommene neue Ösung könnten einzelne Blätter nicht mehr vollständig kopiert werden. Diesen Antrag wies der Notar zurück, weil es sich um eine Gesamturkunde handele. Er sei nicht berechtigt, den Zusam-

menhang der nicht von ihm stammenden Urkunden zu lösen und die entsprechenden Siegel zu brechen.

Mit der Beschwerde hat die Beteiligte verlangt, den Notar anzuweisen, die versiegelte Grundschuldbestellungsurkunde zu öffnen und eine kopierfähige Urkunde aus den verschiedenen Urkunden herzustellen. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens erteilte der Notar der Beteiligten auf deren Antrag eine beglaubigte Abschrift der Urkunde. Dabei handelt es sich um eine Fotokopie der Urkunde, bei der einzelne nicht lesbare Teile handschriftlich ergänzt worden sind. Das LG hat die Beschwerde mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde und begehrt hilfsweise festzustellen, dass der Notar die Rechtsbeschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt hat, indem er ihrem Antrag vom 14.2.2010 nicht entsprochen hat.

Aus den Gründen:

III.

(...) In der Sache hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg, weil die angefochtene Entscheidung keine Rechtsfehler aufweist. Der Notar hat die Urkundstätigkeit, zu der auch der Vollzug der Urkunde und damit eine mögliche Enthftung zählt, nicht ohne ausreichenden Grund i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO verweigert.

Im Grundsatz ist der Notar zu Urkundstätigkeiten verpflichtet. Ein ausreichender Grund für die Verweigerung i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO besteht sowohl, wenn das Beurkundungsgesetz die Amtsausübung untersagt, als auch dann, wenn der Beurkundung Soll-Vorschriften entgegenstehen, die der Notar bei seiner Amtsführung zu beachten hat (*Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 63 ff.; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO – BeurkG, 2. Aufl., § 15 BNotO Rdnr. 24).

a) Gemäß § 44 BeurkG sollen Urkunden, die aus mehreren Blättern bestehen, ebenso wie der Niederschrift beigelegte Schriftstücke, Karten, Zeichnungen und Abbildungen mit Schnur und Prägesiegel verbunden werden. Unter Verweis hierauf sieht § 30 DONot vor, dass jede Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift, die mehr als einen Bogen oder ein Blatt umfasst, zu heften und der Heftfaden anzusiegeln ist. Ferner sind gemäß § 29 Abs. 1 DONot Urschriften, Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften notarieller Urkunden so herzustellen, dass sie gut lesbar, dauerhaft und fälschungssicher sind.

Die Heftung und Siegelung soll unter Erhaltung der Lesbarkeit sowohl gewährleisten, dass die Urkunde vollständig bleibt, als auch verhindern, dass andere Schriftstücke nachträglich eingefügt werden. Wird die Sollvorschrift des § 44 BeurkG nicht eingehalten, kann dies unter Umständen den Beweiswert der Urkunde mindern (*Preuß* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG – DONot, 5. Aufl., § 44 BeurkG Rdnr. 6; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 11).

b) Weil die Heftung einer Gesamturkunde eine dauerhafte Verbindung der Urkunden schaffen soll, kann eine Enthftung nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Allerdings wird eine Pflicht des Notars angenommen, die Verbindung einer fehlerhaft gebundenen Urkunde zu lösen und sie neu zu verbinden. Angeführt wird dabei eine fehlerhafte Urkunde, bei der entweder die Reihenfolge der Blätter nicht zutrifft oder einzelne Blätter fehlen (*Preuß* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, a. a. O., § 44 BeurkG Rdnr. 6; *Renner* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, a. a. O., § 30 DONot Rdnr. 4; *Waldner*, Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis, 2007, Rdnr. 211; *Weingärtner/Ehrlich*, DONot, 10. Aufl., Rdnr. 463; *Winkler*, a. a. O., § 44 Rdnr. 11).

c) Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Auch wenn unterstellt wird, dass die Kopierfähigkeit einzelner Urkundsteile aufgrund der Heftung nicht mehr besteht, ist die Heftung deshalb nicht fehlerhaft.

Dass bei der festen Verbindung die Fotokopierfähigkeit einzelner Schriftstücke erhalten bleiben muss, ergibt sich aus keiner der genannten Vorschriften. Dies ist auch nach Sinn und Zweck von § 44 BeurkG und §§ 29 Abs. 1, 30 DONot nicht geboten. Nach § 29 Abs. 1 DONot müssen Ausfertigungen nur so hergestellt werden, dass sie unter anderem gut lesbar sind. Dass hier Teile der Urkunde nicht mehr lesbar wären, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt und behauptet auch die Rechtsbeschwerde nicht.

Die Kopierfähigkeit muss dagegen nicht zwingend erhalten bleiben. Bei Gesamturkunden kann die dauerhafte Verbindung durch Schnur und Prägesiegel nämlich leicht dazu führen, dass einzelne Teile der Urkunde zwar lesbar, nicht aber kopierfähig bleiben. Der Notar soll die Ösung sogar so im oberen Drittel des Seitenrandes anbringen, dass der Heftfaden durch eine Lochung nicht beschädigt werden kann (*Weingärtner/Ehrlich*, a. a. O., Rdnr. 470 m. w. N.). Würde ihm gleichzeitig die Pflicht auferlegt, die Kopierfähigkeit der einzelnen Teile der Gesamturkunde zu erhalten, könnte die dauerhafte Zusammenfügung häufig nicht sichergestellt werden. Letztere hat aber Vorrang gegenüber der Kopierfähigkeit einzelner Teile, weil der Beweiswert der Gesamturkunde erhalten bleiben muss.

d) Es besteht auch kein Bedürfnis für eine Entheftung der Urkunde.

aa) Das Beschwerdegericht hat zutreffend auf die Erteilung einer beglaubigten Abschrift gemäß § 49 BeurkG verwiesen, die in jeder Form der Vervielfältigung, unter anderem durch Abschrift erfolgen kann (vgl. § 39 BeurkG, § 29 DONot; vgl. *Winkler*, a. a. O., § 49 Rdnr. 5). Eine solche kann die Beteiligte von dem Notar gemäß § 48 BeurkG verlangen, weil er verwahrende Stelle im Sinne dieser Vorschrift ist. Eine Beglaubigungsgebühr ist hierfür nicht zu erheben, § 132 KostO.

bb) Ein Bedürfnis für die Entheftung lässt sich auch nicht – wie die Rechtsbeschwerde meint – aus dem infolge der Erteilung der beglaubigten Abschrift entstehenden Zeitverlust herleiten. Die Entheftung und Neusiegelung erfordert ebenfalls eine notarielle Tätigkeit. Es ist nicht vorgetragen und nicht ohne weiteres ersichtlich, dass der hierfür benötigte Zeitaufwand geringer wäre als derjenige für die Erteilung einer beglaubigten Abschrift.

20. BGB §§ 125, 311 b, 649 (*Bei rechtlicher Einheit von Bauvertrag und Grundstücksgeschäft erstreckt sich der Formzwang auf beide Verträge*)

Der Formzwang für Grundstücksgeschäfte erstreckt sich auch auf den Bauvertrag, wenn dieser mit dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bildet. Eine solche besteht, wenn die Parteien den Willen haben, beide Verträge so zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Suggestiert ein Fertighausanbieter im Internet, dass sich der Kunde darauf verlassen kann, dass das erforderliche Zusammenspiel von Grundstückskauf und Bauvertrag von ihm geregelt wird und nimmt der Hauskäufer diesen Service in Anspruch, ist eine rechtliche

Einheit der Verträge anzunehmen. Dies gilt insbesondere im Fall, dass der Käufer ein Grundstück nur im Zusammenhang mit dem Haus erwerben will und insofern eine direkte Abhängigkeit besteht. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Halle, Urteil vom 27.8.2010, 5 O 837/09

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2010, 26467.

Kostenrecht

21. GmbHG § 40 Abs. 1, 2; HRegGebV § 1 (*Gebühr für Entgegennahme der Gesellschafterliste auch bei Einreichung durch Notar*)

§ 1 HRegGebV Anlage Teil 1 Nr. 5002 stellt seinem Wortlaut nach für die Entstehung der Gebühren allein auf die Entgegennahme der Liste der Gesellschafter durch das Registergericht ab und nicht auf die Person des Einreichenden. Die Gebühr fällt deshalb auch dann an, wenn anstelle des Geschäftsführers ein Notar die Liste der Gesellschafter beim Registergericht einreicht.

OLG München, Beschluss vom 30.6.2010, 34 Wx 26/10

Am 17.6.2009 wurde durch einen Notar für die Beteiligte zu 1, eine GmbH, beim Registergericht elektronisch eine Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG eingereicht. Gegen die daraufhin erstellte Kostenrechnung vom 18.6.2009 hat die Beteiligte zu 1 unter dem 18.9.2009 Erinnerung eingelegt. Sie ist der Ansicht, dass für die Einreichung einer Gesellschafterliste durch einen Notar eine Gebühr nicht anfallt. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 26.10.2009 die Erinnerung, soweit sie sich gegen den Ansatz einer Gebühr i. H. v. 20 € für die Entgegennahme der Gesellschafterliste wendet, zurückgewiesen und die Beschwerde zugelassen. Der hiergegen eingelegten Beschwerde hat das AG nicht abgeholfen. Das LG hat mit Beschluss vom 20.1.2010 die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen die Zurückweisung der Beschwerde richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, der das LG nicht abgeholfen hat.

Der Beteiligte zu 2, vertreten durch den zuständigen Bezirksrevisor, hatte Gelegenheit zur Stellungnahme. Er hält an dem vorgenommenen Kostenansatz fest.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des LG München I vom 20.1.2010 wird zurückgewiesen. Die nach § 14 Abs. 5 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Das LG hat ausgeführt:

Eine Gebühr sei auch dann zu entrichten, wenn die Gesellschafterliste durch einen Notar eingereicht werde. Es sei zwar zutreffend, dass das Kostenverzeichnis (KV) Nr. 5002 derzeit nur auf § 40 Abs. 1 GmbHG gestützt und nicht ausdrücklich auf § 40 Abs. 2 GmbHG erweitert worden sei. Deswegen entfalle eine Gebührenpflicht für durch Notare eingereichte Gesellschafterlisten jedoch nicht. § 40 Abs. 2 GmbHG regle nur, dass der Notar unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sei, die Gesellschafterliste zu unterschreiben und beim Registergericht einzureichen, er regle den Komplex „Gesellschafterliste“ aber nicht abschließend. Die Einzelheiten zur Ausgestaltung und zum Inhalt der Gesellschafterliste ergäben sich vielmehr aus § 40 Abs. 1 GmbHG. Aus diesem Grunde sei, wenn es um die Beurteilung von Inhalt und Aussagekraft einer Gesellschafterliste gehe, immer auch § 40

Abs. 1 GmbHG betroffen. § 40 Abs. 2 GmbHG stelle sich somit nur als eine Modifizierung des § 40 Abs. 1 GmbHG und nicht als völlig eigenständige Norm dar. Deswegen habe der Gesetzgeber auch keine ausdrückliche Kostenpflicht aussprechen müssen.

Darüber hinaus sei der Prüfungsaufwand des Registergerichts, jedenfalls im Bereich der notwendigen formellen Prüfung, in beiden Fällen nahezu identisch. Nach der Vorbemerkung zu Nr. 5 werde mit den Gebühren der Aufwand für die Prüfung und Aufbewahrung der Unterlagen abgegolten. Auch aus diesem Grund sei es unter dem Blickwinkel der aufwandbezogenen Bewertung von Handelsregistervorgängen nicht zu rechtfertigen, bei Gesellschafterlisten, die nach § 40 Abs. 2 GmbHG einreicht würden, von dem Gebührenansatz abzusehen.

II.

Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. § 14 Abs. 5 Satz 2 KostO i. V. m. § 546 ZPO). Der Senat teilt die rechtliche Beurteilung des LG. Das Rechtsbeschwerdevorbringen vermag diese nicht zu entkräften.

Das Registergericht hat die Kosten nach § 1 HRegGebV Anlage Teil 1 Nr. 5002 zu Recht erhoben.

1. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ordnet an, dass die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter mit bestimmten Angaben zum Handelsregister einzureichen haben. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ersetzt demgegenüber nur die Person des zur Einreichung Verpflichteten, verweist aber ansonsten ausdrücklich auf § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Dies zeigt, dass die Einreichung der Gesellschafterliste durch einen Notar anstelle des Geschäftsführers der GmbH keine zusätzliche Vorlagepflicht konstituiert, sondern nur die Person des Verpflichteten aus Abs. 1 ersetzt (OLG München, NJW-RR 2009, 972, 973 = MittBayNot 2010, 64; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* GmbH-Gesetz, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 30, 49; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490). Dadurch sollen Verfahrensabläufe vereinfacht (OLG Hamm vom 1.12.2009, 15 W 304/09, Rdnr. 11 zitiert nach juris) und der massiven Aufwertung der Gesellschafterliste Rechnung getragen werden (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 40 Rdnr. 49). Die Bestimmung in § 40 Abs. 2 GmbHG ist somit kein eigenständiger Tatbestand, sondern eine unselbständige Modifizierung der Grundregel in § 40 Abs. 1 GmbHG.

2. § 1 HRegGebV Anlage Teil 1 Nr. 5002 stellt seinem Wortlaut nach für die Entstehung der Gebühren allein auf die Entgegennahme der Liste der Gesellschafter durch das Registergericht ab (OLG Köln, FGPrax 2005, 233; *Korintenberg/Lappe*, KostO, 18. Aufl., § 79 a Rdnr. 6, 73; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., S. 555) und nicht auf die Person des Einreichenden. Dieses Ergebnis wird durch die Vorbemerkung der Anlage zu Teil 5 bestätigt, die klarstellt, dass durch die Gebühren dieses Abschnittes der Aufwand für die Prüfung und Aufbewahrung der genannten Unterlagen abgegolten werden. Zwar mag der gerichtliche Prüfungsaufwand bei Entgegennahme einer Liste der Gesellschafter durch einen Notar als einer sachkundigen Person geringer sein als bei einem Geschäftsführer. Völlig entfällt er jedoch nicht (OLG München, NJW-RR 2009, 972 = MittBayNot 2010, 64; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490). Der Notar muss die Richtigkeit der bereits vorhandenen Gesellschafterliste nicht überprüfen. Er bescheinigt nicht, dass der bisherige Listeninhalt zutreffend ist, sondern nur, dass der sonstige Inhalt der Liste unverändert geblieben ist (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 40 Rdnr.

65). Überdies ist der Aufwand des Gerichts für die Aufbewahrung unabhängig davon gleich, welche Person die Liste eingereicht hat.

3. Hiernach ist auch das kostenrechtliche Analogieverbot (vgl. § 1 Abs. 1 KostO; BVerfG, NJW 1996, 3146) nicht berührt. Denn Gebühren auslösend ist, wie die Norm noch hinreichend deutlich erkennen lässt, der gesetzlich normierte Umstand der Einreichung und der damit verbundene Aufwand für die Prüfung und Aufbewahrung.

4. Dem steht auch nicht entgegen, dass die erste Einreichung einer Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) als notwendiger Teil der Anmeldung keine gesonderte Gebührenpflicht auslöst. Allein dass auch hier ein Notar tätig wird, verbietet es dem Gesetzgeber nicht, bei weiteren Einreichungen für einen damit verbundenen speziellen Aufwand Gebühren zu erheben.

(...)

Steuerrecht

22. § 2 Abs. 1, 15 Abs. 1 UmwStG 1995 (*Steuerneutrale Abspaltung eines Teilbetriebs nur bei Übertragung, nicht bei bloßer Vermietung sämtlicher wesentlicher Betriebsgrundlagen*)

- Die Übertragung eines Teilbetriebs i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 liegt nur vor, wenn auf den übernehmenden Rechtsträger alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des betreffenden Teilbetriebs übertragen werden. Daran fehlt es, wenn einzelne dieser Wirtschaftsgüter nicht übertragen werden, sondern der übernehmende Rechtsträger insoweit nur ein obligatorisches Nutzungsrecht erhält.**
- § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 ist auch auf Abspaltungen anwendbar, bei denen keine Teilbetriebe übertragen werden (Bestätigung des BMF-Schreibens vom 25.3.1998, BStBl I 1998, 268, Tz. 15.11 Satz 6).**
- Die Rückwirkungsfiktion des § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 gilt nicht für die Gesellschafter der übertragenden und der übernehmenden Körperschaft.**

BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 96/08

Die Klägerin, eine GmbH, entstand im Jahr 1990 durch Umwandlung der X. Gegenstand ihres Unternehmens war die Stahl- und Metallverarbeitung.

Durch notariellen Vertrag vom 11.8.1999 wurde die Klägerin umfirmiert und ihr Unternehmensgegenstand geändert. Unternehmensgegenstand war seither der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken, Gebäuden und baulichen Anlagen, der Vertrieb von flüssigen und anderen technischen Gasen als Agentur sowie der Groß- und Einzelhandel in diesen und ähnlichen Branchen. Zugleich sollte der Teilbetrieb Stahl- und Metallbearbeitung auf eine neu gegründete GmbH, die S-GmbH, abgespalten werden.

Es wurde ein Spaltungsplan auf den Spaltungsstichtag 1.1.1999 festgestellt. Der S-GmbH wurden gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen Vermögensgegenstände und Arbeitsverträge der Klägerin übertragen. Ausdrücklich nicht übergehen sollten die Grundstücke, auf denen die S-GmbH ihren Fertigungsbetrieb unterhielt. Diese blieben im Eigentum der Klägerin, die sie mit aufstehenden Gebäuden an die S-GmbH vermietete. Der Mietvertrag lief auf unbestimmte Zeit und konnte nach den Feststellungen des FG unter Einhaltung einer Frist von zwölf Monaten zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden.

Die S-GmbH setzte die übernommenen Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert an. Der Beklagte (das FA) ging davon aus, dass die nach § 15 UmwStG 1995 für eine Buchwertfortführung erforderliche Übertragung eines Teilbetriebes nicht vorliege, weil die von der

S-GmbH genutzten Grundstücksteile, Gebäude und baulichen Anlagen nicht übertragen worden seien. Die Übereignung von Wirtschaftsgütern an die S-GmbH sei deshalb steuerlich als eine Sachauschüttung an deren Gesellschafter zu behandeln. Diese hätten die Wirtschaftsgüter sodann im Rahmen einer Einlage in die S-GmbH eingelegt. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung.

1. Das FG hat zu Recht die S-GmbH nicht zum Verfahren beigeladen.

a) Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 FGO sind Dritte zum finanzgerichtlichen Verfahren notwendig beizuladen, wenn diese an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die gerichtliche Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Das ist der Fall, wenn die Entscheidung nach Maßgabe des materiellen Steuerrechts notwendigerweise und unmittelbar Rechte oder Rechtsbeziehungen des Dritten gestaltet, bestätigt, verändert oder zum Erlöschen bringt (z. B. BFHE 153, 472, BStBl II 1988, S. 789). Die notwendige Beiladung soll sicherstellen, dass eine Sachentscheidung, die die Rechte eines Dritten in der vorbezeichneten Weise betrifft und aus diesem Grunde auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann, nicht ohne Beteiligung dieses Dritten erlassen wird (z. B. BFHE 194, 6, BStBl II 2001, S. 246).

b) Die Voraussetzungen einer notwendigen Beiladung i. S. v. § 60 Abs. 3 FGO liegen danach nicht vor.

Zwar ist die S-GmbH gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 12 und § 4 Abs. 1 UmwStG 1995 verpflichtet, die auf sie übergegangenen Wirtschaftsgüter mit den in der steuerlichen Schlussbilanz der Klägerin enthaltenen Werten zu übernehmen, falls das auf die S-GmbH übertragene Vermögen als Teilbetrieb zu beurteilen sein sollte. Die Entscheidung hierüber ist aber erst im Körperschaftsteuerbescheid der S-GmbH zu treffen. Der hier vorliegende Rechtsstreit kann daher nicht unmittelbar gestaltend in die Rechte der S-GmbH eingreifen; vielmehr bedarf es gegenüber der S-GmbH eines weiteren Steuerbescheides (vgl. BFH, Beschluss vom 16.3.1999, VIII B 90/98, BFH/NV 1999, 1232).

c) Eine einfache Beiladung gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 FGO hat das FG in nicht zu beanstandender Weise jedenfalls deshalb abgelehnt, weil durch die erst in der mündlichen Verhandlung beantragte Beiladung eine wesentliche Verfahrensvereinfachung eingetreten wäre. Eine Beiladung gemäß § 174 Abs. 5 AO hat das FA nicht beantragt. (...)

2. Soweit das FA geltend macht, vom FG sei zu Unrecht angenommen worden, die Klage habe sich nicht gegen die Zinsfestsetzungen sowie die Festsetzung eines Solidaritätszuschlages bezogen, ist eine Beschwerde des FA nicht erkennbar. Dem FA sind insoweit keine Kosten auferlegt worden. Auch ist nicht dargetan, dass ihm außergerichtliche Auslagen in diesem Zusammenhang entstanden sein könnten.

3. Der Senat kann anhand der Feststellungen des FG nicht abschließend beurteilen, ob das FG zu Recht angenommen hat, § 351 Abs. 2 AO stehe der Berücksichtigung der materiellen Einwendungen der Klägerin gegen den Bescheid über die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach § 47 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG 1996) nicht entgegen. Da das FG die Revision gegen sein Urteil

einschränkungslos zugelassen hat, ist die Revision des FA insoweit statthaft. Das FG hat ausgeführt, zwar sei der Körperschaftsteuerbescheid Grundlagenbescheid für die gesonderte Feststellung nach § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG 1996. Dies gelte jedoch nicht, soweit für Ausschüttungen der verwendbare Teil des Nennkapitals i. S. d. § 29 Abs. 3 KStG 1996 nach § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG 1996 betroffen gewesen sei; in diesem Fall weise das Gesetz dem Körperschaftsteuerbescheid keine Funktion eines Grundlagenbescheides zu. Das FA wendet hiergegen zu Recht ein, dass das FG keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Klägerin über Nennkapital verfügt, das durch Umwandlung von Rücklagen entstanden ist. Die Revision des FA führt daher insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

4. Das FG hat zu Unrecht angenommen, die Abspaltung der Wirtschaftsgüter auf die S-GmbH habe sich erfolgsneutral vollzogen.

a) Geht Vermögen einer Körperschaft durch Aufspaltung oder Abspaltung oder durch Teilübertragung auf andere Körperschaften über, gelten die §§ 11 bis 13 UmwStG 1995 vorbehaltlich des § 16 UmwStG 1995 entsprechend, wenn auf die Übernehmerinnen ein Teilbetrieb übertragen wird (§ 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995). Im Falle der Abspaltung oder Teilübertragung muss das der übertragenden Körperschaft verbleibende Vermögen ebenfalls zu einem Teilbetrieb gehören (§ 15 Abs. 1 Satz 2 UmwStG 1995).

Wird ein Teilbetrieb übertragen, können in der steuerlichen Schlussbilanz für das letzte Wirtschaftsjahr der übertragenden Körperschaft die übergegangenen Wirtschaftsgüter insgesamt mit dem Wert angesetzt werden, der sich nach den steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung ergibt, soweit sichergestellt ist, dass die in dem übergegangenen Vermögen enthaltenen stillen Reserven später bei der übernehmenden Körperschaft der Körperschaftsteuer unterliegen und eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht (§ 15 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995).

b) Aus dieser Regelung folgt, dass die Spaltung grundsätzlich zum gemeinen Wert zu erfolgen hat (*Frotscher* in *Frotscher/Maas*, KStG/GewStG/UmwStG, § 15 UmwStG Rdnr. 45). Nur wenn ein Teilbetrieb übertragen wird, besteht unter den weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 UmwStG 1995 ein Wahlrecht, die Buchwerte oder höhere Werte anzusetzen.

c) Die Klägerin hat auf die S-GmbH keinen Teilbetrieb übertragen. Denn sie hat funktional wesentliche Betriebsgrundlagen (Betriebsgrundstück mit aufstehenden Gebäuden und Anlagen) zurückbehalten und diese der S-GmbH nur mietweise überlassen.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH ist unter einem Teilbetrieb ein organisch geschlossener, mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteter Teil des Gesamtbetriebs zu verstehen, der für sich allein funktions- bzw. lebensfähig ist (BFHE 218, 316, BStBl II 2007, S. 772; BFHE 189, 465, BStBl II 2000, S. 123). Ein Teilbetrieb wird nur übertragen, wenn die Tätigkeit endgültig eingestellt wird und sämtliche zum Teilbetrieb gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergehen (BFHE 209, 95, BStBl II 2005, S. 395; BFHE 218, 316, BStBl II 2007, S. 772). Dabei ist grundsätzlich auf die Situation aus der Sicht des Übertragenden zum Zeitpunkt der Übertragung abzustellen (BFHE 189, 465, BStBl II 2000, S. 123, unter C. V.2. a; BFH, Urteil vom 15.3.2007, III R 53/06, BFH/NV 2007, 1661; BFH, Beschluss vom 15.10.2008, X B 170/07, BFH/NV 2009, 167).

bb) Der Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlagen ist normenspezifisch entsprechend dem jeweiligen Gesetzeszweck auszulegen (BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104; *Schmidt/Wacker*, EStG, 29. Aufl., § 16 Rdnr. 100). Während er als Tatbestandsmerkmal des § 16 EStG – entsprechend dem Zweck der §§ 16, 34 EStG nur die zusammengeballte Realisierung der stillen Reserven tariflich zu begünstigen – nach ständiger Rechtsprechung im Sinne einer kombinierten funktional-quantitativen Betrachtungsweise verstanden wird (vgl. BFHE 180, 278, BStBl II 1996, S. 409; BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104; BFHE 211, 312, BStBl II 2006, S. 176), sind im Rahmen der übrigen Vorschriften, in denen an die Übertragung eines Teilbetriebes bestimmte steuerrechtliche Folgen geknüpft sind, nur diejenigen Wirtschaftsgüter, die funktional gesehen für den Teilbetrieb erforderlich sind, als wesentliche Betriebsgrundlagen anzusehen (BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104; BFHE 227, 445 m. w. N.; BMF-Schreiben vom 16.8.2000, BStBl I 2000, S. 1253). Als funktional wesentlich sind dabei alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die für den Betriebsablauf ein erhebliches Gewicht haben, mithin für die Fortführung des Betriebes notwendig sind oder dem Betrieb das Gepräge geben (BFHE 137, 487, BStBl II 1983, S. 312; BFHE 158, 245, BStBl II S. 1989, 1014).

Ein Grundstück ist für den Betrieb wesentlich, wenn es die räumliche und funktionale Grundlage für die Geschäftstätigkeit bildet und es dem Unternehmen ermöglicht, seinen Geschäftsbetrieb aufzunehmen und auszuüben (BFHE 216, 559, BStBl II 2007, S. 524 m. w. N.). Demzufolge ist grundsätzlich jedes vom Betrieb genutzte Grundstück eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage, es sei denn, es ist im Einzelfall ausnahmsweise nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb (vgl. BFHE 214, 343, BStBl II 2006, S. 804; BFHE 224, 428, BStBl II 2009, S. 803; BFH/NV 2010, 404).

cc) Das von der Klägerin zurückbehaltene Grundstück und die aufstehenden Gebäude sind danach als wesentliche Betriebsgrundlagen des Teilbetriebs der Stahlverarbeitung anzusehen; denn die S-GmbH betreibt auf dem Grundstück und in den Gebäuden ihren Betrieb. Dies hat das FG ebenfalls so gesehen. Es war aber der Auffassung, dennoch sei ein Teilbetrieb übertragen worden. Denn die Klägerin habe das Grundstück nebst aufstehenden Gebäuden an die S-GmbH vermietet, so dass diese in der Lage gewesen sei, den Betrieb fortzuführen. Ferner sei die Erfassung der stillen Reserven in dem übergegangenen Vermögen bei der S-GmbH sichergestellt. Dem ist nicht zu folgen.

aaa) § 15 UmwStG 1995 begünstigt nicht jedwede betriebliche Umstrukturierung, sondern nur die im Gesetz genannte Übertragung von Sachgesamtheiten. Das Steuerrecht folgt dem Handelsrecht somit nicht uneingeschränkt. Während § 123 Abs. 2 UmwG auch eine Abspaltung einzelner Wirtschaftsgüter zulässt (z. B. *Goutier* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, UmwG, § 123 UmwG Rdnr. 12 f.; *Teichmann* in *Lutter*, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 123 Rdnr. 12, 23; *Asmus* in *Haritz/Menner*, Umwandlungsteuergesetz, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 13; BT-Drucks. 12/6885, S. 22) und damit dem Rechtsträger im Ergebnis ein Wahlrecht einräumt, Wirtschaftsgüter durch Einzelrechtsnachfolge zu veräußern oder durch Sonderrechtsnachfolge abzuspalten, ermöglicht das Steuerrecht eine erfolgsneutrale Abspaltung nur bei der Übertragung eines Teilbetriebs. Werden hingegen nur einzelne Wirtschaftsgüter übertragen, bleibt es beim Grundsatz, dass stille Reserven aufzudecken und vom bisherigen Rechtsträger zu versteuern sind (BT-Drucks. 12/6885, S. 22). Demgemäß ist der Umstand, dass die Besteuerung der stillen Reserven in der Zukunft gesichert ist und die wesentlichen Betriebsgrundlagen

weiterhin von einem der beiden Rechtsträger betrieblich genutzt werden, zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für die Gewährung des Wahlrechts nach § 11 Abs. 1 UmwStG 1995.

bbb) Die für die Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 maßgebliche „Übertragung eines Teilbetriebs“ liegt vielmehr nur dann vor, wenn auf den übernehmenden Rechtsträger alle Wirtschaftsgüter übertragen werden, die bis zum Übertragungsvorgang zu den funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des betreffenden Teilbetriebs gehört haben. Daran fehlt es, wenn einzelne dieser Wirtschaftsgüter nicht übertragen werden, sondern der übernehmende Rechtsträger insoweit nur ein obligatorisches Nutzungsrecht erhält (a. A. *Kutt/Pitzal*, DStR 2009, 1243, m. w. N.). Denn in diesem Fall beendet der übertragende Rechtsträger seine gewerbliche Tätigkeit mit den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Teilbetriebes nicht. Zugleich erhält der übernehmende Rechtsträger nur einen Teil jener Betriebsgrundlagen. Es kann daher nicht von einer Übertragung des Teilbetriebes durch die übertragende Körperschaft und von einer Fortführung durch die übernehmende Körperschaft gesprochen werden (so zutr. *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 5. Aufl., § 15 UmwStG Rdnr. 69). Dementsprechend hat der Senat zu § 20 UmwStG 1977, dem kein abweichender Teilbetriebsbegriff zugrunde liegt, entschieden, dass die bloße Vermietung oder Verpachtung einer wesentlichen Betriebsgrundlage die Übertragung nicht ersetzen kann (BFHE 180, 97, BStBl II 1996, S. 342).

ccc) Ob von der Übertragung eines Teilbetriebes dann ausgegangen werden kann, wenn das aufnehmende Unternehmen durch die Gestaltung der Nutzungsüberlassung wirtschaftlicher (Mit-)Eigentümer des überlassenen Wirtschaftsgutes wird (*Schaumburg/Schumacher* in *Lutter*, a. a. O., Anh. 1 nach § 151 Rdnr. 17; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 69, m. w. N.; *Schumacher* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, § 15, Rdnr. 146; *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 61), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Die Klägerin kann den Mietvertrag über das Grundstück nach den Feststellungen des FG mit einer Frist von einem Jahr kündigen, so dass die Annahme wirtschaftlichen Eigentums der S-GmbH ausscheidet. An dieser Einschätzung änderte auch nichts, wenn – so der Vortrag der Klägerin im Revisionsverfahren – die Mindestlaufzeit des Mietvertrages später auf fünf und danach auf 15 Jahre verlängert worden sein sollte. Denn ungeachtet der Frage, ob diese späteren Änderungen berücksichtigt werden könnten, ist auch bei einer derartigen Kündigungsfrist die Annahme wirtschaftlichen Eigentums der S-GmbH ausgeschlossen.

ddd) Für die Beurteilung des Streitfalles kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin ihr Gewerbe auf demselben Grundstück betreibt wie die S-GmbH die Stahl- und Metallverarbeitung. Veräußert nämlich ein Steuerpflichtiger einen von mehreren auf demselben Betriebsgrundstück unterhaltenen Teilbetrieben, belässt er jedoch das beiden Teilbetrieben dienende Betriebsgrundstück in vollem Umfang in seinem Betriebsvermögen, so liegt keine steuerbegünstigte Teilbetriebsveräußerung vor, wenn das Betriebsgrundstück zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen des veräußerten Teilbetriebs gehört. Das gilt auch dann, wenn das zurückgehaltene Betriebsgrundstück überwiegend von dem Restbetrieb genutzt wird (BFHE 180, 278, BStBl II 1996, S. 409). Ob diese zu § 16 EStG ergangene Entscheidung uneingeschränkt auch für die Anwendung des § 15 UmwStG 1995 gilt oder ob eine wesentliche Betriebsgrundlage, wenn sie von mehreren Betrieben genutzt wird, demjenigen Teilbetrieb zugeordnet werden kann, der sie überwiegend nutzt (*Hörtnagl* in *Schmitt/*

Hörtnagl/Stratz, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 76; *Krebs*, BB 1998, 2082; weitergehend *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 62), kann unter den Gegebenheiten des Streitfalls offenbleiben. Die Klägerin hat der S-GmbH eine Grundstücksfläche von 9 617 m² vermietet, so dass eine untergeordnete Nutzung des Grundstücks durch die S-GmbH nicht vorliegt, zumal ihr auch mehrere Gebäude, die dem metallverarbeitenden Betrieb dienen, zur ausschließlichen Nutzung überlassen wurden.

dd) Die Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten betreffen (Fusionsrichtlinie – FRL –), ist für § 15 UmwStG 1995 nicht einschlägig. Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, dass Art. 2 Buchst. i FRL ein abweichender Begriff des Teilbetriebs zugrunde liegt. Ein Teilbetrieb ist danach die Gesamtheit der in einem Unternehmensteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbständigen Betrieb darstellen. Daraus folgert der EuGH, dass das selbständige Funktionieren des Betriebes in erster Linie unter einem funktionellen Aspekt zu beurteilen ist. Die übertragenen Unternehmensteile müssten als selbständiges Unternehmen funktionsfähig sein, ohne dass es hierfür zusätzlicher Investitionen oder Einbringungen bedürfe. Die Funktionsfähigkeit müsse also durch die vorhandenen Eigenmittel des Betriebsteils sichergestellt werden (EuGH, Urteil vom 15.1.2002, C-43/00 „Andersen og Jensen“, Slg. 2002, I-379, Rdnr. 34 und 35). Dies kann nur so verstanden werden, dass eine Teilbetriebsübertragung nach der FRL ebenfalls grundsätzlich die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen voraussetzt (gl. A. *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 71; *Schumacher* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, a. a. O., § 15 Rdnr. 145; *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 61; a. A. *Blumers*, DB 2001, 722, 725).

c) Da ein Teilbetrieb nicht übertragen wurde, ist im Streitfall das Bewertungswahlrecht des § 11 Abs. 1 UmwStG 1995 nicht entsprechend anwendbar. Die übertragenen Wirtschaftsgüter sind vielmehr mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 9 BewG; BFHE 100, 245, BStBl II 1971, S. 69). Es handelt sich insoweit um eine Sachausschüttung (verdeckte Gewinnausschüttung) der Klägerin an ihre Gesellschafter, die die Wirtschaftsgüter gegen Gewährung von Beteiligungsrechten (§ 123 Abs. 2 UmwG) in die S-GmbH eingelegt haben (BMF-Schreiben vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 15.11; *Schumacher* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, a. a. O., § 15 Rdnr. 56 und 63; *Asmus* in *Haritz/Menner*, a. a. O., § 15 Rdnr. 10).

Das FA hat zutreffend den Gewinn im Streitjahr 1998 erfasst.

a) Nach den Feststellungen des FG war im Spaltungsplan vom 11.8.1999 der Spaltungstichtag auf den 1.1.1999 festgelegt worden. Diese gemäß § 125 Satz 1 i. V. m. § 17 Abs. 2 UmwG zulässige rückwirkende Bestimmung des Spaltungstichtages ist auch steuerlich nachzuvollziehen. Das folgt aus § 2 Abs. 1 UmwStG 1995. Nach dieser Vorschrift sind das Einkommen und das Vermögen der übertragenden Körperschaft sowie der Übernehmerin so zu ermitteln, als ob das Vermögen der Körperschaft mit Ablauf des Stichtags der Bilanz, die dem Vermögensübergang zugrunde liegt (steuerlicher Übertragungstichtag), ganz oder teilweise auf die Übernehmerin übergegangen wäre.

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei der Bilanz, „die dem Vermögensübergang zugrunde liegt“ um die in § 17

Abs. 2 UmwG 1995 genannte Schlussbilanz, die der Anmeldung zur Eintragung in das Register beizufügen ist (BFH, Urteil vom 24.4.2008, IV R 69/05, BFH/NV 2008, 1550, m. w. N., unter II.1. a aa). Nach den Feststellungen des FG ist der Spaltung als Schlussbilanz gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG die Bilanz der Klägerin zum 31.12.1998 zugrunde gelegt worden, so dass dieses Datum auch der steuerliche Übertragungstichtag ist. Es bedarf daher keiner Ausführungen dazu, ob die Schlussbilanz i. S. d. § 17 Abs. 2 UmwG stets auf den Schluss des Tages, der dem Umwandlungstichtag vorausgeht, zu erstellen oder ob er frei wählbar ist (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 2008, 1550 m. w. N.; BFHE 189, 533, BStBl II 2000, S. 2).

b) § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 ist auch auf Abspaltungen anwendbar, bei denen keine Teilbetriebe übertragen werden (gl. A. BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268, Tz. 15.11 Satz 6; *Dötsch/van Lishaut/Wochinger*, DB Beilage 7/1998, 28; *Schwedhelm/Streck/Mack*, GmbHR 1995, 100; *Haritz* in *Haritz/Benkert*, UmwStG, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 27; a. A. *Widmann* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 15 UmwStG Rdnr. 169; *Knopf/Hill* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 86; *Hörtnagl* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 15 UmwStG Rdnr. 98). Nach § 1 Abs. 4 UmwStG 1995 gelten der fünfte bis siebte Teil des Umwandlungssteuergesetzes für alle Aufspaltungen und Abspaltungen i. S. d. § 123 Abs. 1 und 2 UmwG, mithin auch für Abspaltungen, in denen nur einzelne Wirtschaftsgüter übertragen wurden. Weder § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 noch § 15 UmwStG 1995 enthalten Einschränkungen des Inhalts, dass die steuerliche Rückwirkung auf den Übertragungstichtag dann nicht gelten soll, wenn lediglich einzelne Wirtschaftsgüter abgespalten wurden. Vielmehr bestimmt § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 1995 nur, dass die §§ 11 bis 13 UmwStG 1995 keine Anwendung finden sollen, wenn die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Abspaltung nicht vorliegen. Die gesetzliche Anordnung, dass die Vorschriften des dritten Teils des Umwandlungssteuergesetzes keine entsprechende Anwendung finden, lässt jedoch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften unberührt.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, nach dem § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 für sämtliche in § 1 UmwStG 1995 bezeichneten Fälle des Vermögensübergangs gelten soll (BT-Drucks. 12/6885, S. 16), demnach auch für die Abspaltung einzelner Wirtschaftsgüter nach § 123 Abs. 2 UmwG. Es steht überdies mit dem Zweck der Vorschrift in Einklang. Die steuerrechtliche soll ebenso wie die handelsrechtliche Rückwirkung der übertragenden Körperschaft ermöglichen, die Bilanz des letzten Geschäftsjahres als Schlussbilanz zu verwenden (BT-Drucks. 12/6885, S. 24). Von diesem Ziel werden nicht nur Fälle erfasst, in denen Teilbetriebe, sondern auch einzelne Wirtschaftsgüter abgespalten werden (*Bünning*, BB 2008, 2679). Denn auch in diesen Fällen wäre ohne eine steuerliche Rückwirkung eine Abspaltung kaum praktikabel, da andernfalls allein für steuerliche Zwecke eine Zwischenbilanz zum Zeitpunkt der Registereintragung erstellt werden müsste.

6. Das FA hat aber zu Unrecht die Ausschüttungsbelastung gemäß § 27 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 KStG 1996 bereits im Jahr 1998 hergestellt. Wie das BMF zutreffend vorgetragen hat, regelt § 2 Abs. 1 UmwStG 1995 seinem Wortlaut und Zweck nach nur die Ermittlung des Einkommens und des Vermögens der übertragenden sowie der übernehmenden Körperschaft. Bezogen auf die Verteilung des Einkommens an die Gesellschafter der übertragenden Körperschaft enthält er keine Bestimmung. Die Rückwirkungsfiction gilt daher nur für die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger, nicht hingegen für deren Gesellschafter. Für diese bleibt es vielmehr bei

dem im Steuerrecht geltenden Grundsatz, dass Sachverhalte grundsätzlich nicht auf zurückliegende Zeitpunkte zurückwirken. Die Herstellung der Ausschüttungsbelastung bei dem übertragenden Rechtsträger ist daher erst zum Zeitpunkt des tatsächlichen Abflusses – also zum Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Abspaltung – vorzunehmen (vgl. BFHE 207, 147, BStBl II 2004, S. 1010). (...)

Anmerkung:

Das Urteil klärt für die Praxis wichtige Fragen und hat über die entscheidungserheblichen Normen hinaus Bedeutung. Obwohl auf den Streitgegenstand das UmwStG vor der Neufassung durch das SEStEG¹ abwendbar war, gelten wichtige Aussagen auch für die aktuelle Rechtslage, erfreulicherweise ergänzt durch Hinweise des Senats.

1. Steuerneutrale Vermögensübertragung als Ausnahme

Bei Umwandlungen nach dem UmwG werden mit Ausnahme beim Formwechsel² Wirtschaftsgüter auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Entsprechendes gilt für Umwandlungen außerhalb des UmwG, etwa bei Sacheinlagen oder in Anwachsungsfällen auf den letzten Gesellschafter. Nach den allgemeinen Ertragsteuergesetzen würden diese Vermögensübertragungen als Veräußerungen, Entnahmen, offene oder verdeckte Sachausschüttungen oder verdeckte Einlagen eine Realisation der stillen Reserven und damit deren Besteuerung bewirken. Dabei ist es für die steuerliche Behandlung unerheblich, ob die Übertragung durch Einzelrechtsnachfolge oder durch Gesamtrechtsnachfolge (Sonderrechtsnachfolge) erfolgt. Diese Besteuerung stiller Reserven anlässlich der umwandlungsbedingten Vermögensübertragung soll das UmwStG³ als Ausnahmeregelung verhindern, indem Bewertungswahlrechte und damit die Möglichkeit der Fortführung der bisherigen Buchwerte eingeräumt werden.⁴ Gemeinsame Voraussetzung aller vom UmwStG erfassten Umwandlungen ist jedoch, dass bestimmte Sachgesamtheiten, nämlich Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder qualifizierte Beteiligungen an Kapitalgesellschaften Gegenstand der Übertragung sind.⁵

2. Anforderungen an eine Teilbetriebsübertragung bei Spaltungen

Das Besprechungsurteil behandelt eine Abspaltung von einer GmbH auf eine neu gegründete GmbH.⁶ § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwStG 1995 (a. F.) bestimmten hierzu die entsprechende Anwendung von §§ 11–13 UmwStG 1995 (a. F.), also der Verschmelzungsvorschriften, wenn auf die übernehmende Körperschaft ein Teilbetrieb⁷ übergeht und zusätzlich das der übertragenden Körperschaft verbleibende Vermögen eben-

falls zu einem Teilbetrieb gehört. Nur unter dieser Voraussetzung hatte die übertragende Körperschaft nach § 11 UmwStG 1995 (a. F.) das Wahlrecht, in ihrer steuerlichen Schlussbilanz die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem (auf den Umwandlungsstichtag fortgeführten) Buchwert anzusetzen und damit einen Übertragungsgewinn zu vermeiden. Hieran hat sich mit der Neufassung von § 15 Abs. 1 UmwStG durch das SEStEG im Grundsatz nichts geändert; lediglich die Verweis-kette wurde modifiziert. Während nach früherer Rechtslage die §§ 11–13 UmwStG bei einem Verstoß gegen das (doppelte) Teilbetriebsanfordernis insgesamt nicht anwendbar waren, bewirkt dies nach aktueller Rechtslage nur die Nichtanwendung der Bewertungswahlrechte nach § 11 Abs. 2 und § 13 UmwStG.⁸

Im Besprechungsfall war streitig, ob tatsächlich ein Teilbetrieb übertragen worden ist, da die übertragende GmbH ein von dem Teilbetrieb (überwiegend) genutztes Grundstück zurückbehalten und der übernehmenden GmbH nur langfristig zur Nutzung überlassen hat. Im Gleichklang mit den Anforderungen an die Aufgabe eines Teilbetriebs i. S. v. § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG⁹ setze – so der BFH – eine Teilbetriebsübertragung voraus, dass die Tätigkeit endgültig eingestellt werde und zwar nicht alle, aber sämtliche zum Teilbetrieb gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergehen. Anders als der Begriff des Teilbetriebs sei aber der Begriff der wesentlichen Betriebsgrundlagen normspezifisch und daher für die (Teil-)Betriebsaufgabe¹⁰ nach §§ 16, 34 EStG einerseits und die übrigen Vorschriften, die an eine Teilbetriebsübertragung anknüpfen, andererseits unterschiedlich auszulegen. Bei Letzteren seien nur Wirtschaftsgüter erfasst, die funktional gesehen für den Teilbetrieb erforderlich sind (sog. funktionale Betrachtungsweise). Der I. Senat schließt sich damit der Rechtsprechung des IV. Senats¹¹ an, der für das UmwStG die Finanzverwaltung schon seit Längerem folgt.¹²

Für eine derartige Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen reicht jedoch eine – auch langfristige – Nutzungsüberlassung nicht aus. Denn entgegen einzelnen Stimmen in der Literatur,¹³ aber in Übereinstimmung mit der Finanzverwaltung,¹⁴ weist der BFH rechtsdogmatisch zutreffend darauf hin, dass in diesen Fällen sowohl der übertragende Rechtsträger mit den wesentlichen Betriebsgrundlagen seine gewerbliche Tätigkeit nicht beendet als auch der übernehmende Rechtsträger nur mit einem Teil der wesentlichen Betriebsgrundlagen die Tätigkeit fortsetzt. Der Normzweck des UmwStG, die Übertragung von Sachgesamtheiten zu begünstigen, verlange aber, dass das Eigentum an allen wesentlichen Betriebsgrundlagen übertragen wird. Ob die Übertragung wirtschaftlichen Eigentums ausreicht, lässt der Senat ausdrücklich offen. Dies ist zu bejahen, da für die steuerliche Zuordnung generell das wirtschaftliche Eigentum maßgeblich ist, § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO. Die Frage ist jedoch seit Neufassung von § 1 UmwStG durch das SEStEG streitig geworden.¹⁵

¹ Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BGBl 2006 I, S. 2782.

² §§ 190 ff UmwG.

³ Weitere Vorschriften zur buchwertneutralen Übertragung sind etwa § 6 Abs. 1 Nr. 5 Hs. 2 lit. b) und c), § 6 Abs. 3, § 6 Abs. 5, § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG.

⁴ Vgl. etwa §§ 3, 11, 20, 24 UmwStG.

⁵ §§ 15, 16, 20, 21, 24 UmwStG; bei Verschmelzungen (§§ 3, 11 UmwStG) wird zivilrechtlich ohnehin das gesamte Vermögen übertragen.

⁶ Abspaltung zur Neugründung, § 123 Abs. 2 UmwG.

⁷ Als fiktive Teilbetriebe gelten auch Mitunternehmeranteile und 100%ige Anteile an Kapitalgesellschaften.

⁸ Vgl. hierzu näher unten.

⁹ BFH, Urteil vom 20.1.2005, IV R 14/03, BStBl II 2005, S. 395.

¹⁰ Oder (Teil-)Betriebsveräußerung.

¹¹ BFH, Urteil vom 2.10.1997, IV R 84/96, BStBl II 1998, S. 104; vgl. bereits BFH, Urteil vom 25.11.2009, I R 72/08, BFHE 227, 445 = DStR 2010, 269 zu § 20 UmwStG.

¹² BMF vom 16.8. 2000, BStBl I 2000, S. 1253, soweit die Übertragung nicht zum Teilwert erfolgt.

¹³ Zum bisherigen Meinungsstand vgl. *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 5. Aufl. 2009, § 15 UmwStG Rdnr. 69.

¹⁴ BMF vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 20.08.

¹⁵ Vgl. *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, Umwandlungssteuerrecht, 6. Aufl. 2007, § 20 UmwStG Rdnr. 7.

An diesen Anforderungen würde sich nach zutreffender Ansicht des BFH auch nichts ändern, wenn – wie im Streitfall nicht – die steuerliche Fusionsrichtlinie¹⁶ (FRL) zu beachten wäre. Denn der Teilbetriebsbegriff und die Anforderungen an die Teilbetriebsübertragung nach der FRL unterscheiden sich – auch nach den Vorstellungen des EuGH¹⁷ – nicht von den nationalen Maßstäben. Auch nach den Vorgaben der Fusionsrichtlinie ist eine (dauerhafte) Nutzungsüberlassung nicht ausreichend.¹⁸ Bedeutsam ist diese Klarstellung, weil nach dem Entstehen zivilrechtlicher Möglichkeiten für grenzüberschreitende Umwandlungen¹⁹ und der daraufhin erfolgten „Europäisierung“ des UmwStG in grenzüberschreitenden Vorgängen die Vorgaben der FRL unmittelbar beachtet werden müssen.²⁰

3. Bedeutung für andere Umwandlungen

Diese Anforderungen an eine Teilbetriebsübertragung und an die Bestimmung der wesentlichen Betriebsgrundlagen gelten nach der Urteilsbegründung nicht nur für Auf- und Abspaltungen nach §§ 15, 16 UmwStG, sondern auch für die Einbringungsfälle nach § 20 UmwStG²¹ und darüber hinaus für § 6 Abs. 3 EStG (unentgeltliche Übertragung eines Teilbetriebs) und § 16 Abs. 3 Satz 2 ff. EStG (Übertragung von Teilbetrieben durch Realteilung). Ebenso sind die Erfordernisse bei nach dem UmwStG oder anderen Normen begünstigten Übertragungen von Mitunternehmeranteilen zu beachten. Denn zum Mitunternehmeranteil gehören auch die Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens, so dass die Steuerneutralität die Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums aller wesentlichen Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens voraussetzt.²² In den Fällen des § 24 UmwStG (Einbringung in eine Mitunternehmerschaft) besteht hingegen die Besonderheit, dass die Einbringung in das Sonderbetriebsvermögen und damit eine Nutzungsüberlassung an die übernehmende Personengesellschaft genügt.²³

4. Ungeklärt: Spaltungshindernde Wirtschaftsgüter

Leider bleibt für die Praxis ungeklärt, wie in den häufigen Fällen verfahren werden kann, in denen eine wesentliche Betriebsgrundlage, insbesondere ein Grundstück, von mehreren Teilbetrieben genutzt wird. Die Finanzverwaltung verlangt bislang, dass derartige sog. spaltungshindernde Wirtschaftsgüter zivilrechtlich real bis zum Zeitpunkt des Spaltungsbeschlusses aufgeteilt werden müssen. Lediglich wenn eine reale Teilung eines Grundstücks dem übertragenden Rechtsträger nicht zumutbar sei, bestünden aus Billigkeitsgründen im Einzelfall keine Bedenken, eine ideelle Teilung (Bruchteilseigentum) im Verhältnis der tatsächlichen Nutzung unmittelbar nach der Spaltung ausreichen zu lassen.²⁴ Um hier

in vielen praktischen Fällen nicht eine faktische Spaltungsperrre eintreten zu lassen, sollte dem Grundanliegen des Gesetzgebers, betriebliche Umstrukturierungen zu erleichtern, Geltung verschafft werden, indem derartige Wirtschaftsgüter demjenigen Teilbetrieb zugeordnet werden können, der sie überwiegend nutzt.²⁵ Der BFH ließ die Frage offen, da eine untergeordnete Nutzung durch die übernehmende GmbH im Streitfall nicht vorlag.

5. Rechtsfolgen

Die im Urteil dargestellten Rechtsfolgen der „missglückten“ Abspaltung sind nur noch teilweise auf die aktuelle Rechtslage übertragbar. Während nach früherer Rechtslage bei einem Verstoß gegen das (doppelte) Teilbetriebsfordernis die §§ 11–13 UmwStG 1995 (a. F.) insgesamt nicht galten, ordnet § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 (n. F.) nunmehr generell die entsprechende Anwendung der §§ 11–13 UmwStG an und verknüpft lediglich die Bewertungswahlrechte nach § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 UmwStG 2006 (n. F.) an das Teilbetriebsfordernis. Für den übertragenden Rechtsträger ist hierdurch keine Änderung eingetreten. Er hat die übergehenden Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz nach § 11 Abs. 1 UmwStG mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Ein hierdurch entstehender Übertragungsgewinn unterliegt der Körperschaft- und Gewerbesteuer. Anderes gilt für die Gesellschafter. Auch nach Ansicht des BFH war nach damaliger Rechtslage bei einem Verstoß gegen das Teilbetriebsfordernis eine Auf- oder Abspaltung eine Sachausschüttung (verdeckte Gewinnausschüttung) des übertragenden Rechtsträgers an seine Gesellschafter und zugleich eine Einlage dieser Wirtschaftsgüter gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in den übernehmenden Rechtsträger. Nunmehr zeigt der unbedingte Verweis auf § 13 UmwStG, dass die Auf- und Abspaltung als (Teil-)Veräußerung der Anteile an dem übertragenden Rechtsträger und als Anschaffung der Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger zu werten ist. Wird das Teilbetriebsfordernis nicht erfüllt, erfolgt diese fiktive Veräußerung zwingend zum gemeinen Wert, da das Bewertungswahlrecht nach § 13 Abs. 2 UmwStG 2006 (n. F.) nicht besteht.

6. Rückwirkung

Umwandlungen können mit steuerlicher Rückwirkung erfolgen. Für die von §§ 3–19 UmwStG erfassten Umwandlungen von Körperschaften nach dem UmwG²⁶ ordnet § 2 Abs. 1 UmwStG die Rückwirkung auf den Stichtag der Bilanz, die dem Vermögensübergang zugrunde liegt, an.²⁷ Dies ist – wie der BFH nochmals bestätigt²⁸ – die handelsrechtliche Schlussbilanz nach § 17 Abs. 2 UmwG. Ob dieser Stichtag stets der Schluss des Tages ist, der dem Umwandlungsstichtag²⁹ vorangeht, lässt der Senat offen.³⁰ Fraglich und streitig war indes, ob die Rückwirkung auch eintritt, wenn die Voraussetzungen nach § 15 Abs. 1 UmwStG nicht erfüllt sind. Der BFH bejaht dies. Zwischenzeitlich ist durch die Verweiskette in § 15

¹⁶ Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23.7.1990, ABl. EG vom 28.8.1990, Nr. L 225/1.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 15.1.2002, C-43/00, DB 2002, 822.

¹⁸ A. A. *Blumers*, DB 2001, 722, 725; *Thömmes* in FS Widmann, S. 583, 598.

¹⁹ Vgl. neben der SE-VO und der SCE-VO insbesondere die §§ 122 a ff. UmwG.

²⁰ Art. 1 lit. a) FRL.

²¹ Für § 20 UmwStG 1977 vgl. bereits BFH, Urteil vom 16.2.1996, IR 183/94, BStBl II 1996, S. 342.

²² BFH, Urteil vom 25.11.2009, I R 72/08, DStR 2010, 269.

²³ BMF vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 24.06; dem Unternehmen nach hält die Finanzverwaltung auch nach den Änderungen durch das SEStEG an dieser Rechtsauffassung fest.

²⁴ BMF vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 15.07.

²⁵ *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 3 15 UmwStG Rdnr. 75 f.

²⁶ Oder vergleichbare ausländische Vorgänge oder Umwandlungen nach der SE-VO/SCE-VO, vgl. § 1 Abs. 1 UmwStG 2006.

²⁷ Für Einbringungen nach §§ 20, 24, 25 vgl. § 20 Abs. 5, 6, § 24 Abs. 4 UmwStG.

²⁸ BFH, Urteil vom 24.4.2008, IV R 69/05, BFH/NV 2008, 1550.

²⁹ § 5 Abs. 1 Nr. 6, § 126 Abs. 1 Nr. 6 UmwG.

³⁰ Die wohl h. M. nimmt diesen Zusammenhang an; vgl. *Simon* in *Kölner Kommentar, UmwG*, § 5 Rdnr. 79; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 17 UmwG Rdnr. 75 f. m. w. N.

Abs. 1 UmwStG auch vom Gesetzgeber klargestellt, dass Auf- und Abspaltungen von Körperschaften generell vom UmwStG erfasst sind und die besonderen Anforderungen nach § 15 Abs. 1 Satz 2 u. 3 UmwStG (doppeltes Teilbetriebserfordernis) lediglich Voraussetzung für das Bewertungswahlrecht sind.

Wichtiger ist die weitere Feststellung des Senats, dass die Rückwirkungsfiction nach dem eindeutigen Wortlaut von § 2 Abs. 1 UmwStG nur für die beteiligten Rechtsträger, nicht jedoch für die Gesellschafter³¹ gilt. Dass dies aber zu Unstimmigkeiten führen kann, zeigt der Urteils Sachverhalt. Die Feststellung des BFH, die nach damaliger Rechtslage beim übertragenden Rechtsträger herzustellende Ausschüttungsbelastung entstehe nicht am steuerlichen Übertragungstichtag, sondern zum Zeitpunkt des zivilrechtlichen Wirksamwer-

³¹ Vgl. demgegenüber für die Umwandlung auf eine Personengesellschaft § 2 Abs. 2 UmwStG.

dens, bereitet bei einer Abspaltung weniger Schwierigkeiten. Anders ist dies bei einer Aufspaltung, bei der sich der übertragende Rechtsträger auflöst. Er müsste dann (auch) für steuerliche Zwecke im Rückwirkungszeitraum existent sein. Ob damit eine Absage an die von der Finanzverwaltung³² und der herrschenden Meinung³³ vertretene Ansicht, Gewinnausschüttungen im Rückwirkungszeitraum gelten als bereits vom übernehmenden Rechtsträger vorgenommen, verbunden ist, erscheint indes zweifelhaft.³⁴

Rechtsanwalt *Robert Hörtnagl*, München

³² BMF vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268, Tz. 02.29.

³³ Vgl. etwa *Rödler/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, § 2 Rdnr. 63 m. w. N.

³⁴ So aber *Benecke/Staats*, FR 2010, 893, 896.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Gerichtliche Genehmigung von Verträgen

I. Einleitung

Handeln gesetzliche Vertreter für natürliche Personen, bedürfen manche Rechtsgeschäfte der gerichtlichen Genehmigung. In der notariellen Praxis dürften entgeltliche Grundstücksveräußerungen für Minderjährige oder Betreute die größte Rolle spielen (§§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4, 1643 Abs. 1, 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB). Solche Verträge werfen seit jeher interessante Gestaltungsfragen auf. Das FGG-Reformgesetz 2008 stellt den Notar vor zusätzliche Herausforderungen. Dieser Beitrag skizziert häufige Fragen und unterbreitet Lösungsvorschläge.

II. Häufig gestellte Fragen

1. Wer ist zuständig für die Genehmigungserteilung?

Es empfiehlt sich, die Erteilung der Genehmigung bei dem funktionell zuständigen Rechtspflegeorgan anzuregen. Das FGG-Reformgesetz hat bekanntlich das Vormundschaftsgericht abgeschafft und das Betreuungsgericht installiert. Einen Überblick über alle einschlägigen Zuständigkeiten gibt die folgende Tabelle. Man liegt meist richtig, wenn man sich an die Daumenregel hält: Was Minderjährige betrifft, erledigt das Familiengericht, den Rest das Betreuungsgericht. Zuständig zur Genehmigungserteilung ist in allen Fällen der Rechtspfleger, § 3 Nr. 2 lit. a) bis c) RPfLG.

Überblick – Gesetzliche Vertretung und gerichtliche Zuständigkeit

| Vertreter | Zuständigkeit | Normen |
|---|-------------------|---|
| Eltern | Familiengericht | § 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG, §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 FamFG |
| Vormund | Familiengericht | §§ 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG, §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 4 FamFG |
| Betreuer | Betreuungsgericht | § 23 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 GVG, § 271 Nr. 3 FamFG |
| Pfleger | Differenzieren | |
| Ergänzungspflegschaften und Pflegschaften für eine Leibesfrucht (§§ 1909, 1912 BGB) | Familiengericht | § 23 a Abs. 1 Nr. 1 GVG, §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 5, 340 Nr. 1 FamFG |
| Nachlasspflegschaften | Nachlassgericht | §§ 23 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG, § 342 Abs. 1 Nr. 2 FamFG |
| Alle sonstigen Pflegschaften | Betreuungsgericht | §§ 23 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 GVG, § 340 Nr. 1 FamFG |

2. Liegt in der Ausübung der Doppelvollmacht eine unzulässige Mehrfachvertretung?

Die gerichtliche Genehmigung zu einem Vertrag kann schon vor dessen Beurkundung erteilt werden (arg e § 1829 BGB). Praktisch kommt das aber selten vor. In aller Regel wird die

Genehmigung nachträglich zu einem bereits beurkundeten Vertrag eingeholt (optimalerweise nach vorheriger Abstimmung mit dem zuständigen Rechtspfleger). In diesem Fall hängt die Wirksamkeit der Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB davon ab, dass sie dem Vertragspartner vom gesetzlichen Vertreter mitgeteilt wird. Um den Vollzugsaufwand zu reduzieren, der mit dieser formalistischen Regelung verbunden ist, arbeitet man mit Doppelvollmachten: Der gesetzliche Vertreter bevollmächtigt den Notar, die Genehmigung in Empfang zu nehmen und sie dem anderen Vertragsteil mitzuteilen, und der andere Vertragsteil ermächtigt den Notar, diese Mitteilung für ihn entgegenzunehmen.

Entgegen einer Mindermeinung (*Kraiß*, BWNNotZ 2000, 91, 94) liegt in der Ausübung der Doppelvollmacht keine unzulässige Mehrfachvertretung i. S. d. §§ 181 Alt. 2, 1795 Abs. 2 BGB. Zwar ist das Verbot des § 181 Alt. 2 BGB grundsätzlich auch bei einseitigen Erklärungen anwendbar, wenn derselbe Vertreter sowohl als Erklärender als auch als Erklärungsempfänger handelt (*Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 8). Außerdem kann ein Hauptvertreter einen Untervertreter nur insoweit von § 181 BGB befreien, als auch der Hauptvertreter von § 181 BGB befreit ist (*Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 18). Die Ausübung einer Doppelvollmacht stellt jedoch keine Mehrfachvertretung dar, weil der gesetzliche Vertreter die Mitteilung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB aus eigenem Recht und nicht im Namen des Vertretenen erledigt (DNotI-Report 2001, 90, 91). In der Sache eliminiert die Doppelvollmacht das Transportrisiko bezüglich des Zugangs der Mitteilung, ist damit aus Sicht des Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft und unterfällt auch teleologisch nicht dem Anwendungsbereich des § 181 BGB.

3. Wann wird die Doppelvollmacht ausgeübt?

Es ist nicht gesichert, dass auch eine durch Bekanntgabe zwar existente, aber mangels Rechtskraft noch nicht wirksam gewordene Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB mitgeteilt werden kann. Die Materialien halten eine solche frühzeitige Mitteilung für unzulässig (BT-Drucks. 16/6308, S. 347). Der Notar sollte daher von seiner Doppelvollmacht erst Gebrauch machen, wenn das Rechtskraftzeugnis erteilt ist (DNotI-Report 2009, 145, 151).

4. Welche Wirksamkeitshindernisse können der Genehmigung entgegenstehen?

Zentrale Aufgabe des Notars bei der Beurkundung gegenseitiger Verträge ist es, Leistung und Gegenleistung zu sichern. Die Transaktionssicherheit genehmigungsbedürftiger Verträge ist insoweit etwas geringer als bei sonstigen Verträgen. Denn die Wirksamkeit der Genehmigung untersteht gewissen Risiken, die sich nicht vollständig kontrollieren lassen.

Man geht davon aus, dass der Bestand der Doppelvollmacht vom Fortbestand der gesetzlichen Vertretung abhängt (etwa *Kersten/Bühling-Peter*, § 95 Rdnr. 8). Endet die gesetzliche Vertretung, erlischt die Doppelvollmacht. Übt der Notar sie dennoch aus, führt dies nicht dazu, dass die Genehmigung wirksam wird. Eine Fälligkeitsmitteilung, die er auf dieser Grundlage erteilt, ist falsch. Es bietet sich deswegen an, bei Gericht nachzufragen, ob die Vertretung in dem Zeitpunkt noch bestand, als die Doppelvollmacht ausgeübt wurde. Auch

damit schließt man das Risiko nicht vollständig aus, dass Vertreter oder Vertretener vorher verstorben sind, ohne dass der zuständige Rechtspfleger hiervon Kenntnis erlangt hat. Soll dieses Restrisiko weiter reduziert werden, so kann man diesbezüglich auch noch beim gesetzlichen Vertreter nachfragen.

Nicht erforderlich ist, dass die gesetzliche Vertretung bis zur Eintragung der Vormerkung fortbesteht. Hat der gesetzliche Vertreter die Vormerkung materiell und formell gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB, § 19 GBO bewilligt, entsteht Vormerkungsschutz auch dann, wenn die gesetzliche Vertretung nachträglich wegfällt, etwa durch den Tod des Vertretenen. Anders als die Mitteilung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB bewilligt der gesetzliche Vertreter die Vormerkung nicht aus eigenem Recht, sondern als Vertreter in fremdem Namen. Weder der Wegfall der Vertretungsmacht noch der Tod des Vertretenen berühren die Wirksamkeit einer vorher abgegebenen Vertretererklärung (MünchKommBGB/Kohler, § 878 Rdnr. 5).

Es ist nach wie vor ungeklärt, inwieweit Bekanntgabemängel die Wirksamkeit der Genehmigung hindern können (dazu jüngst *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 505). Das Problem liegt darin, dass die Genehmigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG erst mit Rechtskraft wirksam wird; also nur dann, wenn zulasten aller rechtsmittelbefugter Personen die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Zum Teil wird vertreten, dies setze zwingend voraus, dass auch der Vertretene formellen Beteiligtenstatus erlangt hat, etwa durch die von § 41 Abs. 3 FamFG vorgeschriebene Bekanntgabe an ihn (*Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 270). Demgegenüber hat das OLG Hamm jüngst entschieden (Beschluss vom 7.9.2010, 15 W 11/10), dass Rechtskraft auch dann eintritt, wenn der Vertretene nicht am Verfahren beteiligt wurde. Das letzte Wort ist mit dieser Entscheidung nicht gesprochen. Klar ist, dass ein zu Unrecht erteiltes Rechtskraftzeugnis nicht konstitutiv die Wirksamkeit begründet.

Was tun? Für Minderjährige, die das 14. Lebensjahr nicht vollendet haben, und für unbekannte Beteiligte müssen neben dem gesetzlichen Vertreter besondere Repräsentanten zur Bekanntgabe der Genehmigung bestellt werden (zur Frage, wer das ist, siehe weiter unten). Bevollmächtigen sowohl der gesetzliche Vertreter als auch der genannte Repräsentant den Notar, die Genehmigung entgegenzunehmen, kann der Notar deren Wirksamwerden voll überblicken. Bei Betreuten wird das nicht immer gehen. Denn § 275 FamFG fingiert die Verfahrensfähigkeit des Betreuten, so dass für diesen häufig kein Verfahrenspfleger als Adressat der Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 3 FamFG bestellt wird. Und eine Bevollmächtigung des Notars durch den Betreuten selbst wird häufig daran scheitern, dass dieser (der Betreute!) nicht mehr geschäftsfähig ist. Den Beteiligten bleibt dann wenig anderes übrig, als sich darauf zu verlassen, dass das Gericht die Bekanntgabe fehlerfrei erledigt. Den Notar trifft keine diesbezügliche Prüfungspflicht. Er sollte es aber vermeiden, durch eigenes Verhalten falsche Erwartungen zu wecken. Spielt sich die Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 3 FamFG außerhalb seines Blickfeldes ab, sollte der Notar in der Fälligkeitmitteilung nicht die Wirksamkeit des Vertrages bestätigen, sondern nur, dass ihm die Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter bekannt gegeben wurde und dass er nach Erteilung des Rechtskraftzeugnisses von der Doppelvollmacht Gebrauch gemacht hat. Das Rechtskraftzeugnis ist allerdings gemäß § 418 Abs. 1 ZPO auch gegenüber dem Notar beweiskräftig. Muss der Notar gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV mitteilen, dass ein Bauträgervertrag wirksam ist, kann er das gestützt auf das Rechtskraftzeugnis pflichtgemäß tun. Praktisch dürfte sich dieses Problem selten stellen, weil Bauträgerverträge nur ausnahms-

weise von minderjährigen, betreuten oder unbekanntem Beteiligten abgeschlossen werden.

5. Wer ist richtiger Bekanntgabeadressat?

Neben der Bekanntgabe an den Vertreter gemäß § 1828 BGB fordert § 41 Abs. 3 FamFG eine Bekanntgabe an den Vertretenen. Bei Betreuten fingiert § 275 FamFG deren Verfahrensfähigkeit und damit auch ihre passive Bekanntgabebefugnis. Die Bekanntgabe kann also unmittelbar an sie selbst erfolgen. Bei Minderjährigen muss man unterscheiden. Haben sie das 14. Lebensjahr vollendet und sind sie nicht geschäftsunfähig, kann die Genehmigung gemäß §§ 9 Abs. 1 Nr. 4, 60 Satz 2, 159 Abs. 1, 164 Satz 1 FamFG an sie selbst bekannt gegeben werden (DNotl-Report 2009, 145, 148; unpräzise *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 272). In den übrigen Fällen ist umstritten, ob als Bekanntgabeadressat gemäß § 158 FamFG ein Verfahrensbeistand oder gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist (für Letzteres aus jüngerer Zeit KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10). Gretchenfrage: Führt auch die Bekanntgabe an den falschen Repräsentanten (Ergänzungspfleger statt Verfahrensbeistand oder umgekehrt) zur Rechtskraft? Soweit ersichtlich, wird diese Frage nicht diskutiert. Die Antwort lautet: Ja. Sowohl Ergänzungspfleger als auch Verfahrensbeistand können die Genehmigungsentscheidung unbefangen kontrollieren, so dass der Zweck der Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 3 FamFG in jedem Fall erreicht wird. Bei Pflögschaften für unbekannte Erben und sonstige Beteiligte erfolgt die Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 3 FamFG an einen Verfahrenspfleger (§§ 276, 340 Nr. 1, 342 Abs. 1 Nr. 2 FamFG).

6. Muss das Gericht vor Erteilung des Rechtskraftzeugnisses ein Notfristzeugnis erholen?

Nein (BGH, FGPrax 2010, 53, vgl. dazu auch *Milzer*, MittBayNot 2011, 112). Das Verfahren ist so schon aufgebläht genug.

Das Gericht kann das Rechtskraftzeugnis schon nach Ablauf der verkürzten zweiwöchigen Beschwerdefrist gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG erteilen, ohne abwarten zu müssen, dass auch die einmonatige Frist der Sprungrechtsbeschwerde aus §§ 548, 566 Abs. 2 Satz 2 ZPO, § 75 Abs. 2 FamFG abgelaufen ist. Der Zweck der verkürzten zweiwöchigen Beschwerdefrist könnte nicht erreicht werden, wenn vor Erteilung des Rechtskraftzeugnisses stets auch die einmonatige Frist der Sprungrechtsbeschwerde abgelaufen sein müsste. Um den Zweck des § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG zu verwirklichen, muss die Vorschrift entsprechend auf die Sprungrechtsbeschwerde angewendet werden. Deren Zulassung muss also innerhalb von zwei Wochen beim BGH beantragt werden, wenn sie sich gegen einen Beschluss richtet, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat.

7. Wie wird die Finanzierung sichergestellt?

Nach überwiegender Auffassung ist die Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts auch dann gemäß § 1821 Nr. 1 BGB gesondert genehmigungsbedürftig, wenn der finanzierte Kauf eine entsprechende Finanzierungsvollmacht enthält (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 3688). In einer Finanzierungssituation sind also jeweils Genehmigungen zu Kauf und Grundschuld(en) einzuholen.

Es wirkt etwas unbeholfen, wenn man sich in der Grundschuldbestellungsurkunde eine Doppelvollmacht erteilen lässt. Ist die Bank nicht an der Beurkundung beteiligt, sollte man es dabei belassen, sich zur Empfangnahme der Genehmi-

gung für den gesetzlichen Vertreter und zur Mitteilung an den Finanzierungsgläubiger ermächtigen zu lassen, nicht jedoch auch zur Entgegennahme dieser Mitteilung. Die Mitteilung kann man dann zusammen mit der Ausfertigung an den Finanzierungsgläubiger schicken.

Zum Schutz eines finanzierenden Käufers sollte verhindert werden, dass er den Kaufpreis zahlen muss, ohne dass sein Finanzierungsgrundpfandrecht genehmigt wird. Zu diesem Zweck kann die Kaufpreisfälligkeit davon abhängig gemacht werden, dass auch das Finanzierungsgrundpfandrecht genehmigt ist (Muster: *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 2, Rdnr. 506). Das hat allerdings die Schwäche, dass die Fälligkeit von einem Verhalten des Käufers abhängig wird. Um das zu verhindern, kann man statt mit einer Fälligkeitsvoraussetzung mit einer Einrede arbeiten: Das Genehmigungsverfahren zu seinem Finanzierungsgrundpfandrecht gibt dem Käufer ein Leistungsverweigerungsrecht, ohne dass die Erteilung der Genehmigung Fälligkeitsvoraussetzung ist. Gegenüber einer Fälligkeitssperre hat das den Vorteil, dass der Käufer den Vollzug nicht durch Untätigkeit blockieren kann. Sondern er muss sich die Einrede durch Eigeninitiative verdienen.

III. Muster

Ein finanziert Kauf könnte demnach auszugsweise wie folgt formuliert werden:

(Kaufpreisfälligkeit)

1. Der Kaufpreis wird unter folgenden Voraussetzungen fällig:
 - a) der Vertrag ist wirksam und das Zustandekommen der Auflassung samt Eintragungsbewilligung ist grundbuchtauglich nachweisbar;

(folgen die üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen wie Vormerkung, Vollzugsfähigkeit und Lastenfreistellung)
2. Der Notar soll die Vertragsteile mit einfachem Brief unterrichten, sobald diese Fälligkeitsvoraussetzungen eingetreten sind. Bezüglich der Fälligkeitsvoraussetzung gemäß Ziffer 1 Buchstabe a) prüft der Notar Folgendes:
 - Der Notar hat die Genehmigung des (Familien-/Betreuungs-/Nachlass-)Gerichts zu diesem Vertrag aufgrund der Vollmacht gemäß Abschnitt (...) in Empfang genommen, dem anderen Vertragsteil mitgeteilt

und für diesen in Empfang genommen. Vor Mitteilung der Fälligkeit soll sich der Notar telefonisch bei dem Gericht erkundigen, ob die (elterliche Sorge/Vormundschaft/Pflegschaft/Betreuung) bei Ausübung dieser Vollmacht noch bestand.

- Das Rechtskraftzeugnis ist erteilt. Ob das Rechtskraftzeugnis zu Recht erteilt wurde, prüft der Notar nicht.
3. Der Käufer beabsichtigt, zur Finanzierung des Kaufpreises ein Grundpfandrecht gemäß Abschnitt (*Verweis auf Finanzierungsvollmacht und Mitwirkungsverpflichtung des Verkäufers*) unter Mitwirkung des Verkäufers zu bestellen. Der Käufer kann die Zahlung des Kaufpreises verweigern, solange ein Verfahren zur Genehmigung eines solchen Grundpfandrechts bei dem (Familien-/Betreuungs-/Nachlass-)Gericht läuft, oder wenn das Gericht die Genehmigung versagt.

(Genehmigung)

Zu dieser Niederschrift ist die Genehmigung des (Familien-/Betreuungs-/Nachlass-)Gerichts erforderlich. Der Notar wird von allen Vertragsteilen ermächtigt, sie diesbezüglich umfassend zu vertreten. Insbesondere ist der Notar ermächtigt, die Erteilung der Genehmigung anzuregen, die Genehmigung in Empfang zu nehmen, dem anderen Vertragsteil mitzuteilen und diese Mitteilung auch für den anderen Vertragsteil in Empfang zu nehmen, das Rechtskraftzeugnis zu beantragen, Rechtsmittelverzicht zu erklären und die Beteiligten in einem etwaigen Rechtsmittelverfahren umfassend zu vertreten.

Der Notar soll von der vorstehenden Vollmacht unverzüglich Gebrauch machen, sobald dies rechtlich möglich ist, es sei denn, ihm geht vorher eine anderweitige schriftliche Weisung des jeweils Vertretenen zu.

Diese Vollmacht ist auch dem Amtsnachfolger oder Vertreter des Notars erteilt. Die Beschränkungen des § 181 BGB gelten nicht. Der Käufer erteilt die Vollmacht über den Tod hinaus.

Die Aufforderung des Käufers zur Mitteilung, ob die Genehmigung erteilt sei, kann frühestens drei Monate nach Beurkundung dieses Vertrages ergehen.

Notar *Johannes Bolkart*, Straubing

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Johann Schmidlein, Lichtenfels, verstorben am 5. Februar 2011

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2011:

Notar Norbert Scheckenhofer, Lauf a. d. Pegnitz

Mit Wirkung vom 1.7.2011:

Notar Dr. Reinhard Sell, Würzburg

Notar Karl-Otto Zeier, Gräfenberg

Mit Wirkung vom 1.8.2011:

Notar Dr. Franz Schrödl, Fürstenfeldbruck

3. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.2.2011:

Notar Dr. Dr. Bernhard Seeger, Uffenheim

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2011:

| | |
|-----------|---|
| Landstuhl | dem Notarassessor Jens Schenkheld (bisher in Kaiserslautern Notarstellen Jacob/Dietrich) |
|-----------|---|

Mit Wirkung vom 1.3.2011:

| | |
|---------------------|--|
| Neumarkt i. d. Opf. | dem Notar a. D. Dr. Dr. Bernhard Seeger |
|---------------------|--|

Mit Wirkung vom 1.6.2011:

| | |
|---|--|
| München (in Sozietät mit Notar Dr. Joachim Schervier) | dem Notar Dr. Henning Schwarz (bisher in Passau) |
|---|--|

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2011:

Stefanie Tafelmeier, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Mit Wirkung vom 1.3.2011:

Benedikt Dremptic, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Dr. Florian Mächtel, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)

Sandra Wenger, Regensburg (Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Martin Stemmer, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Winkler/Stelzer), ab 1.1.2011 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessorin Dr. Brigitte Bauer, München (Notarstelle Dr. Krauß), ab 1.2.2011 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessorin Stefanie Huber, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.2.2011 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessor Stefan Wohrab, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.4.2011 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Christoph Koch, Würzburg, wurde mit Wirkung vom 19.5.2010 promoviert

Notarassessorin Cornelia Müller, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), scheidet zum 1.2.2011 aus

Notarassessor Ralph-Roman Bachner, Dachau (Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky), scheidet zum 1.3.2011 aus

Notarassessorin Katrin Leßniak, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Bräu), scheidet zum 1.3.2011 aus.

Oberinspektorin i. N. Eva Langer, München (Notarstelle Dr. Schaub), ab 1.1.2011 in Monheim (Notarstelle Dr. Jung)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberamtsrat i. N. Alois Brunn, Passau (Notarstellen Langnau/Pich), ab 1.3.2011 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hans Augenthaller, Kelheim (Notarstelle Benz), ab 1.4.2011 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Gerhard Weichselbaumer
Sendlinger-Tor-Platz 9, 80336 München

Schweinfurt, Notarstellen Muschel/Dr. Weiß
Mangasse 20 (ehem. Geno-Haus), 97421 Schweinfurt

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Elftes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

„Erbrecht und Vermögenssicherung“

Freitag, den 20.5.2011 in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

- | | | |
|-----------|---|---|
| 9.15 Uhr | Kaffee und Gebäck | |
| 9.45 Uhr | Begrüßung, Notar Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i> , Regen, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg | Tagungsleitung: Notar Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i> , Regen ca. 17.00 Uhr Ende |
| 9.55 Uhr | Grußwort, Notar a. D. Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i> , Ulm Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. | – anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung – (mit Neuwahlen) |
| 10.00 Uhr | Testament, Ausschlagung, Verzicht – Gestal- tungsinstrumente zugunsten Behinderter? <i>Roland Wendt</i> , Stv. Vorsitzender Richter, IV. Zivilsenat, Bundesgerichtshof anschließend Diskussion | Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnehme- bescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. |
| 11.00 Uhr | Innovative Wege zur Pflichtteilsminimierung? RAin Dr. <i>Gabriele Müller</i> , Leiterin des Referats Familien- und Erbrecht, DNotI, Würzburg, anschließend Diskussion | Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebeschei- nigung und Tagungsband): – 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV) – 185 € für Nichtmitglieder – 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechts- anwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung – frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben) |
| 12.00 Uhr | Vermögenssicherung durch Stiftung Dr. <i>Anatol Dutta</i> , M. Jur. (Oxon), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, anschließend Diskussion | |
| 13.00 Uhr | Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen) | Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notar- rechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2011“ bei der Bayerischen HypoVereins- bank AG Würzburg, BLZ 790 200 76, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. |
| 15.00 Uhr | Chancen und Risiken erbrechtlicher Planung und Beratung nach dem Vorschlag einer europäischen Verordnung über das internationale Erbrecht und das Euro- päische Nachlasszeugnis Prof. Dr. <i>Oliver Remien</i> , Universität Würzburg, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg, anschließend Diskussion | |
| 16.00 Uhr | Aktuelle erbschaftsteuerrechtliche Gestaltungsprobleme der notariellen Praxis Notar Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i> , Füssen, anschließend Diskussion | Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931 355760, Fax: 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de |

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare (Weiler) 5.3.2011 in Berlin 2. Intensivkurs Überlassungsvertrag (Geck, J. Mayer) 11.–12.3.2011 in Heusenstamm 3. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis (Wegerhoff) 31.3.2011 in Bochum 4. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung (Crezelius, Heckschen, Goette, Hoffmann-Becking, D. Mayer, Neye, Priester) 1.–2.4.2011 in Hamburg, Bucerius Law School 5. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Frenz, Blank, Block, Bormann, Diehn, Hügel, Krauß) 4.–9.4.2011 in Bochum | <ol style="list-style-type: none"> 6. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz) 15.4.2011 in Berlin 7. Update Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke) 5.5.2011 in Kiel 6.5.2011 in Bochum 8. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger) 12.5.2011 in Kiel |
|---|--|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO – Kommentar. 69. Aufl., Beck, 2011. 3 041 S., 148 € 2. Butzke: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. 5. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2011. 621 S., 129,95 € 3. Fassbender: Notariatskunde. 17. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2011. 947 S., 55 € 4. Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos: Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. 4. Aufl., Luchterhand, 2011. 1 750 S., 129 € 5. Frieser: Fachanwaltskommentar Erbrecht. 3. Aufl., Luchterhand, 2011. 134 €, 144 € inkl. MwSt. 6. Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht – Kommentar. Beck, 2011. 3 017 S., 248 € 7. Kilian/Sandkühler/vom Stein: Praxishandbuch Notarrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2011. 538 S., 69 € 8. Lerch: Beurkundungsgesetz. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 576 S., 69,80 € | <ol style="list-style-type: none"> 9. Müller: Beratung und Vertragsgestaltung im Familienrecht. 3. Aufl., C. F. Müller, 2011. 203 S., 69,95 € 10. Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 3. Aufl., ZAP, 2011. 1 338 S., 108 € + CD-ROM 11. Rotthege/Wassermann: Unternehmenskauf bei der GmbH. C. F. Müller, 2011. 637 S., 99,95 € 12. Saenger: ZPO – Kommentar. 4. Aufl., Nomos, 2011. 3 188 S., 89 € 13. Schulte: Die notarielle Fachprüfung im Handels- und Gesellschaftsrecht. Deutscher Notarverlag, 2011. 112 S., 39,90 € 14. Ulmer/Brandner/Hensen: AGB-Recht. 11. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 2 052 S., 159 € 15. Weingärtner/Gassen: DONot. 11. Aufl., Carl Heymanns, 2010. 688 S., 119 € 16. Wurm/Wagner/Zartmann: Das Rechtsformularbuch. 16. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 2 606 S., 139 € + CD-ROM |
|---|--|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F