

3 MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 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

Soutier: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil I) 181

Kölmel: Die Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses 190

Wartenburger: Steuerbefreiungen für Betriebsvermögen nach der Erbschaftsteuerreform – Neuere Entwicklungen 197

Tagungsberichte

Milger: (Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung 205

Rechtsprechung

Grundbuchberichtigung nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer GbR (OLG München, Beschluss vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10) 224

Grundbuchberichtigung nach Übertragung aller Gesellschaftsanteile an einer GbR auf einen Dritten (OLG München, Beschluss vom 11.10.2010, 27 Wx 52/10) 225 mit Anmerkung *Ruhwinkel* 226

Grundbuchlicher Vollzug bei Tausch von Garagen oder Kellerräumen (OLG München, Beschluss vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10) 229 mit Anmerkung *Grziwotz* 230

Sicherung eines Anspruchs des Versprechensempfängers auf Bestellung von Dienstbarkeiten für noch zu benennende Dritte (OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10) 231 mit Anmerkung *Preuß* 231

Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10) 245 mit Anmerkung *Müller* 246

Geschäftswert einer Stillhalteerklärung beim Erbbaurecht (OLG Hamm, Beschluss vom 8.4.2010, I-15 Wx 120/09) 253 mit Anmerkung *Strauß* 254

Notarbescheinigung zur Gesellschafterliste als gebührenfreies Nebengeschäft (OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.11.2010, 7 Wx 25/10) 256 mit Anmerkung *Diehn* 257

Vereinbarung der Verlustübernahme als Voraussetzung körperschaftsteuerlicher Organschaft (BFH, Beschluss vom 28.7.2010, I B 27/10) 260 mit Anmerkung *Stelzer* 261

Inhalt

Aufsätze

Soutier: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil I) **181**

Kölmel: Die Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses **190**

Wartenburger: Steuerbefreiungen für Betriebsvermögen nach der Erbschaftsteuerreform – Neuere Entwicklungen **197**

Tagungsberichte

Milger: (Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung **205**

Buchbesprechungen

Murray/Stürmer: The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation (*Pelikan*) **208**

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (*Haßelbeck*) **209**

Hügel: Grundbuchordnung (*Krafka*) **210**

Müller: Praktische Fragen des Wohnungseigentums (*Mickisch*) **211**

Abele/Klinger/Maulbetsch: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden (*Reimann*) **212**

Burandt/Rojahn: Erbrecht (*Dietz*) **213**

Weirich/Ivo: Erben und Vererben – Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge (*Gläser*) **214**

Schmidt-Kessel/Leutner/Müther: Handelsregisterrecht (*Weiler*) **214**

Spindler/Stilz: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 und Band 2 (*Terbrack*) **215**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags als Voraussetzung für das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts (BGH, Urteil vom 1.10.2010, V ZR 173/09) **216**
2. AGB-rechtliche Zulässigkeit eines Reservierungsentgelts beim Immobilienerwerb (BGH, Urteil vom 23.9.2010, III ZR 21/10) **216**
3. Beurkundungsbedürftigkeit eines Bauvertrages trotz Abschluss vor dem Grundstückskaufvertrag – Rücktrittsrecht steht rechtlicher Einheit nicht entgegen (BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08) **218**
mit Anmerkung *Blank* **219**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Anforderungen an den Nachweis der Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse einer erwerbenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverfahren (*nur Leitsatz*) (OLG Bamberg, Beschluss vom 9.2.2011, 3 W 176/10) **221**

Inhalt (Fortsetzung)

5. Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen an GbR-Anteilen
(OLG München, Beschluss vom 25.1.2011, 34 Wx 148/10) **221**
6. Nachweis von Existenz und Vertretungsbefugnis ausländischer juristischer Personen gegenüber dem Grundbuchamt
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.1.2011, 5 Wx 70/10) **222**
7. Grundbuchberichtigung nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer GbR
(OLG München, Beschluss vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10) **224**
8. Grundbuchberichtigung nach Übertragung aller Gesellschaftsanteile an einer GbR auf einen Dritten
(OLG München, Beschluss vom 11.10.2010, 27 Wx 52/10) **225**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **226**
9. Diskrepanz zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan
(OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 115/10) **228**
10. Grundbuchlicher Vollzug bei Tausch von Garagen oder Kellerräumen
(OLG München, Beschluss vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10) **229**
mit Anmerkung *Grziwotz* **230**
11. Sicherung eines Anspruchs des Versprechensempfängers auf Bestellung von Dienstbarkeiten für noch zu benennende Dritte
(OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10) **231**
mit Anmerkung *Preuß* **231**

Familienrecht

12. Ehebedingter Nachteil auch bei nicht einvernehmlicher Aufgabe des Arbeitsplatzes durch den Unterhaltsberechtigten
(BGH, Urteil vom 16.2.2011, XII ZR 108/09) **232**
13. Bemessung des ehebedingten Nachteils und Darlegungslast bei der Begrenzung des nachehelichen Unterhalts
(BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 53/09) **234**
14. Keine familiengerichtliche Genehmigung bei Vollzug der Bestellung eines Quotennießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen
(OLG München, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11) **238**
15. Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers zur Erfüllung eines Vermächtnisses zugunsten eines Minderjähriger, dessen Elternteil zugleich Erbe ist
(OLG München, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 18/11) **239**
16. Vertretung eines minderjährigen Kindes durch seine Eltern im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.12.2010, 9 UF 61/10) **240**
17. Betreuungsgerichtliche Genehmigung bei der Eigentümerzustimmung für die Löschung einer Hypothek
(OLG Hamm, Beschluss vom 25.10.2010, I-15 W 334/10) **242**

Inhalt (Fortsetzung)

Erbrecht

18. Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Abkömmlings
(KG, Beschluss vom 29.6.2010, 1 W 161/10) **243**
19. Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis
(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10) **245**
mit Anmerkung *Müller* **246**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

20. Hinterlegungsbestimmungen nach alter Rechtslage in der Satzung einer AG
(OLG München, Urteil vom 22.12.2010, 7 U 2251/10) **247**
21. Handelsregisteranmeldung durch Testamentsvollstrecker (*nur Leitsatz*)
(OLG Hamm, Beschluss vom 10.12.2010, I-15 W 636/10) **248**
22. Vereinfachte Kapitalherabsetzung (*nur Leitsatz*)
(OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2010, I-15 W 191/10) **248**
23. Nichtigkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung
(OLG München, Urteil vom 11.11.2010, U (K) 2143/10) **248**
24. Befreiung von § 181 BGB im Musterprotokoll gilt nur für den Gründungsgeschäftsführer
(OLG Hamm, Beschluss vom 4.11.2010, I-15 W 436/10) **249**
25. Individualisierung des Unternehmensgegenstands
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.10.2010, I-3 Wx 231/10) **250**
26. Nachweis der Existenz und Vertretungsverhältnisse einer Kommanditgesellschaft in Gründung beim Grundstückserwerb
(OLG Hamm, Beschluss vom 19.2.2010, I-15 W 201 + 202/10) **252**

Kostenrecht

27. Geschäftswert einer Stillhalteerklärung beim Erbbaurecht
(OLG Hamm, Beschluss vom 8.4.2010, I-15 Wx 120/09) **253**
mit Anmerkung *Strauß* **254**
28. Notarbescheinigung zur Gesellschafterliste als gebührenfreies Nebengeschäft
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.11.2010, 7 Wx 25/10) **256**
mit Anmerkung *Diehn* **257**

Steuerrecht

29. Vereinbarung der Verlustübernahme als Voraussetzung körperschaftsteuerlicher Organschaft
(BFH, Beschluss vom 28.7.2010, I B 27/10) **257**
30. Vereinbarung der Verlustübernahme bei körperschaftsteuerlicher Organschaft – Änderung und Richtigstellung des Senatsbeschlusses vom 28.7.2010
(BFH, Beschluss vom 15.9.2010, I B 27/10) **260**
mit Anmerkung *Stelzer* **261**

Standesnachrichten 263

Sonstiges III

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 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

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

Von Notarassessor *Martin Soutier*, München

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der „Umschreibung von Vollstreckungsklauseln“ oder genauer gesagt mit den Auswirkungen von Rechtsnachfolgetatbeständen auf bereits erteilte Vollstreckungsklauseln bei vollstreckbaren notariellen Urkunden. Er will dabei in erster Linie dem in der Praxis tätigen Sachbearbeiter oder Notar eine möglichst konkrete Hilfestellung geben. Insoweit wendet er sich zum einen an den in diesem Bereich noch wenig erfahrenen Leser, der sich über das Thema einen Überblick verschaffen möchte. Zum anderen soll aber gerade auch dem bereits routinierten Praktiker eine Anleitung für den bei seiner Tätigkeit auftretenden Spezialfall an die Hand gegeben werden.

Die Ausführungen beziehen sich daher soweit möglich auf konkrete Sachverhalte und Lösungsvorschläge. Auf eine Auseinandersetzung mit den dogmatischen Hintergründen des Klauselerteilungsverfahrens wurde hingegen weitgehend verzichtet. Der Leser möge dem Verfasser insoweit eine gewisse „Unwissenschaftlichkeit“ verzeihen; allerdings hätten solch theoretische Ausführungen den Umfang des Beitrags zusätzlich aufgebläht und wären dessen Konzept – eine möglichst übersichtliche Anleitung für den Praktiker zu präsentieren – eher abträglich als förderlich gewesen. Dem wissenschaftlich interessierten Leser seien daher zur zusätzlichen Lektüre die in diesem Aufsatz zitierten Lehrbücher und Kommentare – allen voran *Wolfsteiners* „Die vollstreckbare Urkunde“ – ans Herz gelegt.

A. Vorbemerkung

Der Beitrag ist in seinem Hauptteil in insgesamt fünf Kapitel gegliedert, entsprechend den verschiedenen Rechtsgebieten, aus denen sich Rechtsnachfolgetatbestände ergeben können. Im ersten Teil (vgl. hierzu lit. B) werden solche Tatbestände dargestellt, die auf einem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft beruhen. Hier sind insbesondere die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle der Abtretung durch den Gläubiger sowie die Übernahme einer Grundschuld durch den Erwerber eines Grundstücks zu nennen. Im Folgenden widmet sich der Beitrag sodann der kraft Gesetzes eintretenden Rechtsnachfolge. Solche Fälle finden sich insbesondere im Erbrecht in großer Zahl (vgl. hierzu lit. C.). Auch das Handels- und Gesellschaftsrecht beinhaltet viele Rechtsnachfolgetatbestände, mit denen sich der Notar bei einer Klauselumschreibung beschäftigen muss (vgl. hierzu lit. D.). Im Anschluss hieran wird noch das Insolvenzrecht als gesonderter Punkt E. behandelt. Alle sonstigen Fälle eines gesetzlichen Forderungsübergangs werden in einem abschließenden Kapitel F. dargestellt.

Innerhalb der einzelnen Kapitel sind die einschlägigen Rechtsnachfolgetatbestände wie folgt aufgebaut:

1. Sachverhalt

Zunächst ist ein möglicher Sachverhalt des Tatbestands beschrieben. Hierdurch sollen die Ausführungen veranschaulicht werden und der Leser die Möglichkeit erhalten, Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede zu anderen Fallgestaltungen zu erkennen.

2. Besonderheiten

Anschließend sind unter neuer arabischer Ziffer Besonderheiten bzw. mögliche Probleme des Tatbestands in der gebotenen Kürze dargestellt. Hierbei wird insbesondere auf mögliche Verwechslungsgefahren oder Meinungsstreitigkeiten eingegangen.

3. Nachweise

Als Drittes werden die für die begehrte Klauselumschreibung notwendigen Nachweise und deren erforderliche Form aufgezählt. Insbesondere auf diesen Punkt muss der Praktiker ein besonderes Augenmerk richten. Gemäß §§ 727, 797 Abs. 2 ZPO darf der Notar die Vollstreckungsklausel nur umschrei-

ben, wenn die Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.

Offenkundigkeit in diesem Sinne ist nach wohl überwiegender Ansicht nicht völlig identisch mit demselben Begriff in § 291 ZPO, vielmehr können im Klauselerteilungsverfahren nur solche Tatsachen als offenkundig gelten, die auch dem Schuldner frei zugänglich sind und nach der Zustellung der Klausel seiner Nachprüfung offen stehen.¹ Dazu gehören nach ganz herrschender Meinung in amtlichen Mitteilungsblättern veröffentlichte Gesetze² sowie der Inhalt des Grundbuchs.³ Umstritten ist das Vorliegen von Offenkundigkeit bei Handelsregistereintragungen. Zwar werden auch diese gemäß § 10 HGB veröffentlicht und sind gemäß § 9 HGB einsehbar. Indes wird als Gegenargument § 32 GBO angeführt, wonach die Vertretungsberechtigung einer Handelsgesellschaft gegenüber dem Grundbuchamt abweichend von § 29 GBO nicht nur mit öffentlichen Urkunden, sondern auch mit einem beglaubigten Handelsregisterauszug bewiesen werden kann. Diese Regelung hätte keinen Sinn, wenn die Handelsregistereintragung bereits eine offenkundige Tatsache wäre.⁴ Dem vorsichtigen Notar ist daher im Klauselerteilungsverfahren zum selben Prozedere wie im Grundbuchverfahren zu raten: entweder er fügt einen beglaubigten Handelsregisterauszug oder eine Notarbescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 BNotO bei.⁵

Ist keine Offenkundigkeit gegeben, gilt der strenge Urkundenbeweis durch öffentliche Urkunden. Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist in § 415 ZPO legaldefiniert, die öffentliche Beglaubigung ist in §§ 129 BGB, 40 ff. BeurkG geregelt. Lange Zeit umstritten war schließlich die Frage, ob ein Urkundenbeweis entbehrlich ist, wenn der Titelschuldner die behauptete Rechtsnachfolge zugesteht. Bei einer Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite hat der BGH entschieden, dass ein ausdrückliches (!) Zugeständnis von Schuldner und Altgläubiger für eine Klauselumschreibung auf den Neugläubiger ausreichend sind.⁶ Der Fall einer Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite wurde – soweit ersichtlich – bisher nicht obergerichtlich entschieden. Jedoch spricht sich auch hier mittlerweile die überwiegende Meinung in der Literatur dafür aus, dass ein im Rahmen einer Anhörung gemäß § 730 ZPO vom Schuldner abgegebenes Anerkenntnis ausreichend sein dürfte, soweit dieser über den Titelgegenstand verfügungsbefugt ist.⁷

Liegen die notwendigen Nachweise nicht oder nicht in der erforderlichen Form vor, so muss der Notar die Klauselumschreibung verweigern. Freilich wird der Notar in der Praxis vor einer endgültigen Zurückweisung des Antrags auf Klauselumschreibung in der Regel den Antragsteller zunächst auf die noch fehlenden Nachweise aufmerksam machen und ihn auffordern, diese nachzureichen. Zu diesem Zweck kennt das Gesetz eine Reihe von Hilfsvorschriften für den Titelgläubiger, mit denen dieser die erforderlichen Nachweisurkunden selbst beantragen kann: Gemäß § 792 ZPO kann der Gläubiger etwa die Erteilung eines Erbscheins oder einer anderen Urkunde anstelle des Schuldners verlangen, wenn er diese für Zwecke der Zwangsversteigerung benötigt. Zu den „anderen Urkunden“ in diesem Sinne zählen z. B. Testamentsvoll-

streckzeugnisse sowie Zeugnisse über die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft mit dem überlebenden Ehegatten gemäß § 1507 BGB.⁸ Gemäß § 357 Abs. 2 FamFG kann der Titelgläubiger die Erteilung einer weiteren Ausfertigung eines bereits dem Schuldner erteilten Erbscheins oder der sonstigen vorgenannten Zeugnisse verlangen, weil er aufgrund seiner Vollstreckungsabsicht ein „rechtliches Interesse“ im Sinne der Vorschrift glaubhaft machen kann.⁹ Weiterhin hat der Titelgläubiger aufgrund seiner dargestellten Situation auch ein „berechtigtes Interesse“ i. S. v. § 13 Abs. 3 FamFG bzw. § 12 Abs. 2 GBO und hat daher Anspruch auf beglaubigte Abschriften von Gerichtsakten bzw. Grundbuchauszügen.¹⁰ Schließlich kann bei der Abtretung einer hypothekengesicherten Forderung der Zessionar vom Zedenten gemäß § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung verlangen.

Dennoch gibt es Situationen, in denen keine Hilfsnorm eingreift und der Antragsteller daher die behauptete Rechtsnachfolge nicht in der erforderlichen Form nachweisen kann.

Beispiel:

S hat sich in einer notariellen Urkunde dem G1 gegenüber zur Zahlung einer Geldsumme x verpflichtet und sich wegen dieser Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen unterworfen. G1 tritt diese Forderung privatschriftlich an G2 ab. G2 beantragt nunmehr die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von G1 an ihn selbst.

Da die Abtretung nur privatschriftlich erfolgt ist, kann G2 diese nicht in der für § 727 ZPO erforderlichen Form nachweisen. Es besteht auch kein Anspruch gegen G1 auf nachträgliche Beglaubigung der Abtretung. § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB greift mangels Vorliegen einer Hypothek bzw. Grundschuld nicht ein. Gerade aus der Existenz dieser Norm folgt jedoch, dass ein allgemeiner Anspruch gemäß § 242 BGB auf nachträgliche Beglaubigung nicht besteht. Selbst wenn man im Einzelfall eine solche vertragliche Nebenpflicht anerkennen möchte, kann der Anspruch in der Praxis wertlos sein, weil der Altgläubiger nicht mehr greifbar ist.

In diesem Fall bleibt dem Titelgläubiger nur, anstelle des einfachen Antrags auf Klauselumschreibung deren Erteilung im Wege der Klage gemäß §§ 731, 797 Abs. 5 ZPO geltend zu machen. In diesem Verfahren gelten die Beweismittelbeschränkungen des § 727 ZPO nicht, vielmehr kann der Kläger sämtliche Beweismittel der ZPO nutzen. Das Vorliegen der Abtretung aus dem Beispielfall könnte daher auch durch eine Privaturkunde gemäß § 416 ZPO oder eine Zeugenaussage bewiesen werden. Die Klage nach § 731 ZPO ersetzt hingegen die Klauselerteilung selbst nicht, sondern weist die zuständige Stelle – bei vollstreckbaren notariellen Urkunden also den Notar – nur verbindlich an, diese nunmehr vorzunehmen.¹¹

Somit lässt sich festhalten, dass der Notar den Umfang der im konkreten Fall bestehenden Nachweispflichten genau kennen und prüfen muss. Erteilt er die Vollstreckungsklausel, obwohl die erforderlichen Nachweisurkunden fehlen, begeht er eine Amtspflichtverletzung und haftet möglicherweise.¹² Dasselbe gilt allerdings, wenn er die Erteilung der beantragten Vollstreckungsklausel zu Unrecht verweigert.

¹ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 46.50; a. A. wohl Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 727 Rdnr. 20.

² Vgl. Wolfsteiner a. a. O.

³ Wolfsteiner, Rdnr. 46.55.

⁴ DNotI-Report 1998, 177, 179.

⁵ Scheel, NotBZ 2000, 45, 50.

⁶ Vgl. BGH, DNotZ 2005, 917.

⁷ Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 20 m. w. N.

⁸ Thomas/Putzo, ZPO, § 792 Rdnr. 1.

⁹ KG, DNotZ 1978, 425 zur wortlautgleichen Vorgängernorm § 85 Abs. 1 FGG.

¹⁰ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 525.

¹¹ Thomas/Putzo, ZPO, § 732 Rdnr. 2.

¹² MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 724 Rdnr. 47.

Deshalb sollte der Notar bei unzureichendem Nachweis der Rechtsnachfolge zunächst dem Antragsteller seine Rechtsansicht mitteilen und um entsprechende Behebung – evtl. unter Hinweis auf bestehende Hilfsansprüche – bitten. Soweit jener jedoch die erforderlichen Nachweisurkunden nicht beschaffen kann oder will, muss der Notar den Antrag zurückweisen. Der abschlägig verbeschiedene Antragsteller hat sodann zwei Möglichkeiten: schließt er sich nunmehr der Auffassung des Notars an, dass die erforderlichen Nachweisurkunden nicht vorlagen, kann er diese aber auch nicht beschaffen, muss er wie dargestellt Klage nach § 731 ZPO erheben. Ist er jedoch der Auffassung, dass die Ablehnung der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar zu Unrecht erfolgt ist, so steht ihm die Beschwerde gemäß § 54 Abs. 2 BeurkG i. V. m. §§ 58 ff. FamFG zu. Wegen des Verweises in § 54 Abs. 2 BeurkG auf § 63 FamFG und die darin enthaltene Beschwerdefrist sollte der Notar darauf achten, die Ablehnung der Klauselumschreibung dem Antragsteller durch förmlichen Beschluss samt Rechtsbehelfsbelehrung gemäß § 39 FamFG zuzustellen, um die Frist in Lauf zu setzen.¹³

Eine entsprechende Entscheidung könnte wie folgt lauten:

<p>Beschluss:</p> <p>Der Antrag vom (...) wird hiermit zurückgewiesen.</p> <p>Begründung:</p> <p>Sie haben (evtl. als gemäß § 10 Abs. 1 oder 2 FamFG zugelassener Bevollmächtigter für den Gläubiger) mit Schreiben vom (...) die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung meiner Urkunde vom (...), Urkundenrollennummer (...) beantragt.</p> <p>Für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bin ich gemäß § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO zuständig. Diese darf gemäß §§ 795, 727 ZPO aber nur erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.</p> <p>Demnach bedarf es hier eines Nachweises des folgenden Rechtsnachfolgetatbestands: (...). Dieser Vorgang ist weder offenkundig noch wurde er durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen. Daher muss ich Ihren Antrag leider zurückweisen.</p> <p>Rechtsbehelfsbelehrung:</p> <p>Gegen diesen Beschluss kann nach § 54 BeurkG Beschwerde eingelegt werden. Die Beschwerde ist bei meiner Amtsstelle durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift einzulegen. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Sie ist von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen. Die Beschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat ab schriftlicher Bekanntgabe dieses Beschlusses einzulegen.</p>

4. Formulierungsvorschlag

Nach der Wiedergabe der erforderlichen Nachweise enthalten die Darstellungen zu den einzelnen Rechtsnachfolgetatbeständen als vierten und abschließenden Punkt einen Formulierungsvorschlag für eine entsprechende Klauselerteilung. Diese sollen selbstverständlich nur als Anregung verstanden werden und bedürfen stets einer Überprüfung auf Kompatibilität im Einzelfall. Nicht alle im Einzelfall womöglich auftretenden Besonderheiten können darin berücksichtigt werden.

¹³ Vgl. *Heinemann*, FamFG für Notare, 1. Aufl. 2009, Rdnr. 598.

Grundsätzlich gehen die Formulierungen von folgendem Muster aus:

a) Einziehung der bisherigen Vollstreckungsklausel

Der Notar muss sich bei Erteilung einer neuen Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger (und um nichts anderes handelt es sich bei der „Umschreibung“ einer solchen) zunächst über das Verhältnis zu einer bereits erteilten Klausel Gedanken machen. In der Regel ist die alte Vollstreckungsklausel in dem Umfang aufzuheben bzw. einzuziehen, wie eine Neuerteilung beantragt wurde. Der Grund hierfür liegt in § 733 ZPO: Zum Schutz des Schuldners vor der Gefahr einer Doppelvollstreckung sollen grundsätzlich nicht mehrere vollstreckbare Ausfertigungen für den gleichen vollstreckbaren Anspruch bestehen.¹⁴ Soll ausnahmsweise eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, so hat hierüber nicht der Notar, sondern gemäß §§ 797 Abs. 3, 733 ZPO das örtlich zuständige AG zu entscheiden.

b) Neuerteilung der Vollstreckungsklausel

An dieser Stelle ist sodann die eigentliche Neuerteilung der Vollstreckungsklausel unter Beachtung von § 725 ZPO zu formulieren. Eine Bezeichnung des Anspruchs bzw. des Gläubigers oder Schuldners und deren Anteilsverhältnis ist dann notwendig, wenn es sich nur um eine Teilforderung handelt oder wenn eine Mehrheit von Gläubigern bzw. Schuldnern vorliegt.¹⁵

c) Feststellungen/Gründe

Da der Notar bei der Klauselerteilung für eine vollstreckbare Urkunde eine Funktion wahrnimmt, die bei sonstigen Vollstreckungstiteln den Gerichten zugewiesen ist, sollte er wie diese seine Entscheidung begründen. Hierin hat er seine Feststellungen hinsichtlich der behaupteten Rechtsnachfolge wiederzugeben und darzulegen, in welcher Form der Nachweis hierfür geliefert wurde. Soweit der Nachweis durch Urkunden geführt ist, müssen gemäß § 750 Abs. 2 ZPO auch diese in Abschrift dem Schuldner zugestellt werden, damit die Zwangsvollstreckung beginnen kann. Es empfiehlt sich daher, der vollstreckbaren Ausfertigung eine beglaubigte Abschrift der Nachweisurkunden beizufügen.¹⁶ Schließlich sollte der Notar etwa bestehende Besonderheiten der neu erteilten Klausel, wie etwa das Haftungsverhältnis mehrerer Schuldner usw. begründen.

B. Rechtsgeschäftliche Nachfolgetatbestände

In dem folgenden Kapitel werden zunächst diejenigen Tatbestände erläutert, bei denen die Rechtsnachfolge aufgrund eines Rechtsgeschäfts eintritt. Zunächst wird dabei auf Rechtsnachfolgetatbestände auf Gläubigerseite eingegangen (Ziffern I.–IV.), anschließend auf solche der Schuldnerseite (Ziffern V.–VII.).

I. Die Abtretung einer Forderung

1. Der Gläubiger G1 einer vollstreckbaren Urkunde hat seinen titulierten Anspruch ganz (bzw. einen Teilbetrag hiervon) an G2 abgetreten. Dieser beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich selbst.

2. Die Abtretung gemäß § 398 BGB ist der Standardfall einer rechtsgeschäftlichen Einzelrechtsnachfolge. Somit kann

¹⁴ *Thomas/Putzo*, § 733 Rdnr. 1.

¹⁵ *Zöller/Stöber*, § 725 Rdnr. 1.

¹⁶ *Wolfsteiner*, Rdnr. 46.47.

die Klausel gemäß § 727 ZPO ohne weiteres auf den Zessionar umgeschrieben werden. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf indes der Fall, in dem von mehreren titulierten Ansprüchen nur einzelne abgetreten werden oder wenn der Gläubiger von seiner Forderung nur einen Teilbetrag abtritt. Die Klausel darf dann nur in diesem Umfang „umgeschrieben“ werden. Hierzu hebt der Notar die dem Zedenten bereits erteilte Vollstreckungsklausel teilweise auf und erteilt dem Zessionar insoweit eine neue vollstreckbare Ausfertigung. Diese stellt aber richtigerweise keine weitere Ausfertigung i. S. v. § 733 ZPO dar, weil der Titelumfang insgesamt nicht erweitert wird.¹⁷ Weiterhin ist darauf zu achten, ob es sich tatsächlich um eine Abtretung, d. h. um eine Übertragung der Forderung selbst handelt und nicht nur um eine Ermächtigung zur Einziehung der fremden Forderung, vgl. hierzu sogleich Ziffer B. II.

3. Der Antragsteller muss die Abtretung in der Form des § 727 ZPO nachweisen. Wurde der Abtretungsvertrag nicht notariell beurkundet, so muss die Abtretungserklärung zumindest öffentlich beglaubigt sein oder von einer selbst siegelführenden Behörde oder Anstalt (z. B. Sparkasse) stammen. Dabei besteht nach soweit ersichtlich allgemeiner Meinung eine Beweiserleichterung insoweit, als dass der Zessionar G2 zur Klauselumschreibung nur die beglaubigte Abtretungserklärung des Zedenten G1 vorlegen muss.¹⁸ Obwohl die Abtretung als Vertrag erst durch Annahme zustande kommt, wird der Nachweis der Annahmeerklärung und deren Zugang beim Zedenten für entbehrlich gehalten, weil dies jedenfalls ein Fall des § 151 BGB sei und der Zessionar mit seinem Antrag auf Klauselumschreibung erkennen lasse, dass er das Angebot angenommen habe.¹⁹

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird (hinsichtlich eines Teilbetrages von [...]) aufgehoben.

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G2) als Gläubiger (hinsichtlich eines Teilbetrags von [...]) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der Gläubiger (G1) hat die titulierte Forderung (bzw. einen Teilbetrag hieraus/einen einzelnen der titulierten Ansprüche) an G2 abgetreten. Dies ist nachgewiesen durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des Notars (...) vom (...), URNr. (...), welche dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

II. Die (isolierte) Vollstreckungsstandschaft

1. Der Gläubiger G einer vollstreckbaren Urkunde möchte die Vollstreckung gegen den Schuldner S nicht selbst vornehmen. Er beauftragt daher den Dritten D in öffentlich beglaubigter Form, seine Forderung im eigenen Namen einzuziehen. D beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von G auf sich.

2. Im Unterschied zur Abtretung wechselt bei der Einziehungsermächtigung der Inhaber der Forderung nicht. Der Ermächtigte handelt zwar im eigenen Namen (Unterschied zur Vertretung), macht aber eine für ihn fremde Forderung geltend. Tritt diese Konstellation (Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen) nicht im Rahmen einer

gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auf (sog. gewillkürte Prozessstandschaft), sondern erst nach Vorliegen eines Titels für den wahren Forderungsinhaber im Vollstreckungsverfahren (sog. Vollstreckungsstandschaft), stellt sich die Frage, ob die Klausel gemäß § 727 ZPO (analog) umgeschrieben werden kann.

Der BGH und ihm folgend die wohl herrschende Lehre lehnen dies ab, da die Ermächtigung eben gerade keine materiellrechtliche Rechtsnachfolge der Forderung nach sich ziehe und für die Konstruktion der isolierten Vollstreckungsstandschaft kein anerkanntes Bedürfnis bestehe.²⁰ Teile der Rechtsprechung und der Literatur wollen sie hingegen mit teils beachtlichen Argumenten zulassen.²¹ Angesichts der bestehenden obergerichtlichen Rechtsprechung kann dem Praktiker aber nicht geraten werden, dieser Ansicht zu folgen und die Klausel umzuschreiben.²² Vielmehr sollte er dem Antragsteller empfehlen, die Einziehungsermächtigung durch eine treuhänderische Abtretung zu ersetzen.

III. Der Nießbraucher

1. G ist Gläubiger eines vollstreckbaren Anspruchs. Er stellt dem N an der Forderung ein Nießbrauchsrecht. Daraufhin beantragt N die Umschreibung der Klausel auf sich selbst.

2. Der Nießbrauch an Rechten gemäß § 1068 BGB spielt in der Praxis vor allem im Zusammenhang mit einem Unternehmensnießbrauch eine Rolle. Gehört zu den vom Nießbrauch umfassten Rechten ein titulierter Anspruch, geht die Einziehungsbefugnis auf den Nießbraucher über (§ 1074 BGB). Aus diesem Grund wird befürwortet, dass die Vollstreckungsklausel gemäß § 727 ZPO auf diesen umgeschrieben werden kann.²³ Diese Ansicht verwundert nach den vorstehenden Ausführungen zur isolierten Vollstreckungsstandschaft gemäß Ziffer B. II. zunächst, weil in beiden Fällen keine echte Rechtsnachfolge gegeben ist. Genau wie bei einer reinen Einziehungsermächtigung ordnet § 1074 BGB nämlich keinen Forderungsübergang an, sondern nur einen Übergang der Einziehungsbefugnis.

Die Ansicht, die den Nießbrauch an einer Forderung dennoch als vollstreckungsrechtliche Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO versteht, ist allerdings überzeugend. Denn zum einen erwirbt der Nießbraucher – anders als der nur schuldrechtlich zur Einziehung Ermächtigte – ein dingliches, wenn auch „minderes“,²⁴ d. h. beschränkt dingliches Recht an der Forderung. Zum anderen verliert der Forderungsinhaber gemäß §§ 1074, 1070 BGB sein Einziehungsrecht,²⁵ während er es bei der Einziehungsermächtigung behält. Wenn aber nur noch der Nießbraucher zur Einziehung berechtigt ist, so muss ihm dies auch vollstreckungsrechtlich durch Umschreibung des Titels ermöglicht werden.

3. und 4.: Hier gelten Ziffern B. I. 3. und 4. zur Abtretung entsprechend.

IV. Die Abtretung einer Grundschuld

1. S hat zugunsten der A-Bank eine Grundschuld an seinem Grundstück bestellt und sich in der notariellen Urkunde sowohl

¹⁷ Scheel, NotBZ 2001, 248, 250.

¹⁸ BGH, NJW 1969, 567; Scheel, NotBZ 2001, 248, 251.

¹⁹ BGH, NJW 1969, 567, 568.

²⁰ BGHZ 92, 347 ff.; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 724 Rdnr. 24; Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 13.

²¹ OLG Dresden, NJW-RR 1996, 444; Scherer, RPfleger 1995, 89; Scheel, NotBZ 2001, 248, 257.

²² Ebenso Scheel, NotBZ 2001, 248, 257.

²³ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 24.

²⁴ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 24.

²⁵ Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2009, § 1074 Rdnr. 2.

in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Nach Eintragung der Grundschuld im Grundbuch tritt die A-Bank diese wirksam an die B-Bank ab. Die B-Bank beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von der A-Bank auf sich selbst.

2. Die Abtretung einer Grundschuld stellt an sich ohne weiteres einen Rechtsnachfolgetatbestand auf Gläubigerseite gemäß § 727 ZPO dar. Neben den Nachweisproblemen (vgl. hierzu sogleich IV. 3.) ist jedoch zu beachten, dass die dingliche Haftung aufgrund der Grundschuld und die persönliche Haftung aufgrund des Schuldanerkenntnisses nach § 780 BGB zwei unabhängige Ansprüche des Gläubigers bilden. Es ist somit die Reichweite der Abtretungserklärung genau zu prüfen. Bezieht sich diese nur auf die dingliche Haftung und nicht ausdrücklich auch auf die persönliche Haftung des Schuldners, darf die Klausel nur teilweise umgeschrieben werden. Dies stellt wie bei der teilweisen Abtretung einer Forderung kein Problem des § 733 ZPO dar, vgl. oben Ziffer B. I. 2. Gleiches gilt, wenn die Grundschuld selbst nur teilweise bzw. nur einzelne Zinsraten abgetreten werden. Besonderheiten bestehen hierbei nur, wenn eine Rangbestimmung hinsichtlich des abgetretenen Teils getroffen wurde. Diese ist bei der Klauselumschreibung zu erwähnen.²⁶

3. Zunächst ist die Abtretung der Grundschuld (und evtl. auch der Ansprüche aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis) in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen. Bei der Buchgrundschuld setzt die Übertragung die Eintragung im Grundbuch voraus. Ein Grundbuchsatz ist daher als Nachweis notwendig, wegen § 891 BGB aber auch ausreichend, d. h. es muss nicht noch zusätzlich die Abtretungserklärung selbst vorgelegt werden. Dies gilt aber nur für die Grundschuld selbst. Die Abtretung der Ansprüche aus dem Schuldanerkenntnis ist hingegen gesondert nachzuweisen, vgl. Ziffer B. I. 3. Bei der Briefgrundschuld kann die Abtretung auch ohne Grundbucheintrag durch schriftliche Abtretungserklärung gemäß §§ 1154, 1192 BGB und Briefübergabe vorgenommen werden. In diesem Fall ist die Vorlage der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung notwendig. Hierbei kommen der Praxis zwei Vereinfachungen zugute: Zum einen lässt die ganz herrschende Meinung wie bei der Abtretung einer Forderung (vgl. oben Ziffer B. I. 3.) die Vorlage der Abtretungserklärung des Zedenten genügen,²⁷ obwohl die Abtretung als Vertrag an sich erst mit Annahme durch den Zessionar wirksam wird. Zum anderen soll nach wohl überwiegender Ansicht auch die Vorlage des Grundschuldbriefs durch den Gläubiger nicht notwendig sein, weil dieser gemäß § 1160 BGB erst bei Geltendmachung des Grundpfandrechts und somit nicht schon im Klauselverfahren verlangt werden könne.²⁸

Seit dem Urteil des BGH vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, MittBayNot 2010, 378 besteht Unsicherheit über die Notwendigkeit weiterer Nachweise in dieser Fallgruppe. Der BGH hat bekanntlich entschieden, dass eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den neuen Grundschuldgläubiger grundsätzlich nur zulässig sei, wenn dieser auch in den Sicherungsvertrag eintrete und dies in der Form des § 727 ZPO nachgewiesen sei. Die Reichweite dieser Anforderungen ist derzeit aber noch nicht endgültig geklärt. Dieser Beitrag kann sich aus Platzgründen nicht mit allen zu diesem Thema er-

schiedenen Meinungen auseinandersetzen.²⁹ Im Folgenden sollen nur die für den Praktiker wichtigsten Aspekte noch einmal zusammenfassend dargestellt werden.

Es ist zunächst noch ungeklärt, für welche Fälle die Anforderungen des BGH überhaupt Geltung beanspruchen. Zum einen wird der zeitliche Anwendungsbereich dieser Rechtsprechung diskutiert. Durch die Einführung des § 1192 Abs. 1 a BGB durch das Risikobegrenzungs-gesetz im Jahre 2008 wurde ein gutgläubig einredefreier Erwerb des Grundschuldenerwerbers ausgeschlossen. Der Eigentümer muss bei einer Sicherung Grundschuld seither grundsätzlich keine Verschlechterung seiner Rechtsposition durch die Abtretung befürchten. Da der Schutz des Sicherungsgebers gerade Grundlage der Entscheidung des BGH war, wird überwiegend vertreten, dass für sog. Neufälle ab Geltung des § 1192 Abs. 1 a BGB kein besonderer Nachweis bezüglich eines Eintritts in den Sicherungsvertrag erforderlich sei.³⁰ Ein „Neufall“ in diesem Sinne liege vor, wenn die Grundschuldbestellung erst nach dem 19.8.2008 erfolgt sei oder eine Buchgrundschuld vorliege und diese zwar vor dem 19.8.2008 bestellt, aber ausweislich des Grundbuchs erst nach diesem Datum erstmals abgetreten wurde.³¹ Die Beschränkung der BGH-Rechtsprechung auf Altfälle ist allerdings nicht unumstritten.³²

Weiterhin wird versucht, die im Urteil des BGH aufgestellten Anforderungen in sachlicher Hinsicht einzuschränken. Der Entscheidung des BGH lag ein Forderungskauf zugrunde. In dieser Konstellation ist der Eigentümer schutzwürdig, da er nicht an der Rechtsnachfolge beteiligt zu werden braucht. In der Praxis erfolgen Grundschuldabtretungen durch Banken allerdings oft auf Initiative des Schuldners, z. B. bei Neuvaluierungen oder Umschuldungen. Es ist demnach ungeklärt, ob auch in diesen Fällen der Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag bzw. der Abschluss eines neuen Sicherungsvertrags in der Form des § 727 ZPO nachgewiesen werden muss. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass der Notar im Klauselverfahren den wirtschaftlichen Hintergrund einer Grundschuldabtretung weder prüfen könne noch müsse und daher stets die Grundsätze des BGH zu beachten habe.³³ Einige unterinstanzliche Entscheidungen verneinen hingegen die Anwendbarkeit der BGH-Rechtsprechung auf Umschuldungsfälle, wenn die klauselumschreibende Stelle Kenntnis vom zugrundeliegenden Sachverhalt habe.³⁴ Dem ist nach Sinn und Zweck der BGH-Rechtsprechung (Verbraucherschutz nur da, wo er nötig ist) grundsätzlich zuzustimmen. Die Anhörungsmöglichkeit des Schuldners gemäß § 730 ZPO stellt auch eine dogmatische Grundlage für die Erforschung des Sachverhalts durch den Notar dar. Allerdings begründet § 730 ZPO keine Nachforschungspflicht des Notars. Ohne konkrete Anhaltspunkte muss dieser nicht beim Schuldner nachfragen, ob ein Umschuldungsfall vorliegt. Der BGH wird die Frage wahrscheinlich in einem derzeit anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren in Kürze klären. Bis dahin wird der vor-

²⁶ Beispiel bei *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2066.

²⁷ *Scheel*, NotBZ 2001, 248, 251 m. w. N.

²⁸ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2063; *Wolfsteiner*, Rdnr. 46.83.; a. A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 711.

²⁹ Vgl. dazu etwa *Volmer*, MittBayNot 2010, 383; *Herrler*, BB 2010, 1931; DNotI-Report 2010, 93; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483; *Stavorinus*, NotBZ 2010, 281; zu den kostenrechtlichen Aspekten *Sikora*, DNotZ 2010, 585 ff.

³⁰ *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 379; DNotI-Report 2010, 93, 96; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 494.

³¹ DNotI-Report 2010, 93, 97.

³² A. A. z. B. *Clemente*, ZfIR 2010, 441, 446.

³³ DNotI-Report 2010, 93, 97 f.; *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 382; LG Frankenthal, Beschluss vom 28.10.2010, 1 T 205/10.

³⁴ AG Heidelberg, Beschluss vom 30.8.2010, 25 C 252/10; LG Heidelberg, Beschluss vom 14.9.2010, 6 T 66/10 b; LG Bielefeld, ZfIR 2010, 816.

sichtige Notar angesichts der umstrittenen Rechtslage auch in Umschuldungsfällen einen Nachweis dafür verlangen, dass der Zessionar in den alten Sicherungsvertrag eingetreten ist oder jedenfalls ein neuer mit dem Sicherungsgeber abgeschlossen wurde.

Gelangt man im konkreten Fall dazu, dass der Eintritt in den Sicherungsvertrag nachzuweisen ist, stellt sich als nächstes die Frage, wie dies geschehen kann. Nach ganz überwiegender Ansicht ist hierzu neben einem Vertragsbeitritt unter Mitwirkung des Sicherungsgebers auch ein bloßer Schuldbeitritt (jedenfalls) zwischen Zedent und Zessionar als Vertrag zugunsten Dritter ausreichend.³⁵ Es kann auch ein neuer Sicherungsvertrag zwischen Zessionar und Sicherungsgeber – was insbesondere in Umschuldungsfällen die Regel sein dürfte – abgeschlossen werden.³⁶ Sämtliche dieser Erklärungen bedürfen der Form des § 727 ZPO, müssen also in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen. Auch ein Geständnis des Sicherungsgebers, dass die treuhänderische Zweckbindung der Grundschuld weiterhin fortbesteht, genügt als Nachweis i. S. v. § 727 ZPO.³⁷ Dieses Geständnis ist grundsätzlich formfrei,³⁸ freilich empfiehlt es sich für den Notar, aus Beweisgründen wenigstens eine schriftliche Erklärung zu verlangen.

Umstritten ist, inwieweit auch einseitige Erklärungen des Zessionars ausreichen. Als solche wurden unter anderem ein bindendes Angebot an den Sicherungsgeber auf Beitritt zum Sicherungsvertrag³⁹ bzw. eine bloße Bestätigung bzw. ein Anerkenntnis, dass der Eintritt in den Sicherungsvertrag erfolgt sei⁴⁰ oder gar eine freiwillige Unterwerfung unter den Anwendungsbereich des § 1192 Abs. 1 a BGB⁴¹ vorgeschlagen. Bereits die Angebotslösung wird aber kritisiert, weil sie dem Sicherungsgeber das beim Schuldbeitritt zugunsten Dritter bestehende Ablehnungsrecht gemäß § 333 BGB aus der Hand schlägt.⁴² Diese Argumentation ist zwar nicht überzeugend, da ja auch das bindende Angebot des Zessionars nicht vom Sicherungsgeber angenommen zu werden braucht und dieser daher nicht schlechter steht als im Fall des § 333 BGB. Tatsächlich problematisch erscheint mir hingegen der Einwand, dass ein solches Angebot bis zum Zugang beim Schuldner gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen werden kann.⁴³ Es ist jedenfalls festzuhalten, dass in diesem Bereich noch Uneinigkeit im Schrifttum besteht, weshalb dem vorsichtigen Notar zu raten ist, solche einseitigen Erklärungen des Zessionars nicht ohne weiteres als Nachweis i. S. v. § 727 ZPO ausreichen zu lassen.

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

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

³⁵ DNotI-Report 2010, 93, 98; *Clemente*, ZfIR 2010, 441, 445; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 497.

³⁶ *Sikora*, DNotZ 2010, 585, 587.

³⁷ *Volmer*, MittBayNot 2010, 383, 387; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1938; *Sikora*, DNotZ 2010, 585, 587.

³⁸ *Stavorinus*, NotBZ 2010, 281, 283.

³⁹ DNotI-Report 2010, 93, 100; *Volmer*, MittBayNot 2010, 383, 385.

⁴⁰ *Herrler*, BB 2010, 1931, 1939.

⁴¹ *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 382.

⁴² *Clemente*, ZfIR 2010, 441, 446.

⁴³ Vgl. auch *Volmer*, MittBayNot 2010, 383, 385, der allerdings meint, aus der Seltenheit eines solchen Widerrufs in der Praxis auch auf die dogmatische Irrelevanz dieses Einwands schließen zu können.

Feststellungen/Gründe:

Der Gläubiger (die A-Bank) hat die Grundschuld (bzw. einen Teilbetrag hieraus/zusammen mit den Ansprüchen aus dem Schuldanerkenntnis) an (die B-Bank) abgetreten. Dies ist nachgewiesen durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des Notars (...) vom (...), URNr. (...) bzw. Eintragung der Abtretung im Grundbuch. Die (B-Bank) ist zudem in den Sicherungsvertrag zwischen dem Schuldner und der (A-Bank) eingetreten. Dies ist nachgewiesen durch öffentlich beglaubigte Schuldbeitrittsvereinbarung zwischen Zedent und Zessionar des Notars (...) vom (...), URNr. (...). Die vorgenannten Urkunden sind dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt. (Nicht nachgewiesen ist hingegen die Abtretung der Ansprüche aus dem Schuldanerkenntnis.)

V. Schuldübernahme

1. S hat sich wegen einer Verbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung in notarieller Urkunde unterworfen. Im Rahmen eines Überlassungsvertrages übernimmt Ü die Schuld des S. Der Gläubiger G stimmt der Schuldübernahme zu und beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von S auf Ü.

2. Die Schuldübernahme ist gewissermaßen das Gegenstück zur Abtretung auf der Schuldnerseite. Man könnte daher vermuten, dass es sich ebenso unproblematisch um einen Rechtsnachfolgetatbestand i. S. v. § 727 ZPO handelt wie beim Gläubigerwechsel. Dem ist jedoch nicht so. Die überwiegende Meinung lehnt, der obergerichtlichen Rechtsprechung zu § 265 ZPO folgend, eine Klauselumschreibung auf den Übernehmer einer Schuld ab.⁴⁴ Die Schuldnachfolge sei keine Rechtsnachfolge und es bestehe kein Bedürfnis für eine Vollstreckungsnachfolge. Diese Ansicht überzeugt nicht, weil sie viel zu begrifflich ist und die vergleichbare Interessenlage zur Abtretungssituation verkennt.⁴⁵ Der Praktiker muss hingegen die herrschende Meinung wohl akzeptieren und die Klauselumschreibung ablehnen. Bei der Schuldübernahme ist daher darauf zu achten, dass der Übernehmer eine eigene neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgibt, von der der Gläubiger auch seine Zustimmung gemäß §§ 414, 415 BGB abhängig machen kann.

VI. Rechtsgeschäftlicher Schuldbeitritt

1. Wie bei Ziffer V. 1. nur mit dem Unterschied, dass Ü die Schuld nicht zur alleinigen Haftung übernimmt, sondern einen Schuldbeitritt zur Verbindlichkeit des S erklärt.

2. Der Schuldbeitritt ist gesetzlich nicht geregelt, aber nach allgemeiner Meinung kraft Vertragsfreiheit möglich. Er führt – mangels abweichender Vereinbarung – zur nachträglichen Begründung einer Gesamtschuld gemäß § 421 BGB. Obwohl für einige Fälle des gesetzlichen Schuldbeitritts eine vollstreckungsrechtliche Nachfolge vorgesehen ist (z. B. in §§ 729 Abs. 2 ZPO, 25 HGB, vgl. Ziffer D. II.) lehnt die ganz herrschende Meinung eine (erweiternde) Klauselumschreibung beim rechtsgeschäftlichen Schuldbeitritt ab.⁴⁶ Im Rahmen dieses praxisorientierten Aufsatzes besteht kein Raum, sich ausführlich mit dieser Auffassung auseinanderzusetzen. Der Praktiker hat sie ohnehin hinzunehmen.

⁴⁴ BGHZ 61, 141; BGH, NJW 1989, 2885; BGH, NJW 2001, 1217.

⁴⁵ Siehe auch *Zöller/Stöber*, § 727 Rdnr. 16; *Wolfsteiner*, 44.52 f. mit weiteren Gegenargumenten.

⁴⁶ Vgl. *Wolfsteiner*, Rdnr. 45.35 m. w. N.

VII. Übernahme eines Grundpfandrechts durch den Grundstückserwerber

1. S ist Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks. Er hat sich diesbezüglich der sofortigen Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer unterworfen. S veräußert das Grundstück an E, welcher die Grundschuld übernimmt. Der Gläubiger G beantragt sodann die Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen E.

2. Das Gesetz ordnet in den §§ 727, 325 Abs. 2 ZPO eine generelle Vollstreckungsnachfolge des Erwerbers eines belasteten Grundstücks an. Für die vollstreckbare Urkunde ist dies gemäß § 800 ZPO speziell geregelt und erfordert eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer und entsprechende Grundbucheintragung. Soweit der ursprüngliche Eigentümer zusammen mit der Bestellung des Grundpfandrechts sich auch bezüglich der persönlichen Haftung der Zwangsvollstreckung unterworfen hat, ist zu beachten, dass entsprechend den Ausführungen in Ziffer B. V. eine Klauselumschreibung insoweit nicht – auch nicht bei einer ausdrücklichen Schuldübernahme – möglich ist.

3. Die Rechtsnachfolge kann bei Grundstücken ohne weiteres nachgewiesen werden durch entsprechenden Grundbucheintrag.

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

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) als Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (E) (in dinglicher Hinsicht) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der Schuldner (S) hat das belastete Grundstück an (E) veräußert. Dieser wurde am (...) als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. (Eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auch in persönlicher Hinsicht scheidet dagegen aus, da die Schuldübernahme keine Rechtsnachfolge i. S. v. § 727 ZPO darstellt.)

C. Rechtsnachfolgetatbestände im Erbrecht

Nach der Behandlung der rechtsgeschäftlichen ist nunmehr auf die kraft Gesetzes eintretenden Rechtsnachfolgetatbestände einzugehen. Paradebeispiel hierfür ist das im folgenden Abschnitt dargestellte Erbrecht. Ausgangspunkt wird zunächst der Standardfall der Gesamtrechtsnachfolge bei nur einem Erben sein. Sodann werden die Besonderheiten beim Vorhandensein mehrerer Erben erörtert. Eine mehrstufige Rechtsnachfolge liegt vor bei Vor- und Nacherbschaft oder einem Erbschafts Kauf. Schließlich ist eine Klauselumschreibung auch auf Personen denkbar, die zwar nicht Erben, aber kraft Amtes am Nachlass beteiligt sind, wie der Testamentvollstrecker, der Nachlassverwalter und der Nachlasspfleger.

I. Der Alleinerbe als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers

1. Der Gläubiger G eines vollstreckbaren Anspruchs ist verstorben und wurde allein beerbt von A. A beantragt die Umschreibung der dem G erteilten Vollstreckungsklausel auf sich selbst.

2. Dem Alleinerben kann die Klausel zwar theoretisch schon vor Annahme der Erbschaft erteilt werden, weil ihm

diese gemäß § 1942 BGB unmittelbar anfällt; allerdings wird er in der Regel erst nach der Annahme in der Lage sein, die für den Nachweis der Rechtsnachfolge notwendigen öffentlichen Urkunden (s. u. 3.) vorzulegen. Eine Klauselerteilung ist ausgeschlossen, wenn der titulierte Anspruch nicht vererblich ist,⁴⁷ sei es kraft Gesetzes (z. B. beim Unterhaltsanspruch gemäß § 1615 BGB) oder kraft Vereinbarung (z. B. häufig bei Rückforderungsrechten in Überlassungsverträgen).

3. Der Alleinerbe muss den Rechtsübergang durch einen Erbschein (§ 2365 BGB) oder entsprechend § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO durch ein öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll nachweisen; ein gerichtlich eröffnetes privatschriftliches Testament stellt hingegen keine öffentliche Urkunde dar und ist daher unzureichend.⁴⁸ Wird lediglich ein gegenständlich beschränkter Erbschein gemäß § 2369 BGB vorgelegt, ist die Rechtsnachfolge nur für die Nachlassgegenstände nachgewiesen, auf die er sich bezieht. Die Vollstreckungsklausel ist demgemäß nur entsprechend eingeschränkt zu erteilen.⁴⁹

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

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

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger G ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A. Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...) des Amtsgerichts (...), Az: (...) / durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...), welche(r/s) in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

II. Der Alleinerbe als Rechtsnachfolger des Titelschuldners

1. Der Schuldner S hat sich in einer notariellen vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gläubiger G unterworfen. S verstirbt und wird allein beerbt von A. G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von S auf A.

2. Unter Umständen ist der Gläubiger darauf hinzuweisen, dass eine Klauselumstellung gemäß § 779 ZPO gar nicht erforderlich ist, wenn die Zwangsvollstreckung bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnen hat und weiterhin nur in den Nachlass und nicht ins sonstige Vermögen des Erben vollstreckt werden soll.⁵⁰ Ist dies beabsichtigt oder hat die Vollstreckung bisher noch nicht begonnen, kann die Klausel nach ganz herrschender Meinung erst dann auf den Erben umgeschrieben werden, wenn dieser die Erbschaft angenommen oder die Ausschlagungsfrist gemäß § 1943 BGB versäumt hat.⁵¹ Dem ist angesichts des Rechtsgedankens der §§ 1958, 1960 Abs. 3 BGB zuzustimmen. Möchte der Gläubiger somit vor Annahme vollstrecken, muss er die Anordnung einer Nachlasspflegschaft gemäß §§ 1960, 1961 BGB beantragen und die Klausel gegen den Nachlasspfleger umschreiben lassen (vgl. hierzu nachfolgend Ziffer C. XIX.).

⁴⁷ Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 4.

⁴⁸ Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 20.

⁴⁹ Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 20.

⁵⁰ Zöller/Stöber, § 779 Rdnr. 5.

⁵¹ Thomas/Putzo, § 778 Rdnr. 3 f.; MünchKommZPO/K. Schmidt, § 778 Rdnr. 8; Zöller/Stöber, § 778 Rdnr. 4; a. A. Wolfsteiner, Rdnr. 44.3.

Die Möglichkeit des Erben, seine Haftung gemäß §§ 1973, 1974, 1975, 1989 sowie 1990 ff. BGB zu beschränken, spielt im Rahmen der Klauselerteilung keine Rolle, da der Erbe diese Einwendungen/Einreden gemäß §§ 781, 785, 767 ZPO erst im Zwangsversteigerungsverfahren im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen kann.

3. Der Nachweis der Erbenstellung und der Annahme der Erbschaft ist wie bei Ziffer C. I. durch Vorlage eines Erbscheins oder öffentliches Testament mit Eröffnungsprotokoll nachzuweisen. Da der Gläubiger in der Regel nicht im Besitz dieser Urkunden sein wird, kann er gemäß § 792 ZPO selbst einen Erbschein anstelle des Erben oder gemäß § 357 Abs. 2 FamFG eine weitere Ausfertigung eines bereits erteilten Erbscheins verlangen.

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

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

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Schuldner (S) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A. Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...), welcher in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigefügt ist.

III. Mehrere Erben als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers vor Teilung

1. Der Gläubiger G eines vollstreckbaren Anspruchs verstirbt und wird beerbt von einer Erbengemeinschaft bestehend aus A1 und A2. A1 und A2 beantragen die Umschreibung der dem G erteilten Vollstreckungsklausel auf sich.

2. Grundsätzlich gilt das Gleiche wie beim Alleinerben, vgl. oben C. I. 2. Hinterlässt der Erblasser aber mehrere Erben, entsteht gemäß § 2032 BGB eine Erbengemeinschaft. Der titulierte Anspruch aus der Urkunde wird somit gemäß § 2033 BGB gesamthänderisch gebundenes Vermögen und bleibt dies so lange, bis die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt worden ist (vgl. hierzu sogleich Ziffer C. IV). Bis dahin kann zwar jeder Miterbe gemäß § 2039 BGB die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beantragen, jedoch inhaltlich beschränkt auf eine Leistung an alle Miterben gemeinschaftlich.⁵² Da die Leistung somit als unteilbar gilt, tritt nach richtiger Ansicht Mitgläubigerschaft gemäß § 432 BGB und nicht Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB ein.⁵³

Ob jeder Miterbe eine eigene vollstreckbare Ausfertigung verlangen kann oder ob dies ein Fall des § 733 ZPO wäre, ist umstritten.⁵⁴ Da § 2039 BGB zunächst einmal nur eine Vorschrift des materiellen Rechts ist und sich die daran anschließenden prozessualen Fragen erst aus den entsprechenden Vorschriften der ZPO ergeben (beispielsweise §§ 60 ff. ZPO für die Frage, wer sich an einem Prozess beteiligen muss und eben § 733 ZPO für das vorliegende Problem, wie viele Ausfertigungen des Titels erteilt werden dürfen), sind auch Letztere für die Beurteilung dieses Aspekts heranzuziehen. Da § 733 ZPO nach Sinn und Zweck eine Doppelvollstreckung

verhindern will, eine solche aber bei mehreren vollstreckbaren Ausfertigungen für die Miterben drohen würde, spricht mehr dafür, grundsätzlich nur eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen und die übrigen Miterben wegen weiterer Ausfertigungen an das AG gemäß § 797 Abs. 3 ZPO zu verweisen. Diese Lösung ist deutlich interessengerechter, als es dem Schuldner zuzumuten, bei mehrfacher Vollstreckung Vollstreckungsgegenklage zu erheben⁵⁵ – hiervor will § 733 ZPO den Schuldner gerade schützen. Der vorsichtige Notar sollte daher – schon zur Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen – ohne Beteiligung des Gerichts nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen.

Sollte ausnahmsweise ein Fall der Sondererfolge gegeben sein, wonach also abweichend vom Grundsatz der Universal-sukzession trotz Bestehens einer Erbengemeinschaft bestimmte Nachlassgegenstände mit unmittelbarer dinglicher Wirkung nur einzelnen Miterben anfallen (dazu gehören soweit ersichtlich ausschließlich die Singularsukzession nach der Höfeordnung und die von der Rechtsprechung entwickelte Sondererfolge in Personengesellschaftsanteile),⁵⁶ so ist richtigerweise zu differenzieren: Bezieht sich der titulierte Anspruch nur auf den von der Sondererfolge betroffenen Gegenstand, so liegt diesbezüglich im Ergebnis Alleinerbfolge vor. Die Vollstreckungsklausel ist nur bezüglich dieses Erben umzuschreiben und dieses Ergebnis entsprechend zu begründen. Bezieht sich der titulierte Anspruch dagegen nicht auf den von der Sondererfolge betroffenen Gegenstand, so spielt diese hierfür keine Rolle; die Klausel ist bezüglich aller Miterben umzuschreiben.

3. Der Nachweis der Erbfolge erfolgt wie beim Alleinerben (vgl. Ziffer C. I. 3.) entweder durch Erbschein oder durch öffentliches Testament und Eröffnungsprotokoll entsprechend § 35 GBO.

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

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird A1 und A2 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung mit der Maßgabe erteilt, dass die Zwangsvollstreckung nur mit dem Ziel der Leistung an A1 und A2 gemeinschaftlich erfolgen darf.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger G ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A1 und A2. Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...)/durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...), welche(r/s) in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigefügt ist.

IV. Mehrere Erben als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers nach Teilung

1. Der Gläubiger G eines vollstreckbaren Anspruchs verstirbt und wird beerbt von A1 und A2. Jene haben die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft in der Weise auseinandergesetzt, dass A1 die titulierte Forderung allein erhält und übernimmt.

2. Auch hier gilt zunächst das Gleiche wie bei C. I. 2. Die zunächst als Gläubiger der titulierten Forderung entstandene

⁵² Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 4.

⁵³ Wolfsteiner, Rdnr. 43.4, a. A. Scheel, NotBZ 2000, 146, 147.

⁵⁴ Gegen die Anwendbarkeit von § 733 ZPO Wolfsteiner, Rdnr. 43.65, dafür Scheel, NotBZ 2000, 146, 147 (allerdings mit der verfehlten Ansicht, die Miterben seien beim Aktivprozess notwendige Streitgenossen) und Thomas/Putzo, § 724 Rdnr. 12.

⁵⁵ So aber MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rdnr. 6.

⁵⁶ Wolfsteiner, Rdnr. 44.8 ff.

Erbengemeinschaft zwischen A1 und A2 ist jedoch durch die Auseinandersetzungsvereinbarung (je nach Umfang ganz oder teilweise) beendet worden. Nach soweit ersichtlich allgemeiner Meinung spielt es für die Klauselumschreibung keine Rolle, ob in der Vereinbarung ein Ausscheiden des A2 aus der Erbengemeinschaft vereinbart wurde und somit die Forderung dem A1 kraft Gesetzes angewachsen ist (sog. Abschichtung)⁵⁷ oder ob A2 seinen Anteil an der Erbengemeinschaft gemäß § 2033 BGB auf A1 übertragen hat. In jedem Fall kann die Klausel direkt auf A1 umgeschrieben werden.⁵⁸

Diese Konstellation darf nicht verwechselt werden mit dem Fall, dass ein Miterbe seinen Erbteil an einen Dritten (und nicht an einen Miterben) gemäß § 2371 BGB verkauft (siehe hierzu Ziffer C. XI.).

3. A1 muss zunächst die Erbschaft wie bei C. III. 3 durch Erbschein oder öffentliches Testament mit Eröffnungsprotokoll nachweisen und sodann den Übergang der Forderung von der Erbengemeinschaft auf ihn durch den Auseinandersetzungsvertrag in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form.

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

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) gegen (A1) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Gläubiger G ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von A1 und A2. Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...)/durch öffentliches Testament bzw. Erbvertrag des Notars (...) vom (...), URNr. (...) nebst Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts-Nachlassgericht (...) vom (...). Die titulierte Forderung ist sodann aufgrund Auseinandersetzungsvertrages des Notars (...) vom (...), URNr. (...) auf A1 übergegangen. Die vorgenannten Urkunden lagen sämtlich in Ausfertigung vor und sind dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigefügt.

V. Mehrere Erben als Rechtsnachfolger des Titelschuldners vor Teilung

1. Der Schuldner S hat sich in einer notariellen vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gläubiger G unterworfen. S verstirbt und wird allein beerbt von A1 und A2. G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von S auf A1 und A2.

2. Grundsätzlich gelten hier zunächst alle zum Alleinerben des Schuldners unter Ziffer C. II. 2. gemachten Anmerkungen entsprechend. Zusätzlich gilt Folgendes: Die Miterben haften gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner für die Nachlassverbindlichkeiten und zwar sowohl mit dem Nachlass als auch mit ihrem sonstigen Privatvermögen. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlass ist gemäß § 747 ZPO eine Umschreibung der Klausel gegen alle Erben erforderlich. Die Haftung mit seinem sonstigen Vermögen kann jeder Miterbe bis zur Teilung gemäß § 2059 Abs. 1 BGB verweigern. Diese Haftungsbeschränkung wirkt sich jedoch bei der Klauselerteilung nicht aus, da sie nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 781, 785, 767 ZPO geltend gemacht werden kann.

⁵⁷ Vgl. Palandt/Edenhofer, § 2042 Rdnr. 17.

⁵⁸ Zöller/Stöber, § 727 ZPO Rdnr. 4.

Genau wie beim Fall der Erbengemeinschaft als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers (vgl. Ziffer C. III. 2) ist es umstritten, ob mehrere vollstreckbare Ausfertigungen gegen alle Miterben erteilt werden können oder nur unter den Voraussetzungen der §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO.⁵⁹ Aus denselben Erwägungen wie oben sollte sich der Notar m. E. davor hüten, von sich aus mehrere vollstreckbare Ausfertigungen zu erteilen. Die materielle Rechtslage, wonach der Gläubiger gegen jeden Gesamtschuldner Anspruch auf die volle Leistung hat, ist eben von der prozessualen Lage (und nur um diese geht es bei der Frage) zu trennen.⁶⁰

Der Fall einer Sondererfolge, z. B. in Anteile von Personengesellschaftsanteile, ist richtigerweise genauso zu behandeln wie beim Titelgläubiger (vgl. Ziffer C. III. 2), d. h. betrifft der titulierte Anspruch nur den von der Singularsukzession betroffenen Nachlassgegenstand, so ist die Klausel nur gegen den Sondererben umzuschreiben und nicht gegen alle Miterben. Die Gegenansicht,⁶¹ die entsprechend §§ 781 ff. ZPO die Klausel gegen alle Miterben erteilen will und diese für die Geltendmachung der Einwendung, der Anspruch richte sich nicht gegen ihre Nachlassmasse, gemäß §§ 785, 767 ZPO auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage verweist, verkennt, dass es sich nicht um einen Fall der nachträglichen Haftungsbeschränkung entsprechend § 2059 BGB handelt, sondern dass bezüglich des von der Sondererfolge betroffenen Gegenstands überhaupt nie eine Erbengemeinschaft entsteht, da jener unmittelbar beim Sondererben anfällt. Der Notar kann dies bei der Klauselerteilung aber freilich nur berücksichtigen, wenn die Zugehörigkeit der Forderung zum Sondernachlass eindeutig aus öffentlichen Urkunden, wie z. B. einem öffentlichen Testament hervorgeht.

3. Der Nachweis ist wie beim Alleinerben des Titelschuldners zu führen (Ziffer C. II. 3), in der Regel also durch Erbschein, wobei erneut auf die Hilfsnormen der §§ 792 ZPO und 357 Abs. 2 FamFG hinzuweisen ist.

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

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

Feststellungen/Gründe:

Der in der Urkunde genannte Schuldner (S) ist am (...) verstorben und wurde allein beerbt von (A1) und (A2). Dies ist nachgewiesen durch den Erbschein vom (...), des Amtsgerichts (...), Az: (...), welcher in Ausfertigung vorlag und dieser vollstreckbaren Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigefügt ist. (Als Miterben haften A1 und A2 gemäß § 2058 BGB als Gesamtschuldner. Soweit sie für den titulierten Anspruch nur beschränkt haften sollten, ist dies durch Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen.)

VI. Mehrere Erben als Rechtsnachfolger des Titelschuldners nach Teilung

1. Der Schuldner S hat sich in einer notariellen vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung gegenüber dem Gläubiger G unterworfen. S verstirbt und wird allein beerbt von A1 und A2. Diese setzen die zwischen ihnen bestehende Erbengemeinschaft in der Weise auseinander, dass

⁵⁹ Für Ersteres Wolfsteiner, Rdnr. 44.12, für Letzteres die wohl h. M., vgl. Thomas/Putzo, § 724 Rdnr. 11, Zöller/Stöber, § 724 Rdnr. 12.

⁶⁰ A. A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 724 Rdnr. 20.

⁶¹ Wolfsteiner, Rdnr. 44.10.

A1 die titulierte Schuld übernimmt. G beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf A1.

2. Grundsätzlich geht das Gesetz davon aus, dass im Rahmen der Erbauseinandersetzung zunächst die Nachlassverbindlichkeiten befriedigt werden, § 2046 BGB. Dennoch kommt es häufig vor, dass die Miterben vereinbaren, dass einer von ihnen als Ausgleich für den Erhalt bestimmter Nachlassgegenstände noch bestehende Verbindlichkeiten übernehmen muss. Stimmt der Gläubiger der Schuldübernahme gemäß § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, so werden die übrigen Miterben von ihrer Haftung befreit. Eine Umschreibung der Klausel auf den übernehmenden Erben unterliegt jedoch den gleichen Bedenken wie bei jeder anderen Schuldübernahme (vg. Ziffer B. V.)⁶² und ist somit nicht zu empfehlen.

62 A. A. scheinbar – ohne allerdings auf das Problem einzugehen – Scheel, NotBZ 2000, 146, 148.

Hat der Gläubiger der Schuldübernahme nicht zugestimmt, haften die Miterben gesamtschuldnerisch weiter; die Vereinbarung wirkt nur intern als Erfüllungsübernahme gemäß § 415 Abs. 3 BGB. Jeder Miterbe hat zudem die Möglichkeit, gemäß § 2060 BGB seine Haftung auf den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlassverbindlichkeit zu beschränken. Da dies aber gemäß §§ 781, 785 BGB erst im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann, spielt auch dieser Aspekt der Teilung für die Klauselerteilung keine Rolle, so dass sie insoweit letztlich völlig bedeutungslos bleibt. Es gelten somit in diesem Fall die gleichen Erwägungen wie vor der Teilung.

3. und 4.: vgl. Ziffer C. V. 3. und 4.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

Die Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses

Von Notarassessor Dr. Dominik Kölmel, Odenthal

Ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, ist nach § 41 Abs. 3 FamFG auch demjenigen bekannt zu geben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Soweit die Bekanntgabe nicht an das minderjährige Kind selbst erfolgen kann, stellt sich die Frage, wer das Kind hinsichtlich der Bekanntgabe vertritt. Zu dieser Frage liegen mit dem Beschluss des KG vom 4.3.2010, 17 UF 5/10¹ sowie dem Beschluss des Brandenburgischen OLG vom 6.12.2010, 9 UF 61/10² zwei divergierende obergerichtliche Entscheidungen vor, was Anlass bietet, sich mit der für die Praxis bedeutsamen Problematik vertieft zu befassen.

I. Ausgangsüberlegung und Bedeutung der Frage

Nach § 40 Abs. 2 FamFG wird ein Beschluss³, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, nicht bereits mit Zustellung, sondern erst mit Rechtskraft wirksam. Die Rechtskraft eines Beschlusses wiederum tritt nach § 45 Satz 1 FamFG nicht ein, bevor die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels abgelaufen ist. Nach § 45 Satz 1 FamFG wird der Eintritt der Rechtskraft dadurch gehemmt, dass rechtzeitig ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zulässiges Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts ist nach § 58 FamFG die Beschwerde. Die Beschwerdefrist beträgt nach § 63 Abs. 2 FamFG zwei Wochen und beginnt nach § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten. Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt

die Frist spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses, § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG.⁴

Ausgangspunkt des Laufs der Rechtsmittelfrist und damit letztlich der Rechtskraft der Genehmigung ist somit die Bekanntgabe des Beschlusses. Nach § 41 Abs. 1 FamFG ist der Beschluss den Beteiligten bekannt zu geben. Handelt es sich um einen Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, ist dieser nach § 41 Abs. 3 FamFG weiterhin auch demjenigen bekannt zu geben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Bei der familiengerichtlichen Genehmigung hat somit prinzipiell auch eine Bekannt-

4 Weiterhin ist der durch das FGG-Reformgesetz nicht veränderte § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten. Lag die Genehmigung bei Vertragsschluss noch nicht vor, so ist für die Rechtswirksamkeit gegenüber dem anderen Vertragsteil daher weiterhin die Mitteilung der Genehmigung durch die Eltern erforderlich. Allerdings kennt das FamFG keine § 55 FGG vergleichbare Regelung. Für die Rechtswirksamkeit der erteilten Genehmigung müssen somit Rechtskraft und Mitteilung kumulativ vorliegen. Unterschiedlich beurteilt wird allerdings, ob die Mitteilung an den anderen Vertragsteil bereits mit Erteilung oder erst mit Rechtskraft der Genehmigung erfolgen kann. Vgl. hierzu näher Kölmel, NotBZ 2010, 2, 4 f.

1 FamRZ 2010, 1171 = Rpfleger 2010, 422 mit zust. Anm. Zorn = RNotZ 2010, 463 mit abl. Anm. Kölmel.

2 MittBayNot 2011, 240 (in diesem Heft).

3 Vgl. § 38 Abs. 1 FamFG.

gabe an das minderjährige Kind zu erfolgen. Allerdings sind nach § 9 Abs. 1 FamFG nur voll geschäftsfähige Personen verfahrensfähig, so dass eine Bekanntgabe unmittelbar an das minderjährige Kind grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁵ Nach § 9 Abs. 2 FamFG wird die nicht verfahrensfähige Person durch die nach bürgerlichem Recht hierzu berufene Person vertreten. Bei einem unter elterlicher Sorge stehenden Kind erfolgt die Vertretung mithin prinzipiell durch die Eltern, § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ob dies allerdings auch bei der Vertretung des Kindes im Genehmigungsverfahren gilt, ist fraglich und Gegenstand der Entscheidungen des KG sowie des Brandenburgischen OLG.

II. Ausschluss der Eltern von der Vertretung

Zu überlegen ist, ob die Eltern von der Vertretung des Kindes bzgl. der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses ausgeschlossen sind. Ein Ausschluss der Eltern nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB kommt ersichtlich nicht in Betracht, worauf das Brandenburgische OLG in seinem Beschluss treffend hinweist. Denkbar sind allerdings eine Entziehung der Vertretungsmacht nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1796 BGB sowie ein Ausschluss unmittelbar aufgrund des Verfahrensrechts.

1. Ansicht des KG – Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB unabhängig vom Einzelfall

Das KG geht in seinem Beschluss davon aus, dass hinsichtlich der Bekanntgabe der Genehmigung die Interessen des Kindes zu denjenigen der Eltern stets in erheblichem Gegensatz stehen, so dass den Eltern die Vertretungsmacht unabhängig vom Einzelfall nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1796 BGB zu entziehen sei.

Das KG begründet dies damit, die Annahme eines Interessengegensatzes sei die Konsequenz aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des fairen Verfahrens und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Es beruft sich auf den Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000⁶ und führt aus, dass hiernach dem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen. Für Verfahren, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, folge daraus, dass das rechtliche Gehör nicht durch den Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden könne. Es sei unzureichend, wenn derjenige, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll, das rechtliche Gehör vermittelt; vielmehr sei der Vertretene einzubeziehen. Wenn nun aber die Genehmigung dem Vertreter zugestellt würde, bliebe es bei der vom BVerfG für verfassungswidrig erkannten Konstellation, dem Vertretenen bliebe der Rechtsweg gegen die Entscheidung faktisch versperrt.

Das KG führt weiterhin aus, der Interessengegensatz zwischen Eltern und Kind sei auch so erheblich, dass der Eingriff in das elterliche Sorgerecht gerechtfertigt sei. Dies wird damit begründet, dass es für die Annahme eines Interessenkonflikts bereits genüge, wenn (nur) die Gefahr bestehe, der vertre-

tungsberechtigte Elternteil werde im Verfahren das Kindeswohl nicht mit der gebotenen Konsequenz verfolgen. Diese Gefahr liege im Genehmigungsverfahren stets vor. Es sei nicht zu erwarten, dass die Eltern, wenn die zu erlassende Entscheidung ihrem Antrag entspricht, den Beschluss noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls prüfen, zumal dabei auch andere als nur wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle spielen könnten.

2. Ansicht des Brandenburgischen OLG – Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB im Einzelfall

Auch das Brandenburgische OLG stellt in seinem Beschluss klar, dass den Eltern hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses die Vertretungsmacht gemäß §§ 1629 Abs. 3 Satz 2, 1796 BGB entzogen werden kann. In ausdrücklicher Abweichung von der Rechtsprechung des KG geht es jedoch davon aus, dass der für eine Entziehung notwendige erhebliche Interessengegensatz zwischen Kind und vertretungsberechtigten Eltern bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses nicht stets vorliegt, sondern im Einzelfall festgestellt werden muss. Es führt aus, dass ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen derartige Interessengegensätze nicht allgemein vermutet werden dürfen, sondern jeweils im Verfahren konkret festgestellt werden müssen. Notwendig sei für die Entziehung nach §§ 1629 Abs. 3 Satz 2, 1796 BGB stets ein sich aus dem Einzelfall ergebender Interessenwiderstreit.

Von diesen Voraussetzungen für die Entziehung der Vertretungsmacht nach §§ 1629 Abs. 3 Satz 2, 1796 BGB ist nach Ansicht des Brandenburgischen OLG auch nicht aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 18.1.2000⁷ abzuweichen. Zwar habe das BVerfG ausgeführt, dass im Regelfall das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden könne, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll. Die Entscheidung des BVerfG sei jedoch nicht bzgl. der gesetzlichen Vertretung des Kindes durch die Eltern ergangen. Im Verhältnis zwischen Eltern und Kind sei die Entscheidung allenfalls insoweit von Bedeutung, als in entsprechenden Genehmigungsverfahren ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung eines evtl. Interessengegensatzes zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind gerichtet werden müsse. Eine zwingende Entziehung der Vertretungsmacht in jedem Fall sei aus verfassungsrechtlichen Gründen jedoch nicht notwendig.

Im Ergebnis geht das Brandenburgische OLG somit davon aus, dass in jedem Einzelfall ermittelt werden muss, worin ein konkreter Interessengegensatz zwischen Eltern und Kind bestehen und aufgrund welcher Umstände nicht zu erwarten sein soll, dass die Eltern unabhängig vom Ausgang des Genehmigungsverfahrens die Interessen des betroffenen Kindes wahrzunehmen bereit und in der Lage sind. Bestehen keine Anhaltspunkte für einen erheblichen Interessengegensatz über eine allgemeine typische Risikolage hinaus, ist keine Entziehung der Vertretungsmacht vorzunehmen mit der Folge, dass die Eltern das minderjährige Kind bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses vertreten können.

3. Eigene Stellungnahme

a) Lösung über § 1796 BGB

Sowohl das KG als auch das Brandenburgische OLG gehen bei der Frage der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe

⁵ Anders ist dies allerdings zu beurteilen, wenn das Kind bereits das 14. Lebensjahr vollendet hat. Hier hat eine Bekanntgabe zumindest auch an das (nicht geschäftsunfähige) minderjährige Kind zu erfolgen, § 164 FamFG. Vgl. hierzu näher DNotI-Report 2009, 145, 148; Heggen, NotBZ 2010, 393, 395 f. sowie Kölmel, NotBZ 2010, 2, 6, jeweils m. w. N.

⁶ BVerfGE 101, 397 = DNotZ 2000, 387 = FamRZ 2000, 731 = MDR 2000, 655 = NJW 2000, 1709.

⁷ Nachweise in Fn. 6

des Genehmigungsbeschlusses von § 9 Abs. 2 FamFG aus. Hiernach wird die nicht verfahrensfähige Person durch die nach bürgerlichem Recht hierzu berufene Person vertreten. Bei einem unter elterlicher Sorge stehenden Kind erfolgt die Vertretung mithin prinzipiell durch die Eltern. Verbliebe es hierbei, hätte diese zur Folge, dass die Bekanntgabe des Beschlusses über die Erteilung der Genehmigung und damit die Vermittlung des rechtlichen Gehörs für das Kind regelmäßig durch diejenigen erfolgen würde, auf dessen Veranlassung die Genehmigung erteilt wird. Dies wird sowohl vom KG wie auch vom Brandenburgischen OLG zutreffend als zumindest prinzipiell problematisch angesehen. Ausgehend von § 9 Abs. 2 FamFG kann ein Ausschluss der Eltern von der Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses jedoch ausschließlich nach bürgerlichem Recht erfolgen. Da die §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB ersichtlich nicht einschlägig sind, kann die Berufung der Eltern nach bürgerlichem Recht nur entfallen, wenn diesen die Vertretungsmacht nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 Abs. 2 BGB entzogen wird.⁸ Die Anwendung der §§ 1629 Abs. 3 Satz 2, 1796 Abs. 2 BGB auf die vorliegende Konstellation führt jedoch zu zahlreichen Problemen.

aa) Notwendigkeit eines generellen Ausschlusses der Eltern

Im Ausgangspunkt ist mit dem KG entgegen dem Brandenburgischen OLG davon auszugehen, dass die Eltern von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe stets ausgeschlossen sind.⁹ Der zwingende Ausschluss der Eltern von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe folgt sowohl aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie vom BVerfG in seinem Beschluss vom 18.1.2000 konkretisiert wurden, als auch unmittelbar aus der Regelung des § 41 Abs. 3 FamFG selbst.

(1) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das BVerfG hatte sich in seinem Beschluss vom 18.1.2000¹⁰ u. a. mit der Frage zu befassen, ob es mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens vereinbar ist, wenn bei einer nachlassgerichtlichen Genehmigung als Vertreter des Erben lediglich der für diesen bestellte Nachlasspfleger angehört wird. Hierzu führt das BVerfG aus, dass dem Betroffenen „insbesondere die Möglichkeit gegeben werden [muss], vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können. Dies setzt voraus, dass der Betroffene von dem Sachverhalt und dem Verfahren, in dem dieser verwertet werden soll, überhaupt Kenntnis erlangt.“¹¹ Zur Frage, ob das rechtliche Gehör durch den Nachlasspfleger vermittelt werden kann, führt das BVerfG sodann aus: „Die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens gebotene Anhörung der Beschwerdeführerin war auch nicht deshalb entbehrlich, weil

der Nachlasspfleger, der gesetzlicher Vertreter der Erben ist, am Genehmigungsverfahren beteiligt ist. Im Regelfall kann das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln, wie hier, im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll (vgl. BVerfGE 83, 24, 36).“¹²

Der vom BVerfG entschiedene Sachverhalt stimmt weitgehend mit der vorliegend behandelten Konstellation überein. In beiden Fällen geht es um die Frage, ob das rechtliche Gehör von dem gesetzlichen Vertreter auch dann vermittelt werden kann, wenn gerade dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll. Einziger Unterschied zwischen beiden Konstellationen ist, dass in einem Fall der Nachlasspfleger und im anderen Fall die Eltern als gesetzliche Vertreter handeln. Wieso dieser Unterschied zur Folge haben soll, dass der Beschluss des BVerfG für die erörterte Fallgestaltung allenfalls von „marginaler Bedeutung“ ist, wird vom Brandenburgischen OLG nicht erörtert und ist im Übrigen auch kaum nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG generell und ohne Begrenzung auf die konkrete Fallgestaltung feststellt, dass das rechtliche Gehör im Regelfall „nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln [...] im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll.“ Zwar ist zuzugeben, dass das BVerfG die Möglichkeit einer Gewährung des rechtlichen Gehörs durch denjenigen, dessen Handeln überprüft werden soll, nur im Regelfall ausgeschlossen und somit in begründeten Ausnahmefällen prinzipiell zugelassen hat. In seinem Beschluss vom 30.10.1990,¹³ auf den es sich in seinem Beschluss vom 18.1.2000 ausdrücklich bezieht, stellt das BVerfG jedoch klar, dass eine solche Ausnahme nur vorliegt, wenn aus tatsächlichen Gründen, insbesondere wegen besonderer Eilbedürftigkeit, die Vermittlung des rechtlichen Gehörs durch andere Personen nicht möglich ist.¹⁴ Eine solche Ausnahme ist im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren kaum denkbar, so dass zumindest in der Praxis die Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Eltern aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen ist.¹⁵

(2) Einfachgesetzliche Vorgaben

Unabhängig von der Beantwortung der verfassungsrechtlichen Frage folgt die Notwendigkeit eines zwingenden Ausschlusses der Eltern von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses weiterhin auch unmittelbar aus § 41 Abs. 3 FamFG. Den Eltern ist der Beschluss über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung regelmäßig bereits nach den allgemeinen Regeln bekannt zu geben. Wollte man nun eine Vertretung des Minderjährigen hinsichtlich der Bekanntgabe durch die Eltern zulassen, wäre § 41 Abs. 3 FamFG, der die Bekanntgabe auch an denjenigen vorschreibt, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, in einer wesentlichen Fallgestaltung ohne Regelungsgehalt.¹⁶ Dies verträgt sich im Übrigen auch nicht mit dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers. Dieser hat in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt, dass „die Gewährung recht-

⁸ Für einen solchen Ausschluss plädierte in der Literatur v. a. Zorn in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2009, § 158 Rdnr. 21; dies., Rpfleger 2009, 421, 426 sowie dies., RpfStud. 2010, 1, 4. Diese Ansicht wurde von Zorn jedoch mittlerweile aufgegeben, vgl. Rpfleger 2010, 422, 425.

⁹ Dies entspricht auch der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur, vgl. bspw. Abicht, RNotZ 2010, 493, 499; Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 272 Fn. 42; DNotI-Report 2009, 145, 148; Elzer in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 41 Rdnr. 17; Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467; Meyer-Holz in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 41 Rdnr. 4; Litzenburger, RNotZ 2010, 32, 33; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299; Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426, 431; dies., Rpfleger 2010, 422, 425.

¹⁰ Nachweise in Fn. 6.

¹¹ Vgl. Rdnr. 29 der Entscheidung.

¹² Vgl. Rdnr. 32 der Entscheidung.

¹³ BVerfGE 83, 24.

¹⁴ Unter Rdnr. 41 der Entscheidung vom 30.10.1990, auf die sich die Verweisung im Beschluss vom 18.1.2000 bezieht, führt das BVerfG aus: „Im Regelfall eines nicht eilbedürftigen Gerichtsverfahrens kann das rechtliche Gehör nicht durch die Behörde vermittelt werden, deren Maßnahme in dem Gerichtsverfahren überprüft werden soll.“

¹⁵ Im Ergebnis bereits ebenso Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467.

¹⁶ Vgl. Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Kölmel, NotBZ 2010, 2, 25.

lichen Gehörs bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht durch den Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden kann.¹⁷ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG wird in der Gesetzesbegründung weiter klargestellt, dass „das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden [kann], dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll“.¹⁸ Auch aus diesen Gründen ist eine Vertretung des Kindes durch die Eltern bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses somit zwingend ausgeschlossen.¹⁹

bb) Probleme bei einem Ausschluss der Eltern nach § 1796 Abs. 2 BGB

Fraglich ist allerdings, ob der notwendige zwingende Ausschluss der Eltern von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses durch § 1796 Abs. 2 BGB erreicht werden kann. Dies erscheint zumindest zweifelhaft. Mit dem Brandenburgischen OLG ist festzuhalten, dass nach ganz herrschender Ansicht bei § 1796 Abs. 2 BGB auf den Interessengegensatz im Einzelfall abzustellen ist. Zu § 1796 Abs. 2 BGB ist weitgehend anerkannt, dass Interessengegensätze nicht pauschal angenommen werden können, sondern konkret festgestellt werden müssen.²⁰ Hiermit erscheint die vom KG geforderte pauschale Annahme eines Interessenkonflikts unabhängig vom Einzelfall zumindest schwer vereinbar. Doch selbst wenn man trotz dieser Bedenken einen Ausschluss der Eltern von der Vertretung nach § 1796 Abs. 2 BGB unabhängig von den Voraussetzungen des Einzelfalls zulassen wollte, so wäre dies jedenfalls für die Praxis mit erheblichen Erschwernissen verbunden. Diese resultieren insbesondere daraus, dass das Genehmigungsverfahren durch das dann stets zusätzlich durchzuführende Entziehungsverfahren nach § 1796 Abs. 2 BGB belastet würde. Weiterhin ist zu beachten, dass bei § 1796 Abs. 2 BGB der Beschluss für das Entfallen der Vertretungsmacht konstitutiv ist.²¹ Hieraus folgt, dass bei einem (versehentlichen) Unterbleiben des Entziehungsbeschlusses die Eltern weiterhin zur Vertretung des Kindes berechtigt wären, so dass die Bekanntgabe des Beschlusses über die Erteilung oder Verweigerung der familiengerichtlichen Genehmigung gegenüber den Eltern als Vertretern des Kindes wirksam erfolgen könnte. Dies erscheint sowohl mit den vom BVerfG gemachten Vorgaben als auch mit dem in § 41 Abs. 3 FamFG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen schwer vereinbar.²²

b) Verfahrensrechtliche Lösung

Es ist somit festzuhalten, dass zwar einerseits § 1796 Abs. 2 BGB einen pauschalisierten Ausschluss der Eltern von der Vertretung des Kindes ohne Berücksichtigung des Einzelfalls

zumindest prinzipiell nicht zulässt, andererseits aber sowohl die verfassungsrechtlichen wie auch die einfachgesetzlichen Vorgaben einen solchen pauschalisierten Ausschluss erfordern. Dieser Gegensatz lässt sich auflösen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich bei der Frage der Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses um eine nach dem FamFG zu beurteilende Verfahrensfrage handelt.

Sowohl das KG als auch das Brandenburgische OLG kommen zur Anwendung des § 1796 Abs. 2 BGB aufgrund der Verweisung in § 9 Abs. 2 FamFG. Dem ist zuzugeben, dass sich die Vertretung des nicht verfahrensfähigen Geschäftsunfähigen oder des nicht verfahrensfähigen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten selbstverständlich prinzipiell nach § 9 Abs. 2 FamFG und damit aufgrund der dort enthaltenen Verweisung nach dem bürgerlichen Recht richtet. Zugleich ist jedoch zu beachten, dass mit § 41 Abs. 3 FamFG eine Regelung speziell für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an denjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, in das FamFG aufgenommen wurde. Wie dargestellt erfordert § 41 Abs. 3 FamFG, dass die Eltern stets und unabhängig von den Umständen des Einzelfalls von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses ausgeschlossen sind.²³ Im Hinblick darauf, dass § 41 Abs. 3 FamFG vom Gesetzgeber speziell für die hier erörterte Fallkonstellation eingeführt wurde sowie mit Rücksicht auf die vom BVerfG gemachten Vorgaben erscheint es überzeugend, § 41 Abs. 3 FamFG den Vorrang vor § 9 Abs. 2 FamFG einzuräumen. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass man entsprechend der gesetzgeberischen Intention unmittelbar aus § 41 Abs. 3 FamFG ein verfahrensrechtliches Vertretungsverbot ableitet.²⁴ Somit wird § 9 Abs. 2 FamFG von § 41 Abs. 3 FamFG teilweise überlagert, mit der Folge, dass bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an den Minderjährigen die Verweisung ins bürgerliche Recht jedenfalls insoweit nicht zum Tragen kommt, als diese zu einer Vertretung des Kindes durch die Eltern führen würde. Ein solches Verständnis führt im Ergebnis dazu, dass die Eltern stets von der Vertretung des Kindes bzgl. der Bekanntgabe des Beschlusses ausgeschlossen sind, ohne dass hierzu ein – sowohl dogmatisch als auch praktisch problematischer – Beschluss über die Entziehung der Vertretungsmacht notwendig ist.

III. Vertretung des minderjährigen Kindes

Da die Eltern wie dargestellt von der Vertretung des Kindes bzgl. der Bekanntgabe des Beschlusses ausgeschlossen sind, stellt sich die Frage, wer das Kind stattdessen vertritt. Hierzu werden in Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten. Nach der einen Ansicht soll die Bekanntgabe an einen dem Kind nach § 158 Abs. 1 FamFG (ggf. analog) zu bestellenden Verfahrensbeistand erfolgen.²⁵

¹⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

¹⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

¹⁹ Im Ergebnis bereits ebenso Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467.

²⁰ Vgl. bspw. BGH, FamRZ 2008, 1156; Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1629 Rdnr. 24 sowie § 1796 Rdnr. 2; Staudinger/Engeler, BGB, Bearbeitung 2004, § 1796 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Huber, 5. Aufl. 2008, § 1629 Rdnr. 63; MünchKommBGB/Wagenitz, 5. Aufl. 2008, § 1796 Rdnr. 13, jeweils m. w. N.

²¹ Vgl. Palandt/Diederichsen, § 1796 Rdnr. 5; MünchKommBGB/Wagenitz, § 1796 Rdnr. 16; Kölmel, RNotZ 2010, 1, 15.

²² So bereits Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467. Gegen eine Anwendung des § 1796 BGB in der vorliegenden Situation auch Heggen, NotBZ 2010, 393, 397; Heinemann, FamFR 2009, 57 ff.; Litzberger, RNotZ 2010, 32, 34 sowie – unter Aufgabe der bisher von ihr vertretenen Auffassung (vgl. Fn. 8) – nun auch Zorn, Rpfleger 2010, 422, 425.

²³ Vgl. oben unter II. 3. a) aa).

²⁴ Vgl. hierzu bereits Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467. Im Ergebnis letztlich ebenso Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 635, 647 Fn. 176; Heggen, NotBZ 2010, 393, 397 sowie nun unter Aufgabe ihrer bisherigen Ansicht (vgl. Fn. 8) Zorn, Rpfleger 2010, 422, 425.

²⁵ Hierfür bspw. Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 272; Elzer in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 41 Rdnr. 17; Harders, DNotZ 2009, 725, 730; Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Heinemann, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 158; Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kapitel 2 Rdnr. 515; Kölmel, RNotZ 2010, 463, 468; Litzberger, RNotZ 2009, 380, 381; ders., RNotZ 2010, 32, 33 f.; MünchKommZPO/Ulrici, 3. Aufl. 2010, § 41 FamFG Rdnr. 14. Für die Bestellung eines Verfahrensbeistands für die Fälle, in denen das Kind Beteteiligter gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist Stöffer, FamRB 2010, 38, 39. Vgl. weiterhin auch Weber, RpfStud 2009, 129, 132.

Die Gegenansicht hält die Bestellung eines Verfahrensbeistands für ausgeschlossen und fordert stattdessen die Bekanntgabe an einen für das Kind zu bestellenden Ergänzungspfleger.²⁶

1. Verfahrensbeistand

Vor bzw. unmittelbar nach Inkrafttreten des FamFG wurde in der Literatur ganz überwiegend davon ausgegangen, dass dem Kind für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses ein Verfahrensbeistand zu bestellen sei. Dies erfolgte zunächst ganz überwiegend ohne nähere Begründung und insbesondere ohne Abgrenzung zur Möglichkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers.²⁷ In der Folge wurde und wird die Bestellung eines Verfahrensbeistands überwiegend mit dem Zweck der Bekanntgabe sowie mit Praktikabilitätsabwägungen begründet. So wird die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht als sachgerecht angesehen, da es in diesem Stadium um die Wahrung der verfahrensrechtlichen Interessen des Minderjährigen gehe.²⁸ Weiterhin wird mit den geringeren Kosten bei der Bestellung eines Verfahrensbeistands argumentiert.²⁹ Schließlich wird darauf abgestellt, dass der Verfahrensbeistand bei funktionsorientiertem Verständnis des § 158 FamFG den Minderjährigen im gesamten Beschwerdeverfahren vertrete, so dass er geeignet sei, das Bedürfnis nach Bestellung eines Ergänzungspflegers auszuschließen.³⁰

2. Ergänzungspfleger

Die Gegenansicht sieht die Bestellung eines Verfahrensbeistands als unzulässig an. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass nach § 9 Abs. 2 FamFG für den nicht verfahrensfähigen Minderjährigen die nach bürgerlichem Gesetz dazu befugten Personen handeln. Zugleich schreibt § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG fest, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Da der Verfahrensbeistand somit keine nach bürgerlichem Recht zum Handeln für den Minderjährigen berufene Person ist, sei dieser nach § 9 Abs. 2 FamFG auch nicht zum Handeln für den Minderjährigen im Genehmigungsverfahren befugt.³¹

Weiterhin wird damit argumentiert, dass dem Minderjährigen nach § 158 Abs. 1 FamFG nur in Verfahren, die seine Person betreffen, ein Verfahrensbeistand bestellt wird. Der Gesetzgeber habe den Begriff der „Person des Kindes“ im FamFG aber überwiegend als Gegenbegriff zum „Vermögen des Kindes“ verwendet.³² Die Bekanntgabe des Beschlusses über die Genehmigungserteilung sei aber dem Bereich der Vermögens- und nicht der Personensorge zuzuordnen,³³ so dass auch

aus diesem Grunde eine Bestellung eines Verfahrensbeistands ausscheide.³⁴ Eine analoge Anwendung des § 158 Abs. 1 FamFG auf das Genehmigungsverfahren soll ausgeschlossen sein.³⁵ Da sich die gleiche Frage bereits nach altem Recht für § 50 FGG im Hinblick auf die Verfahrenspflegschaft gestellt habe, sei die Problematik im Gesetzgebungsverfahren bekannt gewesen, so dass es somit an einer planwidrigen Regelungslücke fehle.³⁶

Schließlich wird gegen die Bestellung eines Verfahrensbeistands angeführt, der BGH habe in seinem Urteil vom 22.7.2009³⁷ entschieden, dass der Verfahrenspfleger nach dem FGG keine inhaltliche Prüfung des Genehmigungsbeschlusses vorzunehmen habe. Hieran habe sich durch das FamFG nichts geändert, diese gelte nun entsprechend für den Verfahrensbeistand. Ohne inhaltliche Prüfungscompetenz sei der Verfahrensbeistand jedoch nicht geeignet, den Minderjährigen bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses zu vertreten.³⁸

In Ermangelung einer anderen geeigneten Person kann nach dieser Ansicht die Bekanntgabe nur an einen dem Kind für das Genehmigungsverfahren zu bestellenden Ergänzungspfleger erfolgen. Dies wird zwar als wenig befriedigend angesehen, allerdings soll aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung eine anderweitige Lösung nicht möglich sein.³⁹

3. Eigene Stellungnahme

a) Probleme bei der Bekanntgabe an einen zu bestellenden Ergänzungspfleger

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses wenig sachgerecht ist.⁴⁰

Dies ergibt sich bereits aus den funktionellen Unterschieden zwischen Ergänzungspfleger und Verfahrensbeistand. Während der Ergänzungspfleger das Kind grundsätzlich gerichtlich und außergerichtlich vertritt, ist der Verfahrensbeistand zur außergerichtlichen Vertretung des Kindes nicht berechtigt.⁴¹ Dieses beschränkte Tätigkeitsfeld des Verfahrensbeistands wurde vom Gesetzgeber bewusst gewählt. Hierdurch sollten die Eingriffe in das Elternrecht möglichst gering gehalten und sachwidrige Verlagerungen von Aufgaben auf den Verfahrensbeistand vermieden werden.⁴² Der zweite wesentliche Unterschied betrifft die Stellung des Ergänzungspflegers bzw. des Verfahrensbeistands gegenüber dem Gericht. Während das Gericht gegenüber dem Ergänzungspfleger nach den Regelungen des BGB grundsätzlich weisungsbefugt ist und

²⁶ Hierfür bspw. KG, FamRZ 2010, 1171; *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 500; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 635, 647; *Engelhardt* in Keidel, FamFG, § 158 FamFG Rdnr. 6; *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 396 f.; *Schürmann*, FamFR 2009, 153 ff.; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299; *Zorn* in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 158 Rdnr. 21; *dies.*, Rpfleger 2009, 421, 431; *dies.*, Rpfleger 2010, 422, 425.

²⁷ Vgl. bspw. *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 272; *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 17; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kapitel 2 Rdnr. 515; *Litzenburger*, RNotZ 2009, 380, 381.

²⁸ *Harders*, DNotZ 2009, 725, 730 in Fn. 16; *Heinemann*, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 158.

²⁹ *Litzenburger*, RNotZ 2010, 32, 33.

³⁰ *Litzenburger*, RNotZ 2010, 32, 34.

³¹ KG, RNotZ 2010, 463, 465; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 635, 647; *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 396; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 431; *dies.* Rpfleger 2010, 422, 425.

³² Vgl. § 159 Abs. 1 Satz 2 FamFG sowie § 60 Satz 1 und 2 FamFG.

³³ Vgl. DNotI-Report 2009, 145, 146.

³⁴ Vgl. KG, RNotZ 2010, 463, 465; *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 499 f.; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 426.

³⁵ Vgl. *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 500; *Engelhardt* in Keidel, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 158 Rdnr. 6; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299.

³⁶ *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299.

³⁷ BGH, NJW 2009, 2814 ff. = NotBZ 2009, 452 mit Anm. *Krause*.

³⁸ Vgl. *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 396 f.

³⁹ Vgl. bspw. KG, RNotZ 2010, 463, 465; *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 397; *Schürmann*, FamFR 2009, 153 ff.; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 426.

⁴⁰ Dies wird in weiten Teilen auch von denjenigen Stimmen geteilt, die die Bestellung eines Ergänzungspflegers für notwendig erachten; bspw. KG, RNotZ 2010, 463, 465; *Schürmann*, FamFR 2009, 153 ff.; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 426.

⁴¹ *Zimmermann*, Das neue FamFG, 2009, Rdnr. 364; *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 426.

⁴² BT-Drucks. 16/6308, S. 240.

ihn auch kontrolliert, ist der Verfahrensbeistand nicht weisungsgebunden, sondern kontrolliert durch die Einlegung von Rechtsmitteln seinerseits das Gericht.⁴³

Weiterhin entspricht die Bestellung des Ergänzungspflegers ersichtlich nicht der gesetzgeberischen Intention, wie sie in § 63 Abs. 2 FamFG zum Ausdruck kommt. Hiernach wird die Rechtsmittelfrist für die Beschwerde gegen einen Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auf zwei Wochen verkürzt. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass bei Beschlüssen über die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts ein besonderes Bedürfnis für eine solche verkürzte Rechtsmittelfrist bestehe.⁴⁴ Hierdurch soll im Interesse der Rechtsklarheit erreicht werden, dass das Genehmigungsverfahren zügig und ohne unnötigen Aufwand abgewickelt werden kann. Ist jedoch für die Bekanntgabe dem Minderjährigen stets ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wird diese Intention des Gesetzgebers unterlaufen. Durch das Verfahren zur Bestellung des Ergänzungspflegers wird das Genehmigungsverfahren schwerfällig,⁴⁵ durch die Möglichkeit mittels Beschwerde⁴⁶ die Pflegerbestellung isoliert anzufechten droht eine Verzögerung des Genehmigungsverfahrens.⁴⁷

Auch praktische Überlegungen lassen sich gegen die Bestellung des Ergänzungspflegers anführen. So führt die zwingende Bestellung von Ergänzungspflegern allein für die Bekanntgabe der Genehmigung dazu, dass die knappen Ressourcen der häufig zu bestellenden Jugendämter erheblich belastet werden, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre.⁴⁸ Weiterhin ist zu beachten, dass die Kosten bei der Bestellung eines Verfahrensbeistands regelmäßig niedriger sind als bei der Bestellung eines Ergänzungspflegers.⁴⁹ Schließlich ist nicht auszuschließen, dass trotz der Bestellung eines Ergänzungspflegers ein Verfahrensbeistand zu bestellen ist.⁵⁰

b) Unzulässigkeit der Bestellung eines Verfahrensbeistands?

Die Tatsache, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistands die eigentlich sachgerechtere Lösung wäre, vermag freilich für sich dessen Bestellung nicht zu rechtfertigen, falls eine solche Bestellung mit dem geltenden Gesetz nicht in Einklang zu bringen wäre. Entgegen der vorstehend unter III. 2. dargestellten Ansicht ist dies jedoch zumindest nicht zwingend der Fall.

Soweit gegen die Bestellung des Verfahrensbeistands angeführt wird, das Genehmigungsverfahren sei kein Verfahren die Person des Kindes betreffend, so dass der Anwendungsbereich des § 158 Abs. 1 FamFG nicht eröffnet sei, so ist dem zwar grundsätzlich zuzustimmen. Es trifft zu, dass § 158

Abs. 1 FamFG prinzipiell lediglich die Personensorge erfasst, die Genehmigungserteilung aber dem Bereich der Vermögenssorge zuzuordnen ist.⁵¹ Allerdings kann § 158 Abs. 1 FamFG auf das Genehmigungsverfahren analog angewendet werden.⁵² Soweit gegen eine analoge Anwendung angeführt wird, diese sei ausgeschlossen, da sich die gleiche Frage bereits nach altem Recht für § 50 FGG im Hinblick auf die Verfahrenspflegschaft gestellt habe und die Problematik im Gesetzgebungsverfahren daher bekannt gewesen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Hiergegen spricht bereits, dass die Frage der Analogiefähigkeit des § 50 FGG umstritten war, die wohl überwiegende Ansicht hat eine analoge Anwendung auf das gerichtliche Genehmigungsverfahren bejaht.⁵³ Man könnte mithin auch argumentieren, der Gesetzgeber habe bewusst an der bisher überwiegend vertretenen Ansicht festhalten wollen. Weiterhin steht allerdings auch keinesfalls fest, dass dem Gesetzgeber die Diskussion zur Vorgängernorm tatsächlich bekannt war. Zumindest aus den Gesetzesmaterialien ist nicht ersichtlich, dass die Frage vom Gesetzgeber tatsächlich gesehen wurde.⁵⁴ Allein aus der Diskussion in der Rechtswissenschaft kann richtigerweise nicht geschlossen werden, dass bewusst von einer Regelung abgesehen wurde. Geht man demnach vom Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke aus, so ist die für die Analogie weiterhin notwendige vergleichbare Interessenlage jedenfalls gut begründbar. Unter Wertungsgesichtspunkten bestehen nämlich keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Verfahren bzgl. der „Person des Kindes“ einerseits und dem hier behandelten Fall der Bekanntgabe des Beschlusses über die Genehmigungserteilung andererseits.

Weiterhin steht richtigerweise auch das Urteil des BGH vom 22.7.2009⁵⁵ der Bestellung eines Verfahrensbeistands nicht entgegen. In seinem Urteil beschäftigt sich der BGH mit der Abgrenzung der Aufgaben des Betreuers einerseits und des Verfahrenspflegers andererseits. Hierzu stellt der BGH fest, dass es „jedenfalls dann nicht zu den Aufgaben des Verfahrenspflegers gemäß § 67 FGG [gehört], die objektiven Interessen des Betreuten zu ermitteln, wenn für den Betroffenen bereits ein Betreuer bestellt ist und dessen Aufgabenkreis den jeweiligen Verfahrensgegenstand umfasst.“ Die Ausführungen des BGH lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf die hier behandelte Situation übertragen. Dies folgt bereits daraus, dass der BGH sich zur Frage der Pflichten eines neben einem Betreuer bestellten Verfahrenspflegers äußert, während es vorliegend um die Frage geht, ob zum Zweck der Bekanntgabe ein Verfahrensbeistand oder ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss. Weiterhin kann der Verfahrenspfleger nach dem FGG auch nicht ohne weiteres mit dem Verfahrensbeistand nach dem FamFG gleichgesetzt werden. Dies folgt bereits daraus, dass die Rechtsstellung des Verfahrensbeistands gegenüber dem früheren Verfahrenspfleger aufgewertet wurde.⁵⁶ Doch selbst wenn man eine Übertragung vor-

⁴³ Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426.

⁴⁴ BT-Drucks. 16/6308, S. 205 f.

⁴⁵ Vgl. zu den diesbezüglichen Unterschieden zur Bestellung eines Verfahrensbeistands bspw. Schael, FamRZ 2009, 265, 269.

⁴⁶ KG, RNotZ 2010, 463, 465; Brandenburgisches OLG, MittBayNot 2011, 240; Schael, FamRZ 2009, 265, 269. Nach anderer Ansicht ist zulässiges Rechtsmittel die befristete Erinnerung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 RPfGG, da es sich bei der Bestellung des Ergänzungspflegers allein für die Verfahrensdurchführung nicht um einen Verfahrensschritt handelt, mit dem ein gesonderter Verfahrensgegenstand abgeschlossen wird; vgl. Zorn, Rpfleger 2010, 422, 426.

⁴⁷ Ebenso KG, RNotZ 2010, 463, 465; Zorn, Rpfleger 2010, 422, 425.

⁴⁸ KG, RNotZ 2010, 463, 465; zustimmend Kölmel, RNotZ 2010, 463, 468.

⁴⁹ Vgl. Litzemberger, RNotZ 2010, 32, 33 f.

⁵⁰ Hierfür wohl DNotI-Report 2009, 145, 146 sowie Heggen, NotBZ 2010, 393, 394.

⁵¹ Vgl. hierzu bspw. DNotI-Report 2009, 145, 146.

⁵² Hierfür bspw. Harders, DNotZ 2009, 725, 730; Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 158; Kölmel, RNotZ 2010, 463, 468; Litzemberger, RNotZ 2010, 32, 34. Im Ergebnis wohl auch Heggen, NotBZ 2010, 393, 394.

⁵³ Vgl. Heinemann, FamFG für Notare, Rdnr. 158 mit Nachweisen zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.

⁵⁴ So geht bspw. auch die die Bestellung eines Verfahrensbeistands nachdrücklich ablehnende Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426 ausdrücklich davon aus, dass der Gesetzgeber die Problematik nicht im Blick gehabt habe.

⁵⁵ Fundstellen in Fn. 37.

⁵⁶ Vgl. Beschluss des OLG Koblenz, ZKJ 2010, 416, 417 = JAmt 2010, 504, 505; Engelhardt in Keidel, FamFG, § 158 Rdnr. 1.

nehmen möchte, so ist zu beachten, dass der BGH dem Verfahrenspfleger ausdrücklich die Pflicht zuschreibt, „dem Anspruch auf rechtliches Gehör Geltung zu verschaffen“. Vor dem Hintergrund, dass die Bekanntgabe an den Minderjährigen ausweislich der Gesetzesbegründung⁵⁷ gerade der Sicherung des Anspruch auf rechtliches Gehör dient, vermag das Urteil des BGH den Ausschluss des Verfahrensbeistands nicht zu begründen. Schließlich ist zu beachten, dass es bei der Nachlasspflegschaft sowie bei der Betreuung der ganz herrschenden Ansicht entspricht, dass die Bekanntgabe an den Betreuten bzw. den unbekannt Erben – so sie nicht an diesen selbst erfolgen kann – an einen nach § 276 FamFG zu bestellenden Verfahrenspfleger zu erfolgen hat,⁵⁸ was sich mit einer Übertragung des Urteils des BGH auf die hier zu entscheidende Frage schwerlich vereinbaren lässt.

Das gewichtigste Argument gegen die Bestellung eines Verfahrensbeistands folgt sicherlich aus dem Zusammenspiel von § 9 Abs. 2 FamFG und § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass hier ein gewisser Gegensatz besteht, da einerseits nach § 9 Abs. 2 FamFG für den nicht verfahrensfähigen Minderjährigen die nach bürgerlichem Gesetz dazu befugten Personen handeln, andererseits jedoch § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG festschreibt, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Allerdings steht dieser Gegensatz der Bestellung eines Verfahrensbeistands nicht zwingend entgegen. Wie oben unter II. 3. b. ausgeführt handelt es sich bei der Frage, wer den Minderjährigen bei Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses vertritt, um eine nach dem FamFG zu beantwortende verfahrensrechtliche Frage, bei der § 9 Abs. 2 FamFG von § 41 Abs. 3 FamFG überlagert wird. Die Verweisung in § 9 Abs. 2 FamFG ist daher richtigerweise zumindest insoweit nicht anzuwenden, als diese zu einer Vertretung des Kindes durch die Eltern führen würde. Ausgehend hiervon lässt sich vertreten, dass abweichend von § 9 Abs. 2 FamFG die Frage nach der Vertretung des Minderjährigen bei der Bekanntgabe trotz der Verweisung in § 9 Abs. 2 FamFG insgesamt nach den Regelungen des FamFG zu beantwortet ist, was wiederum die Anwendung des § 158 Abs. 1 FamFG eröffnet.⁵⁹

c) Vertretungsproblematik außerhalb der Bekanntgabe im Genehmigungsverfahren

Weiterhin ist zu beachten, dass die Frage, wer das Kind im Verfahren nach dem FamFG bei einem Ausschluss der Eltern vertritt, nicht nur im Rahmen des Genehmigungsverfahrens relevant wird. Vielmehr stellt sich die Frage in ähnlicher Ausgestaltung in Kindschaftssachen, bei denen ein Interessengegensatz zwischen Kind und Eltern besteht. Auch hier findet sich das Argument, dass der Verfahrensbeistand das minderjährige Kind im Verfahren nicht vertreten kann, da für den nicht verfahrensfähigen Minderjährigen nach § 9 Abs. 2 FamFG die nach bürgerlichem Gesetz dazu befugten Personen handeln, § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG aber festschreibt, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist.⁶⁰ Die wohl überwiegende Ansicht in Literatur⁶¹

und Rechtsprechung⁶² will hier hingegen die Bestellung eines Verfahrensbeistands zulassen. Hierbei wird zwar gesehen, dass dieser nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist und damit von § 9 Abs. 2 FamFG nicht erfasst wird. Hierüber wird sich jedoch aus Wertungs- und Praktikabilitätsüberlegungen hinweggesetzt,⁶³ obwohl eine mit § 41 Abs. 3 FamFG vergleichbare „Brücke“ zu einer rein verfahrensrechtlichen Beurteilung der Frage nicht besteht. Dies ist für die hier behandelte Konstellation insoweit von Bedeutung, als es wenig überzeugend erschiene, bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses den Verfahrensbeistand aufgrund des Arguments aus §§ 9 Abs. 2, 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG auszuschließen, ihm die Vertretung in Kindschaftssachen jedoch trotz Einschlägigkeit des gleichen Argumentes zu erlauben.

d) Ergebnis

Hinsichtlich der Frage der Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses kann man dem Gesetzgeber den Vorwurf der nicht gänzlich befriedigenden Arbeit⁶⁴ kaum ersparen.⁶⁵ Die gesetzliche Regelung für die diskutierte Fallgestaltung ist zumindest nicht eindeutig, gewichtige Argumente sprechen für eine von der Praxis als wenig sachgerecht empfundene Lösung. Es wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber hier nachbessert und zu einer eindeutigen und sinnvollen Lösung gelangt.⁶⁶

Unabhängig hiervon kann jedoch auch auf Grundlage des aktuellen Gesetzestextes die Bestellung eines Verfahrensbeistandes für die Bekanntgabe vertreten werden. Die hiergegen angeführten dogmatischen und systematischen Bedenken sind zwar durchaus beachtenswert, wie dargestellt jedoch nicht zwingend. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass durch die Bekanntgabe an einen Verfahrensbeistand das Genehmigungsverfahren entlastet und damit dem gesetzgeberischen Ziel eines zügigen Genehmigungsverfahrens gedient wird. Weiterhin spricht für den Verfahrensbeistand neben praktischen Überlegungen auch die höhere funktionelle Stimmigkeit. Schließlich lässt sich für die Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an den Verfahrensbeistand das Interesse am Gleichlauf mit der Behandlung der Frage bei den Verfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG anführen. Im Ergebnis erscheint es mir daher überzeugender, die Vertretung des Minderjährigen bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses dem Verfahrensbeistand zuzuweisen.

IV. Bedeutung für die notarielle Praxis

Für den Notar gehört die familiengerichtliche Genehmigung zum regelmäßigen Geschäft. Seit Inkrafttreten des FamFG muss er hierbei berücksichtigen, dass das von ihm beurkundete genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft erst mit Rechts-

⁵⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 197.

⁵⁸ Vgl. OLG Hamm, DNotI-Report 2010, 214 = NotBZ 2011, 46 = RNotZ 2011, 46 = RPflegler 2011, 87 = ZNotP 2011, 70 sowie Kölmel, ZNotP 2011, 59, 60 jeweils m. w. N.

⁵⁹ Vgl. Kölmel, RNotZ 2010, 463, 469.

⁶⁰ So bspw. OLG Oldenburg, FamFR 2010, 45 mit abl. Anm. Grün.

⁶¹ Vgl. bspw. Grün, FamFR 2010, 45 f.; Keuter, NJW 2010, 1851 f.; Stöfner, FamRB 2010, 38, 39 jeweils m. w. N.

⁶² OLG Stuttgart, FamRZ 2010, 1166 = NJW-RR 2010, 222 = ZKJ 2009, 569; OLG Koblenz, FamRZ 2010, 1919 (Leitsatz) = JAmt 2010, 504 = ZKJ 2010, 416 (jeweils Leitsatz und Gründe).

⁶³ Eine genaue Darstellung der Ausführungen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, verwiesen sei insofern auf die angegebenen Fundstellen.

⁶⁴ Eine der Ursachen hierfür wird aus dem Redebeitrag der Abgeordneten Ute Gernold in der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 27.6.2008 deutlich, in dem es heißt: „Zum Teil wurde uns zugesagt, etwas über Nacht fertig zu stellen, so dass es uns am nächsten Tag vorlag. Das hat funktioniert.“ (Plenarprotokoll 16/173, 18474B).

⁶⁵ Ebenso Schürmann, FamFR 2009, 153 ff.; Zorn, Rpflegler 2009, 421, 426.

⁶⁶ Ebenso Schürmann, FamFR 2009, 153 ff.; Zorn, Rpflegler 2009, 421, 426. Ähnlich auch Heggen, NotBZ 2010, 393, 397 Fn. 22.

kraft der familiengerichtlichen Genehmigung wirksam wird.⁶⁷ Dies setzt zumindest grundsätzlich voraus, dass der Beschluss über die Erteilung der Genehmigung auch dem Minderjährigen ordnungsgemäß bekannt gegeben worden ist.⁶⁸ Dennoch ist die hier diskutierte Frage in der Praxis vom Notar nicht zu entscheiden. Die ordnungsgemäße Bekanntgabe des Beschlusses obliegt dem Gericht. Dies umfasst auch die Pflicht sicherzustellen, dass der Beschluss dem Minderjährigen korrekt bekannt gegeben wird. Der Notar ist nicht von Amts wegen zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Bekanntgabe verpflichtet,⁶⁹ eine freiwillige Übernahme der Überprüfung

67 Vgl. allgemein zur familiengerichtlichen Genehmigung in der notariellen Praxis nach der Reform durch das FamFG *Kölmel*, NotBZ 2010, 2 ff. m. w. N.

68 Zu beachten ist jedoch, dass auch bei unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Bekanntgabe des Beschlusses die Beschwerdefrist ablaufen kann, mit der Folge, dass die Genehmigung in Rechtskraft erwächst. Nach der zustimmungswürdigen überwiegenden Ansicht (so insbesondere OLG Hamm, DNotI-Report 2010, 214 = NotBZ 2011, 46 (mit abl. Anm. *Heggen*) = RNotZ 2011, 46 mit zust. Anm. *Bremkamp*; läuft die Beschwerdefrist für eine trotz materieller Beschwer nicht am erstinstanzlichen Verfahren beteiligte Person solange, bis die Beschwerdefrist nach § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG für den letzten Beteiligten des erstinstanzlichen Verfahrens abgelaufen ist. Vgl. hierzu ausführlich *Kölmel*, ZNotP 2011, 59 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

69 Der Notar darf sich insoweit auf das Rechtskraftzeugnis verlassen, vgl. *Brambring*, NotBZ 2009, 394, 395; *Kesseler*, ZNotP 2009, 422, 423; *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 11; *ders.*, RNotZ 2010, 463, 469; jeweils m. w. N.

durch den Notar sollte im Hinblick auf die dem Notar nicht zugänglichen Informationen sowie die aus einer Übernahme resultierenden Haftungsrisiken tunlichst unterbleiben.⁷⁰ Mit der Frage der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses an das minderjährige Kind kommt der Notar daher regelmäßig lediglich insoweit in Berührung, als er es in der Praxis häufig übernimmt, für die Beteiligten die Genehmigung des beurkundeten Rechtsgeschäfts zu beantragen. Hier kann der Notar dem Gericht ggf. eine geeignete Person als „Bekanntgabevertreter“ für das minderjährige Kind vorschlagen.⁷¹ Im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage sollte der Notar es hierbei jedoch dem zuständigen Gericht überlassen,⁷² ob dieses einen Verfahrensbeistand oder einen Ergänzungspfleger bestellt.⁷³

70 Vgl. *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 12.

71 Vgl. zur Anregung der Bestellung einer bestimmten Person DNotI-Report 2009, 145, 147 sowie *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 6.

72 Dies ist (entgegen der Darstellung bei *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 396) freilich nicht so zu verstehen, dass das Gericht (losgelöst von der eigentlichen Rechtsfrage) entscheiden darf, ob es einen Verfahrensbeistand oder einen Ergänzungspfleger bestellt. Es ist jedoch nicht Sache des Notars, diese Rechtsfrage anstelle des Gerichts zu beantworten bzw. seine Rechtsauffassung gegenüber dem Gericht durchzusetzen. Für den Notar empfiehlt es sich daher, die Beantwortung der Rechtsfrage gegenüber dem Gericht bei Übersendung des Vorschlags zur Bestellung einer geeigneten Person offenzulassen.

73 Ein entsprechender Formulierungsvorschlag hierzu findet sich bei *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 16.

Steuerbefreiungen für Betriebsvermögen nach der Erbschaftsteuerreform – Neuere Entwicklungen

Von Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Die durch das BVerfG vorgegebene Bewertung sämtlicher Vermögensgegenstände einschließlich des Betriebsvermögens mit dem Verkehrswert wurde in den Beiträgen MittBayNot 2010, 175 ff. und 435 ff. dargestellt. Für große Teile des betrieblichen Vermögens wird diese Schlechterstellung jedoch durch bereits vor der Entscheidung des BVerfG in den Grundzügen geplanten Verschonungsnormen kompensiert, die im Ergebnis dazu führen, dass auch äußerst wertvolle Unternehmen und Beteiligungen steuerfrei übertragen werden können, und zwar auch außerhalb der unmittelbaren Familie.

A. Gesetzgebungstätigkeit

Die im Rahmen der Erbschaftsteuer neu geschaffenen Regelungen zur Begünstigung des Betriebsvermögens finden sich im Wesentlichen in den §§ 13 a, 13 b und 19 a ErbStG.¹ Mittels der Neuregelung sollte für eine größere Zielgenauigkeit der Steuerverschonung gesorgt werden – der Kreis des privilegierten Vermögens wird eingeschränkt, während die Privilegierung inhaltlich gegenüber dem früheren Recht deutlich erweitert wird.

Nicht überraschend ist danach, dass sich die Diskussion seit Inkrafttreten der Neuregelung im Schwerpunkt mit der Anwendbarkeit der neuen Verschonungsregeln beschäftigt. Im

Mittelpunkt stehen dabei u. a. zwei Fragen:

- die Ausgrenzung des Verwaltungsvermögens und
- die Anforderungen an einen „Pool“, der zur Zusammenrechnung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften vereinbart wird.

Beide Rechtsbegriffe kamen in der bisherigen Regelung nicht vor und verlangten insofern nach Konkretisierung. Daneben sind zahlreiche Detailfragen, etwa zur Behandlung von Nachfolge- und Abfindungsregelungen in Personengesellschaften² sowie zur Nachversteuerung – insbesondere zur Lohnsummenkontrolle – aufgetaucht. Im letztgenannten Bereich hat der Gesetzgeber das Reformgesetz auch bereits nachgebessert und im Rahmen des sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetzes

¹ Zu den Grundzügen der Neuregelung vgl. *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 94 ff.

² Vgl. hierzu etwa *Krumm*, NJW 2010, 187; *Ivens*, ZEV 2010, 615.

die Anforderungen der Lohnsummenkontrolle gelockert. Das Jahressteuergesetz 2010 hat neben der Gleichstellung eingetragener Lebenspartnerschaften vergleichsweise kleine Änderungen beim sog. Verwaltungsvermögenstest gebracht. Die im Regierungsentwurf geplante Abschaffung des sog. Kaskadeneffektes³ (vgl. dazu das Beispiel unter B. I.) ist nicht Gesetz geworden.

Die Finanzverwaltung hat ihre Sicht der Dinge zum hier besprochenen Problemkreis im Wesentlichen in den „Gleich lautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts vom 25.6.2009 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes“⁴ – nachfolgend als ErbSt-Erlass bezeichnet – niedergelegt.

B. Verschontes Vermögen

Das der Steuerverchonung unterliegende Vermögen ist in §§ 13 a Abs. 1 Satz 1 und 13 b Abs. 1 ErbStG beschrieben.⁵ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die beiden vorbezeichneten Problemkreise.⁶

I. Beteiligungen an Kapitalgesellschaften

Aus dem früheren Recht übernommen wurde die Beschränkung des (heutigen) § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG, wonach Anteile an Kapitalgesellschaften nur dann zum begünstigten Vermögen gehören, wenn der Erblasser/Schenker zu mehr als 25 % am Nennkapital der Gesellschaft beteiligt ist.⁷ Zunächst ist festzuhalten, dass diese Einschränkung nicht unmittelbar gilt, wenn die Beteiligung schon zu einem privilegierten Betriebsvermögen gehört, was insbesondere bei den Anteilen an einer Komplementär-GmbH im Rahmen einer GmbH & Co. KG oder bei den Anteilen an einer Betriebs-GmbH im Rahmen einer Betriebsaufspaltung der Fall sein kann.⁸

Die wesentliche Innovation besteht hier darin, dass nunmehr auch in einem „Pool“ gebundene Anteile zusammengerechnet werden können. Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere Familienunternehmen schützen, deren Anteile sich durch mehrfache Nachfolge so verkleinern könnten, dass die einzelnen Familienmitglieder die Beteiligungsquote nicht mehr erreichen, während im Unternehmen eher die Familie als solche beherrschend auftritt.⁹ Die gesetzgeberische Definition des „Pools“ jedoch lässt zu wünschen übrig. Das Gesetz verlangt, dass „der Erblasser oder Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur

einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben“.

Insbesondere die (zweifache) Verwendung des Begriffs „einheitlich“ lässt hier Raum für verschiedenste Auslegungen. Hiermit könnte gemeint sein, dass die Mitglieder nur gleichzeitig, zu denselben Konditionen und an denselben Erwerber veräußern dürfen,¹⁰ während andererseits auch genügen könnte, dass die Verfügung „einheitlichen Regeln“ unterliegt, wie z. B. im Fall einer gesellschaftsvertraglichen Festlegung des Empfängerkreises.¹¹

Obwohl die Aufstellung von „Regeln“ irgendwelcher Art zu Anteilsverfügungen Bestandteil beinahe jeder GmbH-Satzung und damit nicht unbedingt ein typisches Merkmal von Familiengesellschaften ist, hat sich die Finanzverwaltung der großzügigen letztgenannten Auffassung angeschlossen.¹² Die einheitlichen Regeln können sich dabei sowohl auf den Empfängerkreis beziehen als auch auf das Erfordernis eines Beschlusses; sie müssen nur für alle im Pool gehaltenen Anteile gelten.

Umstritten ist auch, ob das Kriterium „der gleichen Verpflichtung unterliegend“ auch erfüllt ist, wenn der Erwerber erst mit Vollzug der Übertragung in den Poolvertrag eintritt,¹³ oder ob hierunter nur „poolinterne“ Verschiebungen zu erfassen sind.¹⁴ Die Finanzverwaltung hat sich auch hier der großzügigen erstgenannten Auslegung angeschlossen.¹⁵ Damit die Alternative „einheitliche Verfügung“ neben der Alternative „derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner“ noch eine eigenständige Bedeutung hat („oder“), muss man also davon ausgehen, dass eine einheitliche Verfügung gerade nicht den Eintritt des Erwerbers in den Pool voraussetzt. Die Weiterübertragung der Anteile (auch innerhalb des Pools) führt zum Verlust der bereits gewährten Begünstigungen bei dem Veräußerer, nicht dagegen bei den anderen Poolmitgliedern;¹⁶ das Ausscheiden eines Mitglieds aus dem Pool soll für die anderen Poolmitglieder unschädlich sein, sofern noch insgesamt mehr als 25 % der Anteile im Pool verbleiben.¹⁷

Schließlich lässt der Gesetzeswortlaut auch offen, was hier unter einer „Verfügung“ zu verstehen ist. Die zivilrechtliche Interpretation würde z. B. auch Verpfändungen erfassen, was im Hinblick auf den Sinn des Gesetzes nicht überzeugend scheint. Die Finanzverwaltung will unter einer Verfügung die „Übertragung des Eigentums an einem Anteil“ verstehen,¹⁸ womit wohl das wirtschaftliche Eigentum i. S. v. § 39 AO gemeint sein dürfte.¹⁹

³ BT-Drucks. 17/2249 vom 22.6.2010.

⁴ BStBl I 2009, S. 713; hinsichtlich Abschnitt 21 (Kapitalgesellschaften) geändert mit gleichlautenden Erlassen vom 29.10.2010, BStBl I 2010, S. 1210.

⁵ Siehe dazu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85.

⁶ Im Übrigen sei verwiesen auf die Neuausrichtung der Verwaltung bzgl. der Begünstigung treuhänderisch gehaltenen Vermögens, vgl. Bay. StMF vom 16.9.2010, DStR 2010, 2084; vgl. hierzu auch *Fürwentsches/Richter*, DStR 2010, 2070; zu atypisch stillen Beteiligungen und atypischen Unterbeteiligungen, vgl. Bay. StMF vom 9.7.2010, DStR 2010, 1575; vom 23.3.2009, DStR 2009, 908.

⁷ Eigene Anteile sind dabei nicht mitzuzählen und erhöhen somit die Quote des Gesellschafters, so jedenfalls Abschnitt 21 Abs. 2 Satz 2 ErbSt-Erlass ungeachtet des unklaren Gesetzeswortlautes („unmittelbar“).

⁸ *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 b ErbStG Rdnr. 117; die Problematik kehrt dann jedoch im Rahmen des Verwaltungsvermögenstests (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG) wieder.

⁹ *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527.

¹⁰ *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 73, 76.

¹¹ *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 73, 76; *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 528.

¹² Abschnitt 21 Abs. 4 Satz 2–4 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010; Bay. Landesamt f. Steuern vom 11.8.2010, DStR 2010, 2134.

¹³ So *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 528.

¹⁴ Zum Streitstand *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 b ErbStG Rdnr. 210.

¹⁵ Abschnitt 21 Abs. 4 Satz 5 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010.

¹⁶ Abschnitt 14 Abs. 1 Satz 4 und 5 sowie Abs. 2 ErbSt-Erlass; zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch gilt, wenn der Pool dadurch erlischt, dass ein Mitglied die Anteile des anderen Mitglieds erwirbt.

¹⁷ Bay. Landesamt f. Steuern vom 11.8.2010, DStR 2010, 2134.

¹⁸ Abschnitt 21 Abs. 4 Satz 1 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010; speziell zu Verpfändung und Zuwendungs- bzw. Vorbehaltsnießbrauch vgl. Bay. Landesamt f. Steuern vom 11.8.2010, DStR 2010, 2134.

¹⁹ Anderenfalls wäre die Wortwahl der Verwaltung zivilrechtsdogmatisch als bedenklich einzustufen; schädlich ist also nicht nur die Anteilsabtretung, sondern z.B. auch die Einräumung einer atypischen Unterbeteiligung, vgl. Bay. Landesamt f. Steuern, DStR 2010, 2134.

Hinsichtlich der „einheitlichen Stimmrechtsausübung“ wird den Gesellschaftern Gestaltungsfreiheit gelassen, so dass eine Stimmbindungsvereinbarung²⁰ ebenso zielführend ist wie die Benennung von gemeinsamen Sprechern.²¹ Erforderlich ist allerdings, dass die Poolmitglieder nach außen mit einem einheitlichen Willen auftreten und dass es sich um eine echte Vereinbarung handelt, nicht nur um eine tatsächliche Übung.²² Diese Regeln sollen auch gelten, wenn alle Gesellschafter Mitglieder des Pools sind.²³

Ob es sich bei der Poolvereinbarung um einen Teil der Satzung handelt oder um schuldrechtliche Abreden der Gesellschafter untereinander, ist gleichgültig,²⁴ allerdings muss die Vereinbarung zumindest schriftlich vorliegen.²⁵ Dieses Erfordernis dürfte nur für Aktiengesellschaften relevant sein, da bei der GmbH im Hinblick auf § 15 GmbHG die notarielle Beurkundung erforderlich ist.²⁶

Die recht großzügige Sichtweise der Finanzverwaltung eröffnet insbesondere GmbHs mit überschaubarem Gesellschafterkreis die Möglichkeit einer Anerkennung als Pool, ohne dass damit wesentliche Einschränkungen der Gesellschafterrechte verbunden sind. Es genügt unter wortlautgetreuer Zugrundelegung der Verwaltungsauffassung beispielsweise, dass die Gesellschafter mit Weitergabeverpflichtung vereinbaren, vor der „offiziellen“ Abstimmung in der Gesellschafterversammlung zunächst eine interne Abstimmung durchzuführen, bei der die satzungsmäßigen Mehrheitsanforderungen entsprechend gelten. Anschließend wird das „intern“ gefundene Ergebnis in der Gesellschafterversammlung einstimmig vertreten. Diese Überspitzung freilich hat mit der gesetzgeberischen Intention nichts mehr zu tun, weshalb eine Anerkennung im Ernstfall alles andere als sicher ist.

Allerdings sprechen auch materielle Gründe u. U. dafür, die Einbringung der Beteiligungen in eine gewerbliche bzw. gewerblich geprägte Außengesellschaft einem als Innengesellschaft ausgestalteten Poolvertrag vorzuziehen.²⁷

Beispiel:

Die fünf Kinder des Unternehmensgründers U sind zu je 20 % an einer gewerblich tätigen GmbH (Verwaltungsvermögen unter 50 %) beteiligt. Die Weitergabe des Anteils durch ein Kind wäre nicht nach § 13 b ErbStG begünstigt. Legen die Kinder ihre Anteile in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG ein,²⁸ so können sie ihre Mitunternehmeranteile begünstigt

nach § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG übertragen. Die in der KG befindliche Beteiligung an der GmbH ist kein Verwaltungsvermögen: § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG greift nicht ein, da die Beteiligung 100 % beträgt. Auch Nr. 3 ist nicht einschlägig, da in der GmbH das Verwaltungsvermögen unter 50 % liegt. Es kann hier sogar dann die vollständige Steuerfreiheit nach § 13 a Abs. 8 ErbStG erreicht werden, wenn das Verwaltungsvermögen in der GmbH mehr als 10 % (aber nicht mehr als 50 %) ausmacht.²⁹ Schließen die Kinder stattdessen einen Poolvertrag als Innengesellschaft, so wäre die vollständige Steuerfreiheit nur erreichbar, wenn das Verwaltungsvermögen in der GmbH nicht mehr als 10 % ausmacht. Abgesehen davon würden sich die Kinder im Hinblick auf die vorstehend genannten Auslegungsschwierigkeiten und die drohende Nachversteuerung bei Auflösung des Pools (§ 13 a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG) auf unsicheres Terrain begeben.

II. Verwaltungsvermögen

Die Konkretisierung der Unterfälle des „Verwaltungsvermögens“ nimmt im ErbSt-Erlass ca. fünf Seiten ein.³⁰ Zunächst stellt Abschnitt 23 Abs. 1 Satz 2 klar, dass die Voraussetzung für jede wirtschaftliche Einheit gesondert zu prüfen ist. Die Verwaltungspraxis behilft sich hier mit einer gesonderten Ermittlung und Mitteilung

- der Summe der gemeinen Werte aller Gegenstände des Verwaltungsvermögens
- der Summe der gemeinen Werte der Gegenstände des jungen Verwaltungsvermögens

durch das Betriebsfinanzamt. Dieser Aspekt ist für die Gestaltungspraxis von Bedeutung, wenn von der Option des § 13 a Abs. 8 ErbStG Gebrauch gemacht werden soll. Diese Option kann bis zur Bestandskraft des Erbschaftsteuerbescheides ausgeübt werden, somit ist in jedem Fall zunächst der Feststellungsbescheid abzuwarten.³¹

1. Stichtag

Eine „Haltefrist“ für die Verwaltungsvermögensquote gibt es nicht.

Beispiel:

Im Betriebsvermögen der AB OHG befindet sich ein 20 %-Anteil an der X GmbH (Verwaltungsvermögen nicht mehr als 50 %). Hierzu besteht mit C, der an der X GmbH mit 10 % beteiligt ist, ein Poolvertrag. A überlässt seine OHG-Beteiligung an seine Tochter T. Die Übertragung ist nach § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG begünstigt, da die Beteiligung an der X-GmbH kein Verwaltungsvermögen darstellt. Wird anschließend der Poolvertrag beendet, kommt es nicht zu einer erneuten Prüfung der Verwaltungsvermögensquote.³²

²⁰ Ausreichend ist auch eine sog. „weiche“ Stimmbindung, deren Verletzung nur Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis nach sich zieht, vgl. *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 529.

²¹ Abschnitt 21 Abs. 5 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010.

²² Dies gilt, ungeachtet des insoweit etwas anders gefassten Wortlauts, auch bei der Einordnung solcher Beteiligungen als Verwaltungsvermögen i. S. v. § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG, vgl. *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 529.

²³ Abschnitt 21 Abs. 5 Satz 8 und 9 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010.

²⁴ *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 530.

²⁵ Abschnitt 21 Abs. 6 ErbSt-Erlass i. d. F. vom 29.10.2010.

²⁶ *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 531.

²⁷ Ebenso *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 20.

²⁸ Dies ist zu Buchwerten möglich nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 lit. b) EStG. Sofern sich in der GmbH oder deren Tochtergesellschaften Grundbesitz befindet, ist § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG zu beachten (steuerpflichtige Anteilsvereinigung!). Eine (grunderwerbsteuerlich günstigere) Alternative bestünde in einem Formwechsel der GmbH in eine GmbH & Co. KG, was jedoch zahlreiche weitere ertragsteuerliche Fragen nach sich zieht und u. U. wegen der Steuerfolgen nach §§ 9, 7 UmwStG nicht gangbar ist.

²⁹ *Wälzholz*, DStR 2009, 1605, 1608; dazu schon *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 85, 97; dieser sog. Kaskadeneffekt ist auch durch das JStG 2010 nicht beseitigt worden.

³⁰ Ergänzend sei hingewiesen auf die Verfügung des Bay. Landesaufsicht für Steuern vom 11.8.2010, DStR 2010, 2084, zur Abgrenzung zwischen Grundstücksüberlassung und gewerblicher Tätigkeit im Brauerei- und Logistikgeschäft; sowie auf den Erlass des Bay. StMF zum Vorliegen eines Wohnungsunternehmens vom 12.7.2010, DStR 2010, 1891; vgl. hierzu *Ivens*, DStR 2010, 2168.

³¹ *Wälzholz*, DStR 2009, 1605, 1608.

³² Vgl. Abschnitt 23 Abs. 2 ErbSt-Erlass.

2. Betriebsaufspaltung

Nicht zum Verwaltungsvermögen gehören Grundstücke, die im Rahmen einer ertragsteuerlich anerkannten Betriebsaufspaltung gehalten werden. Dass die Betriebsaufspaltung erst durch die Überlassung begründet wird, genügt nicht:

Beispiel:

V ist Alleineigentümer des Betriebsgrundstückes, das an die VS GmbH verpachtet ist. An dieser GmbH ist V mit 10 % beteiligt, sein Sohn S mit 90 %. V überträgt eine Beteiligung sowie das Grundstück an S. Bei S entsteht eine Betriebsaufspaltung, wobei das Grundstück künftig zum Vermögen des Besitzunternehmens zählt. Allerdings ändert dies nichts daran, dass V steuerlich nicht privilegiertes Privatvermögen übertragen hat. Wäre V mit 30 % beteiligt gewesen, so würde zumindest die Anteilsübertragung begünstigt. Das Grundstück wäre dennoch nicht Teil eines Betriebsvermögens, so dass es auf § 13 b Abs. 2 ErbStG gar nicht ankommt.

Besser wäre es gewesen, die Betriebsaufspaltung (wenn sie denn gewünscht ist) vor der Übertragung zu begründen (z. B. durch Einbringung des Grundstücks in eine GbR, an der V und S beteiligt sind). Bei der anschließenden Übertragung des Anteils an der Besitzgesellschaft zusammen mit dem GmbH-Anteil des V würde § 13 b Abs. 1 Nr. 2 eingreifen. Die Immobilie wäre dann zwar „junges Betriebsvermögen“ im bewertungsrechtlichen Sinne, allerdings kein Verwaltungsvermögen.

3. Verpachtungsfälle

Hinsichtlich der aufkommenden Zweifel bei der Behandlung verpachteter Betriebe hat sich die Verwaltung einer Meinung weitgehend enthalten. Ansonsten begnügt man sich mit der Wiedergabe des verunglückten Gesetzestextes. Begünstigt sind nach Auffassung der Verwaltung folgende Fälle:³³

- der Erwerb von Todes wegen (genannt ist auch hier nur der Erbe, nicht der Vermächtnisnehmer), wenn der Erwerber bereits zuvor Pächter des Betriebes war; hierbei kommt es anscheinend nicht darauf an, mit welcher Frist der Pachtvertrag abgeschlossen wurde und ob die Erbeinsetzung bereits zur Zeit der Verpachtung feststand;
- die Schenkung unter Lebenden (gemeint ist: vom Verpächter an den Pächter), allerdings nur, wenn die Verpachtung unbefristet war und im Zusammenhang mit der Verpachtung der Pächter als Erbe eingesetzt wurde³⁴; es ist also überraschenderweise eine Erbeinsetzung nötig, die später wegen der lebzeitigen Überlassung gar nicht mehr zum Tragen kommt;
- die lebzeitige Schenkung an einen Erwerber, der nicht selbst Pächter ist, wenn dieser Erwerber den Betrieb noch nicht selbst führen kann und die Verpachtung auf zehn Jahre befristet ist (die Frist verlängert sich bei Schenkungen an minderjährige Kinder um die Zeit bis zur Volljährigkeit, läuft damit also bis zur Vollendung des 28. Lebensjahres des Kindes). Der Beginn der 10-Jahres-Frist ist ebenfalls unklar. Der Gesetzeswortlaut und die Verwaltung sprechen von einer Verpachtung von maximal zehn Jahren Gesamtdauer; gemeint ist allerdings eher die Restdauer zur Zeit der Übergabe;³⁵ anderenfalls ließe sich auch die Fristverlängerung bei Minderjährigen nicht sinnvoll berechnen, denn zur Zeit der Verpachtung steht der Erwerber evtl. noch gar nicht fest.

³³ Abschnitt 26 Abs. 1 Nr. 1 ErbSt-Erlass.

³⁴ Wobei immer noch unklar ist, was mit einer „rechtsgeschäftlichen Verfügung“ gemeint sein könnte, vgl. *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 b ErbStG Rdnr. 264.

³⁵ Ebenso *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 b ErbStG Rdnr. 265.

4. Landwirtschaftliche Flächen

Andere Regeln gelten bei der Verpachtung land- und forstwirtschaftlicher Flächen (§ 13 b Abs. 2 Nr. 1 e) ErbStG). Werden diese Flächen zu land- und forstwirtschaftlichen Zwecken verpachtet (auch ohne den Gesamtbetrieb), liegt kein Verwaltungsvermögen vor. Dies gilt auch dann, wenn das Vermögen insgesamt als Betriebsvermögen zu bewerten ist, beispielsweise weil die Landwirtschaft durch eine GmbH & Co. KG betrieben wird.³⁶ Die Norm steht im engen Zusammenhang mit § 13 b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, der regelt, welche Teile eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes überhaupt privilegiert sind: Nämlich der Wirtschaftsteil (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 BewG) im Inland und EWR und die selbst bewirtschafteten Flächen i. S. v. § 159 BewG, nicht jedoch Stückländereien (§ 168 Abs. 2 BewG).

Beispiel:

Landwirt L bewirtschaftet seinen Hof selbst. Einige hofnahe Grundstücke der Gemarkung X hat er auf die Dauer von zehn Jahren an seinen Nachbarn zu landwirtschaftlichen Zwecken verpachtet. Die entfernten Grundstücke der Gemarkung Y sind auf die Dauer von 30 Jahren an einen anderen Landwirt verpachtet. Schließlich wurde sein Feld in der Gemarkung Z als Bauland ausgewiesen. Im Gegensatz zu seinen Nachbarn mag L dort jedoch keinen Bauplatz verkaufen, sondern Rüben anbauen.

Die Grundstücke der Gemarkung X gehören zum Wirtschaftsteil nach § 160 Abs. 2 BewG. Sie sind regelmäßig nach § 164 BewG mit dem Mindestwert zu bewerten und steuerlich nach § 13 b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG privilegiert. Es handelt sich nicht um eine Stückländerei (Dauer unter 15 Jahre) und auch nicht um Verwaltungsvermögen (§ 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 e) ErbStG). Die Grundstücke der Gemarkung Y bilden eine Stückländerei i. S. v. § 160 Abs. 7 BewG. Sie sind nach § 162 Abs. 2 BewG stets mit dem Mindestwert anzusetzen, allerdings nicht erbschaftsteuerlich privilegiert. Die Grundstücke der Gemarkung Z sind nach § 159 Abs. 3 BewG nicht als landwirtschaftliches Vermögen, sondern als Grundvermögen zu bewerten (also anhand des Bodenrichtwerts für die Bauplätze). Die sich daraus ergebenden Werte sind jedoch nach § 13 b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG privilegiert. Hinzu kommt der Wohnteil, der ggf. als Familienheim nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a–4 c ErbStG privilegiert ist, sowie etwaige Betriebswohnungen, die neben dem Wertabschlag nach § 167 BewG noch von der 10%-Verschonung des § 13 c ErbStG profitieren können.³⁷

Das Bewertungsprivileg und die Steuerverschonung sind also deutlich voneinander zu unterscheiden.

5. Wertpapiere und Geldvermögen

Erfreulich ist die Auffassung der Finanzverwaltung zur Einordnung von Wertpapieren und vergleichbaren Forderungen als Verwaltungsvermögen. Sie geht hierbei von einem engen Wertpapierbegriff aus, wonach insbesondere Geld, Bankkonten und betriebliche Forderungen nicht zum Verwaltungsvermögen gehören.³⁸ Bei Freiberuflern und nicht bilanzierenden Gewerbetreibenden ergibt sich jedoch schon aus Abschnitt 9 Abs. 3 Satz 5 Unternehmensbewertungs-Erlass, dass nur solche Geldbeträge zum Betriebsvermögen gehören, die aus

³⁶ Abschnitt 29 Abs. 2 ErbSt-Erlass.

³⁷ Vgl. Abschnitt 36 Abs. 2 Satz 6 ErbSt-Erlass.

³⁸ Vgl. Abschnitt H32 ErbSt-Erlass.

der betrieblichen Tätigkeit resultieren.³⁹ Im Übrigen gelten die ertragsteuerlichen Grundsätze, so könnten Geldbeträge, die nur zum Zwecke einer steuergünstigen Übertragung in einen Betrieb eingelegt werden, als notwendiges Privatvermögen gemäß Abschnitt R 4.2 Abs. 1 Satz 5 EStH angesehen werden.

6. Anteil des Verwaltungsvermögens

Nachdem auf diese Weise ermittelt wurde, welche Gegenstände dem Verwaltungsvermögen zuzurechnen sind, bedarf es für diese Gegenstände einer Bewertung mit dem gemeinen Wert. Anschließend wird der Anteil des Verwaltungsvermögens als Verhältnis zwischen der Summe der gemeinen Werte der Gegenstände des Verwaltungsvermögens (ohne Schuldenabzug) und dem gemeinen Wert des Betriebes berechnet (§ 13 b Abs. 2 Satz 4 und Satz 6 ErbStG).⁴⁰ Übersteigt das Ergebnis die Schwelle von 50 %, geht die Betriebsvermögensbegünstigung vollständig verloren. Da der gemeine Wert des Betriebes durch Schulden reduziert wird (sei es aufgrund der Substanzbewertung oder aufgrund des negativen Einflusses der Zinsen auf den Ertragswert), kann bereits in Betrieben mit einem durchschnittlichen Fremdkapitalanteil ein Verwaltungsvermögen von ca. 1/4 der Bilanzsumme schädlich sein.⁴¹ In kritischen Fällen sollte überlegt werden, Teile des Verwaltungsvermögens im Vorfeld aus dem Betrieb zu entfernen, z. B. durch buchwertneutrale Übertragung an eine GmbH & Co. KG gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG.⁴² Alternativ bietet es sich an, den Anteil des begünstigten Vermögens durch Zuführung von Eigenkapital im Vorfeld der Übertragung zu erhöhen.⁴³

Schließlich sollte der Aspekt „Verwaltungsvermögen“ schon bei der ursprünglichen Zuordnung von Vermögenswerten bedacht werden.

Beispiel:

V, Alleingesellschafter der kapitalintensiven und ertragsstarken V-GmbH, möchte ein Grundstück zur Verpachtung an die X GmbH erwerben, an der er selbst mit 20 % beteiligt ist. Erbschaftsteuerlich⁴⁴ könnte es günstiger sein, wenn V das Grundstück nicht selbst erwirbt (nicht privilegiertes Privatvermögen), sondern durch die V GmbH erwerben lässt. Dort gehört das Grundstück zwar zum Verwaltungsvermögen, was jedoch unschädlich ist, wenn die V-GmbH daneben über ausreichend begünstigtes Vermögen verfügt und die Quote nicht verletzt wird.

7. Junges Verwaltungsvermögen

Selbst wenn der Betrieb insgesamt die Hürde „Verwaltungsvermögensanteil“ genommen hat, sind diejenigen Gegenstände des Verwaltungsvermögens gemäß § 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG nicht privilegiert, die innerhalb der letzten zwei Jahre in das Betriebsvermögen gelangt sind, sei es durch Erwerb von Dritten, eigene Herstellung oder durch Einlage der Gesellschafter (junges Verwaltungsvermögen).⁴⁵ Insofern ist

auch eine Umschichtung des vorhandenen Verwaltungsvermögens (Aktivtausch) im Zweijahreszeitraum vor der Übertragung nachteilig.⁴⁶

Beispiel:

Bei der X-OHG beträgt der Anteil des Verwaltungsvermögens 30 %. Dieses besteht in einem ehemaligen Betriebsgrundstück. Vor einem Jahr hat die Gesellschaft neu gebaut. Da eine Veräußerung des Altgrundstücks noch nicht geglückt ist, wurde dieses vorübergehend an diverse Ladengeschäfte vermietet.

Es handelt sich nicht um junges Verwaltungsvermögen, da das Betriebsgrundstück schon seit mehr als zwei Jahren dem Betriebsvermögen zuzurechnen ist. Dass das Grundstück erst vor einem Jahr in Verwaltungsvermögen umgewidmet wurde, ist unschädlich.⁴⁷ Es handelt sich allerdings nicht mehr um ein betriebsnotwendiges Grundstück. Maßgeblich sind daher die Bewertungsvorschriften für Grundbesitz, während das Grundstück, die damit zusammenhängenden Schulden und die Einnahmen aus den Ladengeschäften für das vereinfachte Ertragswertverfahren bei der Bewertung der OHG herauszurechnen sind (§ 200 Abs. 2 BewG).

Die mit dem jungen Verwaltungsvermögen zusammenhängenden Schulden werden für Zwecke der Erbschaftsteuerbefreiung nicht herausgerechnet, sondern mindern den Wert des (steuerbefreiten) Betriebsvermögens.⁴⁸ Auch insofern gehen Bewertungsrecht und Erbschaftsteuerrecht also getrennte Wege.

In mehrstufigen Strukturen ergeben sich hier weitere Zweifelsfragen, die auch durch die Einfügung des § 13 b Abs. 2 Satz 7 ErbStG nicht ausgeräumt sind.

Beispiel:

M ist an der M-GmbH zu 50 % beteiligt. Im Vermögen der M-GmbH von 200 befindet sich „altes“ Verwaltungsvermögen von 90 (Abwandlung: 40) und die 100%-Beteiligung an der T GmbH (Wert 80). Im Vermögen der T GmbH befindet sich junges Verwaltungsvermögen von 30, aber kein sonstiges Verwaltungsvermögen.

Da der Anteil des Verwaltungsvermögens bei der T GmbH unter 50 % liegt, ist die Beteiligung als begünstigtes Vermögen anzusehen (vgl. § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 ErbStG). Rechnet man jetzt aus dem Beteiligungswert von 80 das junge Verwaltungsvermögen von 30 heraus,⁴⁹ so ergibt sich bei der M-GmbH Verwaltungsvermögen von 120 (über 50 %), d. h. die Beteiligung des M wäre überhaupt nicht mehr begünstigt.

In der Abwandlung wäre das 50%-Kriterium bei der M-GmbH auch unter Hinzurechnung des jungen Verwaltungsvermögens der Tochter nicht verletzt. Die Beteiligung des M wäre also insgesamt privilegiert. Das junge Verwaltungsvermögen der T GmbH wird konsequenterweise aus dem begünstigten Vermögen der M-GmbH nicht herausgerechnet.⁵⁰

³⁹ Dazu Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 234.

⁴⁰ Der neue Satz 6 wurde durch das JStG 2010 eingefügt und hat eher klarstellende Natur, vgl. Ihle, notar 2011, 12, 13. Die Vorgängerregelung § 13 b Abs. 3 Satz 2 wurde gestrichen.

⁴¹ Vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 223.

⁴² Gestaltungsbeispiel bei Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 2 Rdnr. 234.

⁴³ Die Entnahme dieser Beträge nach der Übertragung kann jedoch zur Nachversteuerung gemäß § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG führen (Überentnahme).

⁴⁴ Ertragsteuerliche Aspekte oder Haftungsfragen können natürlich eine andere Gestaltung nahelegen.

⁴⁵ Vgl. Abschnitt 34 Abs. 1 ErbSt-Erlass.

⁴⁶ Wälzholz, DStR 2009, 1605, 1611. Im Gesetzgebungsverfahren zum JStG 2010 war hier eine Erleichterung diskutiert worden, die aber nicht umgesetzt wurde.

⁴⁷ Abschnitt 34 Abs. 1 Satz 3 ErbSt-Erlass.

⁴⁸ Abschnitt 34 Abs. 2 ErbSt-Erlass.

⁴⁹ So Abschnitt 34 Abs. 3 ErbSt-Erlass; in diesem Sinne ist wohl auch der durch das JStG 2010 eingefügte § 13 b Abs. 2 Satz 7 ErbStG zu verstehen, vgl. BT-Drucks. 17/2249, S. 156 f.; dagegen Scholten/Korezkij, DStR 2010, 1271; Ihle, notar 2011, 12, 13. Nach Auffassung der Finanzverwaltung würde dies auch gelten, wenn die Tochtergesellschaft eine GmbH & Co. KG ist.

⁵⁰ Ebenso Abschnitt 34 Abs. 3 ErbSt-Erlass; Wälzholz, DStR 2009, 1605, 1611.

Die Gegenansicht würde in beiden Fällen dazu gelangen, dass die Beteiligung des M begünstigtes Vermögen darstellt, wobei ein Wertanteil von 15 als nicht begünstigtes junges Verwaltungsvermögen herauszurechnen ist. Aus Gestaltungssicht ist die Auffassung der Finanzverwaltung fehleranfälliger, aber auch interessanter, denn sie ermöglicht das „Verstecken“ jungen Verwaltungsvermögens in Untergesellschaften. Steuersystematisch sinnvoll ist sie jedenfalls nicht.

C. Verschonungstechnik

I. Prüfungsreihenfolge

Die Grundlagen der Verschonungstechnik des neuen Erbschaftsteuerrechtes⁵¹ wurden durch das zwischenzeitlich ergangene Wachstumsbeschleunigungsgesetz nicht angetastet; zur Neuregelung der Nachversteuerung vgl. nachstehend D. Die technischen Details werden von der Finanzverwaltung in den Abschnitten 5 ff. des ErbSt-Erlasses weitgehend zufriedenstellend geregelt, wobei insbesondere die in Abschnitt 5 Abs. 3 dargestellte Prüfungsreihenfolge Beachtung verdient:

- Zunächst sind – selbstverständlich – die Einheiten gesondert zu bewerten (z. B. jeder Gewerbebetrieb, Mitunternehmeranteil, Kapitalgesellschaftsanteil).
- Anschließend wird für jede dieser Einheiten die Quote des Verwaltungsvermögens geprüft.
- Für die danach verbleibenden privilegierten Einheiten werden die Werte zusammengerechnet. Anschließend wird auf den Gesamtwert der Verschonungsabschlag und schließlich der Abzugsbetrag angewandt.
- Hinsichtlich der Überwachung der Nachversteuerung hingegen werden die Einheiten wieder getrennt betrachtet.

Die Option nach § 13 a Abs. 8 ErbStG kann dabei für einen einheitlichen Erwerb (Erbschaft, Schenkung) nur einheitlich ausgeübt werden.⁵² Insofern kann es sinnvoll sein, die Übertragung mehrerer Einheiten in voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte aufzuteilen. Moderat geregelt ist die Frage, wie sich die Erklärung der Option auswirkt, wenn einzelne oder alle übertragenen Einheiten mehr als 10 % Verwaltungsvermögen beinhalten. Ist dies bei einzelnen Einheiten der Fall, verlieren diese Einheiten ihre Privilegierung komplett; ist das 10 %-Kriterium bei keiner übertragenen Einheit erfüllt, so greift ersatzweise die Regelverschonung ein.⁵³

II. Gleitender Abzugsbetrag

Bei der Anwendung des „gleitenden Abzugsbetrages“ schließt sich die Finanzverwaltung der Auffassung an, dass die Abschmelzung dieses Freibetrages erst beginnt, wenn das nach Anwendung des Verschonungsabschlages verbleibende Vermögen 150.000 € übersteigt. Ferner wird klargestellt, dass der Abzugsbetrag jedem Erwerber einzeln zusteht und somit bei einer Übertragung auf mehrere Empfänger auch mehrfach gewährt werden kann.⁵⁴

III. Erbauseinandersetzung und Weiterübertragung

Anders als nach bisherigem Recht ist die Erbteilung und -auseinandersetzung steuerlich nicht mehr gleichgültig. Um die steuerlichen Privilegien „zielgenau“ wirken zu lassen, hielt es der Gesetzgeber für angebracht, sie ausschließlich demjenigen zuzuweisen, der im Rahmen einer Erbteilung oder Vermächtniserfüllung auch tatsächlich das begünstigte Vermögen erhält.⁵⁵ Die maßgeblichen Vorschriften dazu finden sich in den §§ 13 a Abs. 3 und 13 b Abs. 3 ErbStG. § 13 a Abs. 3 ErbStG regelt dabei, dass derjenige, der privilegiertes Vermögen aufgrund einer ihm auferlegten Verpflichtung (z. B. Vermächtnis, Teilungsanordnung, gesellschaftsvertragliche Verpflichtung, Übergabeverpflichtung) oder aufgrund der Erbteilung an einen Dritten weitergibt, seine Begünstigung verliert. Sofern eine solche Weiterübertragung aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Automatik eingreift, ergibt sich bereits aus § 10 Abs. 10 ErbStG, dass nur die hierfür erhaltene Abfindung zu versteuern ist, ohne dass es auf § 13 a Abs. 3 ErbStG ankommt.⁵⁶ Der Erwerber des begünstigten Vermögens kommt in den Genuss der §§ 13 a, 13 b ErbStG. § 13 b Abs. 3 ErbStG regelt ergänzend, dass der „Tausch“ anderen vom Erblasser stammenden Vermögens gegen begünstigtes Vermögen erbschaftsteuerlich anerkannt wird.

Beispiel:

A und B haben je zur Hälfte geerbt. Im Rahmen der Erbteilung einigt man sich, dass B das Unternehmen (Wert 200) erhält, A hingegen das Aktiendepot (Wert 150). Die Privilegierung des Betriebsvermögens kommt hier nur dem B zugute. Bei A und B ergibt sich jeweils ein steuerpflichtiger Erwerb von $350:2=175$. Diesen Betrag muss A voll versteuern (vgl. § 13 a Abs. 3 ErbStG), während bei B der Anteil des privilegierten Vermögens von 100 um 75 (= Wert des weggegebenen Hälfteanteils am Aktiendepot) auf 175 ansteigt (vgl. § 13 b Abs. 3 ErbStG). Die Zurechnung des Erwerbs wird also durch die Auseinandersetzung nicht beeinflusst, sondern lediglich die Berechnungsgrundlage für die Steuerbefreiung.⁵⁷ Das Beispiel zeigt jedoch auch, dass durch die Auseinandersetzung „Befreiungspotential“ von 25 verloren gegangen ist, also die Mehrbelastung bei A nicht durch die Steuerersparnis bei B ausgeglichen wird.⁵⁸

Hätte der Erblasser B als Alleinerben eingesetzt, beschwert mit dem Vermächtnis, A das Depot zu übertragen, müsste A nur einen Betrag von 150 versteuern, während bei B der Erwerb von 200 steuerlich nach §§ 13 a, 13 b ErbStG privilegiert wäre.⁵⁹

Noch schwerer wiegen die Nachteile einer Erbauseinandersetzung, wenn der Übernehmer des Betriebes dafür Mittel aufwenden muss, die nicht vom Erblasser stammen. In diesem Fall steht dem Verlust der Begünstigung beim anderen Miterben kein Zuwachs an Begünstigung beim Betriebsübernehmer gegenüber, abgesehen von den ertragsteuerlichen Komplikationen.

Eine echte Falle ergibt sich daraus, dass die vorstehenden Grundsätze zeitlich unbeschränkt gelten, also auch nach Ab-

⁵¹ Vgl. dazu Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2009, 85, 94 ff.

⁵² Abschnitt 17 Abs. 1 ErbSt-Erlass; dazu Wälzholz, DStR 2009, 1605, 1606.

⁵³ Abschnitt 17 Abs. 3 ErbSt-Erlass.

⁵⁴ Abschnitt 6 Abs. 1 ErbSt-Erlass; dort mit einer Beispielrechnung unter Abschnitt H 6.

⁵⁵ Dazu Wälzholz, ZEV 2009, 113.

⁵⁶ Riedel, ZErB 2009, 113, 116.

⁵⁷ Abschnitt 7 Abs. 2 ErbSt-Erlass.

⁵⁸ Zu dieser Auswirkung vgl. auch Wälzholz, NWB 31.8.2009, 2803, 2808.

⁵⁹ Zur Vorzugswürdigkeit von Vermächtnissen auch Wälzholz, NWB 31.8.2009, 2803, 2807.

lauf der steuerlichen Haltefristen, so dass u. U. eine Erbausinandersetzung Steuerfolgen auslöst, die durch einen Verkauf unter Erben (und anschließende Teilung des Erlöses) nicht eingetreten wären.⁶⁰

IV. Folgen für den Schuldenabzug

Betriebliche Verbindlichkeiten werden im Rahmen der Unternehmensbewertung – gleich nach welcher Methode – abschließend berücksichtigt (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG). Daneben sind steuerlich jedoch auch solche Verbindlichkeiten zu würdigen, die mit der Übertragung von betrieblichen Einheiten zusammenhängen, ohne betriebliche Verbindlichkeiten zu sein; hierunter fallen z. B. die Verbindlichkeiten eines landwirtschaftlichen Betriebes oder die Darlehen, die der Gesellschafter einer GmbH zum Erwerb seines Anteils aufgenommen hat.

Für gemischte Schenkungen und Leistungsauflagen (z. B. Schenkung eines GmbH-Anteils gegen Gewährung einer dauernden Last und/oder Zahlung eines Gleichstellungsgeldes an Geschwister) hat die Rechtsprechung schon nach dem alten Recht eine Berechnung angestellt, wonach die Verbindlichkeiten nur in dem Verhältnis abzugsfähig waren, in dem der Wert des geschenkten Gegenstandes auch der Steuer unterlag.⁶¹ Nach demselben Prinzip werden auch sonstige Verbindlichkeiten, die mit privilegiertem Vermögen zusammenhängen, behandelt (§ 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG). Dieses Abzugsverbot gilt nicht für allgemeine Nachlassschulden oder Vermächtnislasten, wohl aber (anteilig) für Pflichtteilslasten, da diese mit jedem einzelnen Nachlassgegenstand anteilig zusammenhängen. Die Berechnung vollzieht sich in zwei Schritten,⁶² wobei

- anhand des Verhältnisses der steuerlichen Nettowerte des begünstigten Vermögens zum sonstigen Vermögen der Anteil der auf das begünstigte Vermögen entfallenden Pflichtteilslast zu ermitteln ist und
- anschließend anhand des Verhältnisses des steuerlichen Bruttowertes des begünstigten Vermögens zum davon verbleibenden steuerpflichtigen Anteil (also z. B. nach Anwendung des § 13 a ErbStG) zu errechnen ist, zu welcher Quote die nach 1. ermittelte anteilige Pflichtteilslast abzugsfähig ist.

Für die Gestaltung folgt daraus, dass der Betriebserbe steuerlich besser steht, wenn er mit einem Barvermächtnis zugunsten des Pflichtteilsberechtigten in entsprechender Höhe beschwert wird und so der Zahlung eines Pflichtteilsanspruches entgegen kann.

D. Nachversteuerung

I. Regelverschonung und Optionsverschonung

Aufgrund des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes wurden die Kriterien für die Optionslösung und die Nachversteuerung etwas gelockert.

⁶⁰ Wälzholz, NWB 31.8.2009, 2803, 2810.

⁶¹ Vgl. Troll/Gebel/Jülicher, § 7 ErbStG Rdnr. 201 ff.; diese Grundsätze gelten unverändert, vgl. Abschnitt 1 Abs. 1 ErbSt-Erlass.

⁶² Das dazu von der Finanzverwaltung gelieferte Rechenbeispiel unter Abschnitt H1 des ErbSt-Erlasses füllt allein schon eine Druckseite.

Nunmehr gelten folgende Grenzwerte:

	Regelverschonung	Optionsverschonung gem. § 13 a Abs. 8 ErbStG
Schwelle für Lohnsummenkontrolle	nur bei mehr als 20 Beschäftigten (vormals 10)	
Lohnsummenfrist	5 statt 7 Jahre	7 statt 10 Jahre
Mindestlohnsumme	400 % (d. h. ca. 80 % im Jahresdurchschnitt, gegenüber vormals 93 %)	700 % (d. h. 100 % im Jahresdurchschnitt, insofern unverändert)
Behaltensfrist	5 statt 7 Jahre	7 statt 10 Jahre
Verwaltungsvermögen	max. 50 %	max. 10 %
Befreiung	85 %	100 %

II. Lohnsumme

Sofern es noch eines Beweises bedurfte, dass der Gesetzgeber mit der Lohnsummenkontrolle ein bürokratisches Meisterwerk geschaffen hat, ist dieser mit den Ausführungsregeln in Abschnitt 8 ErbSt-Erlass geführt.⁶³ Die Wiedergabe der Details würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, daher sei nur auf die im Vorfeld höchst relevante Frage hingewiesen, wann die Lohnsummenkontrolle überhaupt eingreift.

- Beträgt der Wert des erworbenen begünstigten Vermögens (vor Anwendung des Verschonungsabschlags) nicht mehr als 150.000 €, wird auf eine Lohnsummenüberwachung verzichtet, da ein Verstoß gegen die Lohnsummenkriterien den Abzugsbetrag nicht beseitigen würde.⁶⁴
- Die Lohnsummenüberwachung entfällt auch, wenn der Betrieb nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Saison- und Leiharbeiter werden dabei nicht mitgezählt, im Übrigen werden jedoch die „Köpfe“ gezählt, eine Umrechnung nach § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG lehnt die Verwaltung (im Gegensatz zur Regierungsbegründung) ab.⁶⁵ Sind mehrere Betriebe vorhanden, gilt die Mindestzahl jedoch für jeden einzelnen Betrieb in voller Höhe.⁶⁶

Die Anzahl der Beschäftigten wird punktuell zum Tag der Steuerentstehung ermittelt, es kommt hierbei also nicht auf den langjährigen Durchschnitt an. Eine Grenze zieht die Verwaltung gemäß § 42 AO, wenn die Zahl der Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf die Übergabe „kurzfristig“ gemindert wurde. Dies dürfte nur einschlägig sein, wenn die Arbeitsverhältnisse für die Übergabe beendet, anschließend aber wieder neu begründet werden. Schließlich sollen nach Auffassung der Verwaltung auch für die Ermittlung der Zahl der Beschäftigten (nicht nur für die Lohnsumme selbst) die nachgeordneten Gesellschaften i. S. v. § 13 a Abs. 4 Satz 5 ErbStG anteilig ein-

⁶³ Ausführlich zur Ermittlung der Lohnsumme und den damit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten Scholten/Korezkij, DStR 2009, 253, 255; vgl. weiterhin die Erlasse des Bay. StMF vom 12.7.2010, DStR 2010, 1626 sowie FM Baden-Württemberg vom 24.9.2009, DStR 2009, 2255.

⁶⁴ Abschnitt 8 Abs. 1 Satz 6 und 7 ErbSt-Erlass.

⁶⁵ Abschnitt 8 Abs. 2 ErbSt-Erlass; gegen eine Berücksichtigung von 400-€-Kräften Scholten/Korezkij, DStR 2009, 253, 254.

⁶⁶ Wälzholz, DStR 2009, 1605, 1606.

bezogen werden.⁶⁷ Dem Gestaltungsvorschlag, die Lohnsummenkontrolle durch Bildung einer arbeitnehmerlosen Holding auszuhebeln, ist damit – zumindest aus Verwaltungssicht – die Grundlage entzogen.⁶⁸

Sofern diese Ausnahmen nicht eingreifen, ist im Hinblick auf die oft überraschenden Ergebnisse der Lohnsummenkontrolle höchste Vorsicht geboten. So können schon geringfügige Abweichungen beim Stichtag zu erheblichen steuerlichen Auswirkungen führen⁶⁹ und Wertungswidersprüche bei der Einbeziehung von Tochtergesellschaften⁷⁰ und bei der Veräußerung von Betriebsteilen vor der Übertragung entstehen.⁷¹ Insgesamt ist das Lohnsummeninstrument nach wie vor fragwürdig, da es Verhaltensweisen sanktioniert, die ökonomisch zwingend sein können und sich zudem häufig dem Einfluss des Steuerpflichtigen entziehen.⁷²

III. Haltefrist

Neben die Lohnsummenkontrolle hat der Gesetzgeber die Haltefrist von fünf bzw. im Optionsmodell sieben Jahren gesetzt, die unabhängig von der Betriebsgröße und der Zahl der Beschäftigten eingreift.⁷³ Zu den einzelnen Rechenschritten bei Verstößen gegen die Haltefrist, einschließlich der Komplikationen beim Zusammentreffen von Lohnsummenverletzung und Haltefristverstoß, hat die Finanzverwaltung im Abschnitt H16 des ErbSt-Erlasses instruktive Beispiele geliefert, die allerdings aufgrund des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes für Neufälle – was die Zahlen angeht – nicht mehr passen.

Im Übrigen lehnen sich die Gesetzesbestimmungen hier stark an das alte Recht an, weshalb sich weniger Auslegungsprobleme ergeben haben als bei den „Innovationen“ der Erbschaftsteuerreform. Die Finanzverwaltung hält daran fest, dass auch eine ertragsteuerlich als unentgeltlich anerkannte Betriebsübergabe gegen Versorgungsleistungen i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG eine erbschaftsteuerschädliche Veräußerung sein kann.⁷⁴ Die gegenüber dem alten Recht großzügigere Reinvestitionsklausel des § 13 a Abs. 5 Satz 3 ErbStG

wird in Abschnitt 15 ErbSt-Erlass konkretisiert. Danach sind Veräußerungen weitgehend unschädlich, solange der Erlös in der betrieblichen Sphäre verbleibt, insbesondere auch dann, wenn der Erlös zur Schuldentilgung oder zur Stärkung der Liquidität verwendet wird, nicht jedoch bei Kauf von Wertpapieren (Verwaltungsvermögen).⁷⁵ Insofern ist die Bedeutung der Sechsmonatsfrist deutlich begrenzt. Die Reinvestition kann in einem anderen Betrieb stattfinden, nicht aber in einer anderen Vermögensart, wobei hierunter die Dreiteilung Betriebsvermögen eines Personenunternehmens, Beteiligung an Kapitalgesellschaften und Land- und forstwirtschaftliches Vermögen zu verstehen ist.

In der Gestaltungspraxis haben sich bereits bedingte Rückforderungsrechte in Unternehmensübergabeverträgen für den Fall der Nacherhebung von Schenkungsteuer eingebürgert, die im Notfall zum Erlöschen der Schenkungsteuer gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG führen.⁷⁶

E. Fazit

Die Erbschaftsteuer sorgt nach wie vor für Probleme, die in keinem Verhältnis zur fiskalischen Bedeutung dieser Steuer stehen. Angesichts der massiven Auswirkungen dieser Steuer auf die wenigen Betroffenen ist dennoch zu erwarten, dass erbschaftsteuerliche Erwägungen weiterhin im Zentrum vieler Nachfolgeplanungen stehen.

Das vom Gesetzgeber geschaffene Instrumentarium der §§ 13 a, 13 b ErbStG und sein Zusammenwirken mit den Regeln des Bewertungsrechtes ist allerdings so komplex, dass eine praktische und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Handhabung schwer vorstellbar ist. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung⁷⁷ und das Warten auf eine „Reform der Reform“⁷⁸ sind daher an der Tagesordnung.

Solange das Gesetz gilt, wird der Gestalter einen Weg jenseits der zahlreich ausgelegten Fallstricke suchen müssen – und dies alles ohne zu vergessen, dass die Steuerfrage gerade bei der Unternehmensnachfolge nicht das Ein und Alles sein kann.⁷⁹ Die Erbschaftsteuer erst im Rahmen der Nachfolge zu thematisieren, ist dabei nicht der richtige Ansatz. Vielmehr sollte sie schon bei operativen Entscheidungen, die Jahre vor der tatsächlichen Übergabe fallen, bedacht werden.

⁶⁷ Abschnitt 8 Abs. 2 Satz 8 ErbSt-Erlass; der aufgrund eines Redaktionsversehens auf § 13 a Abs. 4 Satz 3 verweist.

⁶⁸ Kritisch zu dieser extensiven Auslegung *Wälzholz*, DStR 2009, 1605, 1607.

⁶⁹ *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 253, 254.

⁷⁰ *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 253, 255 f.; zu europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken in diesem Zusammenhang vgl. *Stiller*, ZErB 2011, 2 ff.

⁷¹ *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 253, 255.

⁷² *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 19.

⁷³ Dazu *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2009, 98 f.; *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 304 ff.

⁷⁴ Abschnitt 9 Abs. 2 Nr. 2 ErbSt-Erlass; vgl. zum Streitstand *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 a Rdnr. 156 f.; zum alten Recht BFH, BStBl II 2005, S. 532 = ZEV 2005, 353.

⁷⁵ *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 a ErbStG Rdnr. 358.

⁷⁶ *Wälzholz*, DStR 2009, 1605, 1607; *ders.* ZEV 2010, 623.

⁷⁷ *Crezelius*, ZEV 2009, 1; *Landsittel*, ZErB 2009, 11, 21; *Stiller*, ZErB 2011, 2, 8 f.

⁷⁸ *Fraedrich*, GmbH-StB 2009, 45.

⁷⁹ *Onderka*, NZG 2009, 521.

TAGUNGSBERICHT

(Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 10.11.2010

Von *Christine Milger*, München

Am 10.11.2010 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2010/11 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „(Vorweggenommene) Erbfolge und soziale Sicherung“.

Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht Professor Dr. *Johannes Hager* begrüßte das Auditorium, führte in die Thematik ein und stellte die Referenten vor. Bevor er das Wort dem Münchner Notar Dr. *Hans-Frieder Krauß* erteilte, dankte er der Landesnotarkammer Bayern sowie der Notarrechtlichen Vereinigung e. V. für ihre finanzielle Unterstützung.

„Sozialrechtliche Fragen der vorweggenommenen Erbfolge“ war der Titel des ersten Referats. Zunächst stellte *Krauß* die Zugriffsmöglichkeiten der Sozialbehörde vor, die sich bei einer vorweggenommenen Erbfolge ergeben können. Zugriffsrisiken bestünden sowohl, wenn die Verarmung auf Seiten des Veräußerers eintrete, als auch, wenn der Erwerber hilfebedürftig werde. Außerdem seien Zugriffsrisiken bei Verarmung eines übergangenen Geschwisters zu beachten.

Krauß begann mit dem Fall der Hilfebedürftigkeit des Erwerbers. In dieser Konstellation stehe die Berücksichtigung des Zuflusses als Einkommen oder Vermögen im Raum. Hierzu erläuterte er den Vermögensbegriff im sozialrechtlichen Sinne, der sich mangels Legaldefinition aus einer Abgrenzung zum Einkommensbegriff ergebe und die Gesamtheit derjenigen Gegenstände umfasse, die nach allgemeiner Auffassung nicht zur Bestreitung des gegenwärtigen Lebensbedarfs vorgesehen seien. Grundsätzlich bestehe die Pflicht, das Vermögen zur allgemeinen Lebensführung einzusetzen. Dieser Grundsatz werde jedoch in mehrfacher Hinsicht durchbrochen. Zunächst beschränke § 90 Abs. 1 SGB XII die Pflicht auf verwertbares Vermögen. *Krauß* erläuterte, der Begriff der Unverwertbarkeit habe eine juristische, eine wirtschaftliche und eine zeitliche Komponente. Unverwertbarkeit aus rechtlichen Gründen sei gegeben, wenn der Gegenstand einem Pfändungsverbot unterliege oder auf den Gegenstand nach dem SGB XII ein Anspruch bestehe. Rechtliche Unverwertbarkeit liege ferner dann vor, wenn dem Vermögensträger die Verfügungsbefugnis fehle, der Vermögensgegenstand nicht übertragbar sei oder eine einzelgesetzliche Anordnung der Übertragung entgegenstehe. Wirtschaftliche Unverwertbarkeit liege hingegen vor, wenn für einen Gegenstand in absehbarer Zeit kein angemessener Kaufpreis erzielt werden könne. In diesem Fall sei die Sozialhilfe gemäß § 91 SGB XII darlehensweise zu gewähren, bis sich die Marktverhältnisse verbessert haben. Können kein die erwerbs- bzw. investitionsbedingten Belastungen überschreitender Kaufpreis erzielt werden, so scheidet die Verwertbarkeit vollständig aus. Außerdem, führte *Krauß* aus, messe das BSG in seinem Urteil vom 6.12.2007, B 14/7b AS 46/06 R dem Begriff der Unverwertbarkeit zudem eine zeitliche Komponente zu, die dann vorliege, wenn der Eigentümer „in absehbarer Zeit“ bzw. „bis auf weiteres“ keinen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Vermögensgegenstand ziehen könne. Der Bemessungszeitraum entspreche dem Zeitraum, für den

einheitlich Hilfe gewährt würde, also 6–12 Monate. In diesem Fall werde die Sozialhilfe als Regelleistung und nicht bloß als Darlehen gewährt. Wende man diese Grundsätze des BSG auf den vormerkungsgesicherten Rückforderungsvorbehalt an, führe dies zur Unverwertbarkeit, wenn nicht binnen des folgenden Jahres mit dem Erlöschen des Rückforderungsvorbehalts zu rechnen sei. Eine Einschränkung, so *Krauß*, sei jedoch in Hinblick auf den „sozialrechtlichen Verwertungsschutz durch Nießbrauchsbelastung“ zu machen. Dem Urteil des BSG lag aufgrund des Zugeständnisses der Behörde der Sachverhalt zugrunde, dass für das nießbrauchsbelastete Grundstück kein Markt bestehe, woran das BSG als Revisionsgericht gebunden war. Deshalb könne dem Urteil keine allgemeine Aussage entnommen werden, dass bereits die Belastung mit einem Nießbrauch vor der Verwertung schütze, wenn nur die statistische Lebenserwartung des Nießbrauchers noch über einem Jahr liege. Die Sozialbehörden könnten vielmehr dazu übergehen zu belegen, dass für diese Immobilien ein Erlös zu erzielen sei.

Eine weitere Einschränkung vom Grundsatz der Pflicht zum Einsatz des Vermögens sehe § 90 Abs. 2 SGB XII bei sogenanntem Schonvermögen vor. In diesem Zusammenhang ging *Krauß* auf die Nummern 8 und 9 des § 90 Abs. 2 SGB XII ein. Zuletzt könne die Pflicht zum Einsatz des Vermögens an § 90 Abs. 3 SGB XII scheitern, wenn die Verwertung für den Eigentümer und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine unbillige Härte bedeuten würde.

Anschließend wandte sich *Krauß* dem Einkommensbegriff zu, der in § 82 SGB XII als „alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert“ mit Ausnahme der aufgezählten Vergütungen definiert werde. Außerdem erläuterte er die allgemeine Einkommensgrenze gemäß § 85 SGB XII und ihre Durchbrechungen gemäß § 88 SGB XII.

Im zweiten Teil seines Vortrags besprach *Krauß* die Zugriffsrisiken auf Seiten des Veräußerers. Zunächst behandelte er die Frage der Sittenwidrigkeit der Übertragung wegen Verstoßes gegen das sozialrechtliche Nachrangprinzip. Im Anschluss widmete er sich dem Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB wegen Verarmung des Schenkers und erläuterte, dass hinsichtlich des Inhalts des Rückforderungsanspruchs verschiedene Konstellationen zu unterscheiden seien, wonach sich die Einordnung als Einkommen und Vermögen richte.

Originär auf die Rückgabe des geschenkten Gegenstands richte sich der Rückforderungsanspruch, wenn die Bedarfslücke den Aktivwert des Geschenks übersteige und der Beschenkte nicht von seiner Ersetzungsbefugnis gemäß § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB Gebrauch mache. In diesem Fall seien die Schonvermögenstatbestände maßgeblich, die jedoch maximal bis zum Tod des Schenkers eingreifen; anschließend ver falle der Gegenstand dem Nachlassregress gemäß § 102 SGB XII bzw. § 35 SGB II. Mache der Erwerber jedoch von seiner Ersetzungsbefugnis gemäß § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB Gebrauch, hafte er für den laufenden Unterhaltsbedarf gemäß §§ 528 Abs. 1 Satz 3, 760, 1613 Abs. 2 BGB. Die Unterhaltszahlungen stellten dann kein Vermögen, sondern Einkommen dar,

womit die Einschränkungen des § 90 SGB XII nicht gelten. Davon zu unterscheiden sei die dritte Konstellation, dass der Aktivwert des Geschenks die Bedarfslücke überschreite und der Gegenstand nicht teilbar sei. In diesem Fall sei der Wert der Zuwendung gemäß § 818 Abs. 2 BGB in Geld auszugleichen. Für den Erwerber wandle sich dann die Schenkung faktisch in einen Kauf, da er, wenn keine Entreicherung vorliege, Wertersatz leisten müsse, bis der im Objekt vorhandene Schenkungswert aufgezehrt sei. Beim Veräußerer stellten die Wertersatzleistungen wiederum Einkommen dar. In diesem Zusammenhang warf *Krauß* die Frage auf, ob sich der Beschenkte von der Wertersatzpflicht durch Rückgabe des zugewendeten Gegenstands befreien könne. Eine solche umgekehrte Ersetzungsbefugnis wäre attraktiv, da sich der Beschenkte seiner Wertersatzpflicht entledigen könne und beim Veräußerer wiederum die Schonvermögenstatbestände Anwendung fänden. Er diskutierte zunächst die zivilrechtliche Zulässigkeit eines solchen Instituts und besprach anschließend die sozial- (§ 93 Abs. 1 Satz 2 SGB XII) und zivilrechtliche (§ 529 Abs. 2 BGB) Relevanz der umgekehrten Ersetzungsbefugnis.

Zuletzt widmete er sich dem Schicksal der Gegenleistung und vorbehaltener Rechte im Pflegefall. Komme es im Fall des Erfordernisses stationärer Pflege zu ergänzenden sozialhilfrechtlichen Leistungen, so würden die auf Geld gerichteten Ansprüche aus einem Überlassungsvertrag gemäß § 93 SGB XII auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet. Bei Leistungen, die nicht in Geld bestünden, stelle sich die Frage, welche Konsequenzen der dauerhafte Auszug vom übertragenen Grundstück habe. Bei ortsgebundenen Ansprüchen sei ein Wegfall zu prüfen, im Übrigen komme eine Umwandlung in Geldansprüche in Betracht. Die Rechtsprechung orientiere sich hinsichtlich des Werts des Wohnungsrechts an der erzielbaren Nettomiete, hinsichtlich der Wart- und Pflegeverpflichtung am entfallenen täglichen Stundenaufwand. *Krauß* erörterte daher die Zulässigkeit von Leistungsbegrenzungsklauseln im Überlassungsvertrag. Solche Klauseln seien im erhöhten Maße dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit ausgesetzt, da eine gewollte Schädigung des Sozialleistungsträgers im Raum stehe. Hierzu besprach *Krauß* drei Leitsatzentscheidungen des BGH (Urteil vom 21.9.2001, V ZR 14/01; Beschluss vom 23.1.2002, V ZB 48/02; Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08).

Anschließend referierte Rechtsanwalt *Christian Grube* (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a. D.) aus Hamburg über „Die Überleitung von Ansprüchen auf den Träger der Sozialhilfe“.

Grube begann mit einem Überblick über die einschlägigen Bestimmungen in den Sozialgesetzbüchern und erläuterte, dass der Sozialleistungsträger auf unterschiedliche Art und Weise Inhaber von Ansprüchen gegen Dritte werden könne. Zuerst ging er auf die Überleitungsvorschrift des § 93 SGB XII ein und erläuterte die zwingende Voraussetzung eines Überleitungsverwaltungsakts sowie die Besonderheit, dass Widerspruch und Anfechtungsklage aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 93 Abs. 3 SGB XII i. V. m. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten. Zu beachten seien außerdem die Voraussetzung der Gleichzeitigkeit sowie die Begrenzung der Überleitung der Ansprüche auf die Höhe der erbrachten Sozialleistungen. Hiervon seien auch Leistungen für Mitglieder der Einsatzgemeinschaft erfasst. Von Bedeutung sei auch § 93 Abs. 4 SGB XII, der den Vorrang der speziellen Refinanzierungsvorschriften (§§ 115, 116 SGB X) anordne.

Sodann wandte sich *Grube* den Fallgestaltungen beim gesetzlichen Forderungsübergang zu. Er erläuterte, dass die *cessio*

legis im Sozialhilferecht (SGB XII) nur für Unterhaltsansprüche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gelte, wohingegen bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) grundsätzlich alle Ansprüche des Leistungsempfängers gegen Dritte betroffen seien; ausgenommen seien lediglich die Regelungen der §§ 115, 116 SGB X. Eine besondere Ausgestaltung des Übergangs sei bei § 94 SGB XII zu finden, da diese Norm zahlreiche sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften zugunsten des Unterhaltsverpflichteten enthalte. Als letzte Vorschrift aus dem Bereich des gesetzlichen Forderungsübergangs besprach *Grube* § 33 SGB II, der in den Absätzen 2 bis 4 ebenfalls sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften enthalte, aber den übergegangenen Anspruch auf Leistungen für Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft ausdehne.

Im Anschluss erörterte *Grube* die Ersatzansprüche des Sozialleistungsträgers wegen rechtswidrig erlangter Leistungen (§ 34 SGB II bzw. § 104 SGB XII) und wegen sozialwidrig herbeigeführter Hilfebedürftigkeit (§ 103 SGB XII). Zuletzt widmete er sich der Erbenhaftung, die in den Vorschriften § 102 SGB XII und § 35 SGB II geregelt ist; dabei sei auffällig, dass beide Vorschriften unterschiedliche Regelungen enthalten.

Den letzten Vortrag „Aktuelle sozialhilfrechtliche Probleme im Erbrecht“ hielt Notar Dr. *Sebastian Franck* aus Neu-Ulm.

Er stellte voran, dass man angesichts der Fülle der Entscheidungen, die zur Schnittmenge des Sozialhilferechts und des Erbrechts ergangen sind, bereits von einem neuen Forschungsgebiet – dem „Sozialhilfeerbrecht“ – sprechen könne. Zuerst widmete sich *Franck* den Problemen im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht. Er begann mit dem Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB eines ALG-II-Empfängers. Hierzu stellte er klar, dass erst ein bestehender Pflichtteilsanspruch grundsätzlich zu verwertendes Vermögen i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II bzw. § 90 SGB XII darstelle und dass die Verfügungsbefugnis des Leistungsempfängers trotz § 33 SGB II bzw. § 93 SGB XII bestehe, da es sich beim Pflichtteilsrecht lediglich um eine Hoffnung und noch nicht um einen Anspruch handle.

Sodann besprach *Franck* das Problem der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts. Eine Ansicht ziehe zur Begründung der Sittenwidrigkeit die Grundsätze zum Unterhaltsverzicht unter Ehegatten heran und nehme die Sittenwidrigkeit an, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt des Verzichts als auch im Zeitpunkt des Erbfalls hilfebedürftig sei. Die überwiegende Ansicht lehne die Sittenwidrigkeit jedoch mit einer Reihe von Argumenten ab. Einerseits komme dem Pflichtteil heutzutage keine Unterhalts- und Versorgungsfunktion mehr zu; andererseits spreche der aleatorische Charakter des Pflichtteils gegen das Vorliegen des für § 138 BGB erforderlichen Vorsatzes. Zudem verwies *Franck* auf die Möglichkeit des Vorliegens altruistischer Motive für den Verzicht.

In diesem Zusammenhang besprach er eine aktuelle Entscheidung des OLG Köln (Anm. d. Verf.: inzwischen bestätigt durch BGH, Urteil vom 19.1.2011, Az. IV ZR 7/10), die zum Pflichtteilsverzicht eines Behinderten erging und die Ablehnung der Sittenwidrigkeit bestätigte. Dabei wies er auch darauf hin, dass obergerichtliche Rechtsprechung zum Parallelproblem beim Pflichtteilsverzicht eines Bedürftigen bislang fehle und die Möglichkeit bestehe, dass dieser entsprechend einiger unterinstanzlicher sozialgerichtlicher Entscheidungen zu Bedürftigentestamenten als sittenwidrig bewertet werden. Seiner Ansicht nach sollte dieses Problem allerdings entsprechend dem Anfechtungs- und Insolvenzrecht gelöst werden, um einen Gleichlauf herzustellen. Dort sei es allgemeine Auffassung, dass ein Pflichtteilsverzicht generell nicht anfechtbar

sei. Aus seiner Sicht gebe es keine zwingenden oder überzeugenden Gründe, die Entscheidungsfreiheiten des Erben im sozialhilferechtlichen Kontext anders zu bewerten.

Abschließend stellte er Überlegungen an, ob bei Annahme der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts eine Abfindung an dem Sittenwidrigkeitsurteil etwas ändern könne und ob bei Annahme der Sittengemäßheit ein Kostenerstattungsanspruch nach § 34 Abs. 1 SGB II wegen grob fahrlässig herbeigeführter Hilfebedürftigkeit in Betracht komme.

Im Anschluss widmete *Franck* sich der Überleitbarkeit von bestehenden Pflichtteilsansprüchen. Also der Konstellation – wie sie sich typischerweise bei einem Berliner Testament stelle –, dass den Kindern nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten lediglich der Pflichtteil zustehe, dessen Geltendmachung jedoch mit einer Strafklausel sanktioniert werde. Sei das enterbte Kind hilfebedürftig und erhalte es über den Erbfall hinaus weitere Leistungen, stelle sich die Frage, ob die Sozialbehörde den Pflichtteilsanspruch auf sich überleiten könne (§ 93 Abs. 1 SGB XII) bzw. ob dieser kraft Gesetzes auf die Behörde übergehe (§ 33 Abs. 1 SGB II). § 852 ZPO stehe dem, wie auch bereits durch den BGH bestätigt worden sei, nicht im Wege; etwaige Pflichtteilsstrafklauseln seien einschränkend in dem Sinne auszulegen, dass eine Geltendmachung durch die Sozialhilfebehörde nicht erfasst werde. Es könne aber eine besondere Härte gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II/§ 90 Abs. 3 SGB XII entgegenstehen. Das BSG habe aktuell klargestellt, dass sich eine besondere Härte auch aus den persönlichen oder wirtschaftlichen Umständen in der Person des Erben ergeben könne. Die Bestimmung der wirtschaftlichen Grenzen habe nach Maßgabe des § 9 Abs. 5 SGB II i. V. m. § 1 Abs. 2 ALG II-V bzw. § 7 Abs. 2 ALG II-V i. V. m. § 12 Abs. 2, 3 SGB II zu erfolgen. Soweit sich die Einkommens- und Vermögenssituation des überlebenden Ehegatten (= Erben) in diesen Grenzen halte, bestehe kein zwingender Grund zur Abfassung eines Bedürftigentestaments, da die Sozialbehörde den Pflichtteilsanspruch nicht verwerten dürfe. Im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht ging *Franck* zuletzt der Frage nach, ob es eine Möglichkeit gebe, auf einen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch zu verzichten.

Sodann leitete er zu den problematischen Konstellationen bei einer Erbenstellung des Hilfeempfängers über. Hierbei ging er zuerst auf die Möglichkeit eines Zuwendungsverzichts eines ALG-II-Empfängers ein. Diese Situation könne sich ergeben, wenn ein Erblasser nach Versterben des Ehegatten an eine Schlußerbensetzung gebunden sei und der Erbe den Anfall der Erbschaft wegen seiner Hilfebedürftigkeit nach SGB II verhindern möchte. *Franck* stellte fest, dass Rechtsprechung und Literatur sich mit dieser Frage bislang noch nicht beschäftigt haben. Seiner Ansicht nach seien die Argumente zur Begründung der Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts nicht übertragbar, denn jedenfalls den über den Pflichtteilsanspruch hinausgehenden Zuwendungen komme

keine Unterhaltersatzfunktion zu. Außerdem diene der Verzicht der Wiederherstellung der Testierfreiheit des Erblassers und könne schon vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG schwerlich als sittenwidrig gewertet werden. Zudem seien auch hier wiederum die insolvenzrechtlichen Wertungen heranzuziehen, da der Zuwendungsverzicht auch nicht der Anfechtung nach der InsO oder dem AnfG unterliege. Zu beachten seien wiederum eine etwaige Anspruchskürzung gemäß § 31 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB II bzw. § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII sowie ein möglicher Kostenerstattungsanspruch nach § 34 Abs. 1 SGB II bzw. § 103 Abs. 1 SGB XII.

Zuletzt diskutierte er die Möglichkeit eines schuldrechtlichen Erbschaftsvertrags gemäß § 311b Abs. 5 BGB, in dem sich der Hilfebedürftige gegenüber den Enkeln des Erblassers verpflichtet, die Erbschaft auszuschlagen. Damit leitete er zur Frage über, ob ein ALG-II-Empfänger eine Erbschaft ausschlagen könne. Die überwiegende Literatur werte die Erbschaftsausschlagung als sittengemäß und begründe dies mit der Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts und dem sonst entstehenden Wertungswiderspruch zum Insolvenz- und Pfändungsrecht. Er wies aber wiederum auf die dann im Raum stehenden Leistungskürzungs- und Kostenersatzvorschriften hin. Die überwiegende Rechtsprechung hingegen betrachte die Erbschaftsausschlagung als sittenwidrig. Die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts schließe die Sittenwidrigkeit nicht aus. Vielmehr stelle die Ausschlagung einen Verzicht auf eine bestehende Einkommensquelle dar und verstoße daher gegen das Nachrangprinzip. *Franck* selbst sprach sich grundsätzlich gegen die Sittenwidrigkeit aus, wies aber darauf hin, dass dies eine Einzelfallprüfung voraussetze und nicht pauschal beurteilt werden könne.

Anschließend erörterte *Franck*, ob bei Vorliegen eines klassischen Behinderten- bzw. Bedürftigentestaments im Fall der Annahme Leistungskürzungen i. S. d. § 31 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB II bzw. § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII in Frage kommen, wenn der Erbe bzw. Vermächtnisnehmer die Erbschaft hätte ausschlagen müssen, um seinen Pflichtteil zu erlangen.

Am Ende seines Vortrags sprach er noch zwei aktuelle Probleme des Bedürftigentestaments an. Einerseits, ob eine Erbschaft als Vermögen oder Einkommen im sozialhilferechtlichen Sinne zu behandeln sei, was aufgrund der Schonvermögensvorschriften von maßgeblicher Bedeutung sei. Andererseits ging er nochmals auf die Besonderheiten beim Bedürftigentestament im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit ein und plädierte für eine Gleichbehandlung mit dem Behindertentestament, da in beiden Fällen das Fürsorgebedürfnis und die subjektive Zwangslage der Eltern entscheidend sei.

Nach anschließender Diskussion wurde den Teilnehmern und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch geboten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Murray/Stürner: The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation. Beck, 2010. 221 S., 49,90 €

Mit vorliegendem Band liegt erstmalig eine rechtswissenschaftliche Überblicksdarstellung in englischer Sprache vor, die sich der Funktions- und Wirkungsbeschreibung des Notariats lateinischer Prägung im Kontext von Immobilientransaktionen komparativ widmet. Ausgangsthese und zugleich Ergebnis der Studie ist, dass das in Deutschland bestehende Notariatssystem eine geradezu idealtypische Ausprägung erfahren hat und folglich gegenüber anderen Notariatsformen aus Sicht der Autoren klare Vorzüge aufweist.

Ob des Themenkomplexes vermag es prima facie zu überraschen, dass der Co-Autor *Murray* gerade nicht dem Civil Law Kreis entstammt, sondern dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, dort über 25 Jahre als Anwalt praktiziert hat und auch an der Harvard Universität (USA) lehrte. Vergegenwärtigt man sich jedoch, dass der Kern der Arbeit darin besteht, die Funktionsweise des lateinischen Notariats im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege aufzuzeigen und zu evaluieren und es sich somit vornehmlich an Interessierte der anglo-amerikanischen Rechtskultur richtet, stellt das Autorenduo eine gelungene Symbiose dar.

Gedanklicher Ausgangspunkt der Arbeit ist das in Deutschland bestehende Notariatssystem. Nach einer kurzen, aber gleichwohl prägnanten Darstellung des im römischen Recht wurzelnden deutschen Notariats und seiner weiteren geschichtlichen Entwicklung (Kapitel 2), wird zunächst die Rolle und Funktion des deutschen Notars im Allgemeinen sowie im Kontext beurkundungspflichtiger Transaktionen beschrieben (Kapitel 3). In dem sich anschließenden Kapitel 4 wird der Fokus auf die Abwicklung einer Grundstückstransaktion, dem Parafall notariellen Wirkens, gerichtet. Am Beispiel des Erwerbs eines Eigenheims werden sämtliche Schritte von der ersten Kontaktaufnahme zum Notar über den Vertragsschluss bis hin zum Vollzug im Grundbuch beschrieben.

Die in den ersten vier Kapiteln enthaltenen Erörterungen mögen zwar einem in Deutschland praktizierenden Notar keine neuen Erkenntnisse verschaffen, für das Verständnis eines mit dem deutschen Notariatssystem nicht vertrauten Lesers ist diese plastische und gut verständliche Einführung indes von unschätzbarem Wert. Auch der im deutschen Recht kundige Leser sollte diese Kapitel nicht einfach überspringen, eröffnen sie ihm doch den Blick auf das deutsche Notariat von außen, gleichsam durch die Brille eines ausländischen Rechtsgelehrten. Darüber hinaus erfährt man en passant, dass das Modell der in Deutschland verankerten zeitlich unbefristeten Auflassungsvormerkung keineswegs zwingend ist, sondern diese z. B. in England nach Verstreichen von 30 Tagen unwirksam wird bzw. erneuert werden muss.

In dem sich anschließenden Kapitel 5 werden die Rechtsordnungen von England, Frankreich, Schweden und Estland in den Blick genommen. Jedes Land steht dabei exemplarisch für einen bestimmten Rechtskreis: England für den Common Law Rechtskreis, Schweden für den Nordischen Rechtskreis, Frankreich als weiteres Beispiel für ein traditionelles Civil Law Land und Estland für ein ehemals kommunistisch besetztes Land, welches das Civil Law Notariat nach seiner Unabhängigkeit 1991 wieder eingeführt hat. Hinsichtlich jedes Landes wird der Ablauf einer Grundstückstransaktion

beschrieben und es werden die sich hierauf beziehenden Rechtsinstitute der vorsorgenden Rechtspflege auf den Prüfstand gestellt.

Wer schon einmal mit dem Gedanken gespielt hat, in Schweden eine Immobilie zu erwerben, den dürfte das Gefühl des Unbehagens beschleichen, wenn er erfährt, dass Grundstückstransaktionen regelmäßig ohne Beteiligung von Juristen abgewickelt werden. Das Motto „do it yourself!“ gilt offensichtlich nicht nur für die Einrichtung des Eigenheims, sondern auch für dessen Erwerb. Für Zwecke der Vertragsprotokollierung und Abwicklung werden nach den Ergebnissen der Autoren in ca. 95 % der Fälle auf die Dienstleistungen von Maklern zurückgegriffen – und zwar selbst dann, wenn sich Käufer und Verkäufer bereits zuvor gefunden haben und handelseinig geworden sind. Abgesehen von einem zehnwöchigen Praktikum verfügen Makler nach Angabe der Autoren über keine spezifische Ausbildung.

Beim Erwerb bzw. bei der Veräußerung einer Immobilie in England wird man regelmäßig von einem solicitor, mithin einem Juristen, betreut. Da solicitors nur für eine Seite tätig werden dürfen, müssen Käufer und Verkäufer jeweils einen eigenen Vertreter mandatieren. Kaufverträge werden regelmäßig unter der Bedingung abgeschlossen, dass der Käufer seinerseits zuvor sein bisheriges Eigenheim verkauft hat (sog. Kettentransaktion). Diese Gestaltung der Vertragsabwicklung erscheint fragwürdig, da die ganze Transaktionskette einen Dominoeffekt erfährt, wenn eine Vertragspartei in der Kette ihren Pflichten nicht nachkommt. So werden nach Schätzungen etwa 30 % sämtlicher Transaktionen nie vollendet. Auch das automatische Auslaufen der Auflassungsvormerkung stiftet Transaktionsunsicherheit, ganz abgesehen davon, dass auf dieses Rechtsinstitut in der Praxis angesichts seiner nur eingeschränkten Wirkung ohnehin nur selten zurückgegriffen wird.

Den skizzierten europäischen Transaktionsmodellen werden in den daran anschließenden Kapiteln 6 und 7 die in den USA vorherrschenden kontrastiv gegenübergestellt. Hierbei wird der Fokus der Darstellung exemplarisch auf die US-Bundesstaaten Maine und New York gelegt. Entsprechend dem „American Way of Life“ stellt das amerikanische Recht den Transaktionsbeteiligten größtmöglichen Gestaltungsspielraum zur Verfügung. Dementsprechend ist es meist möglich, Immobilien ohne jedwede Beteiligung von Rechtskundigen zu übertragen. Dass gleichwohl auch in den USA die meisten Transaktionen unter Beteiligung mindestens eines Rechtskundigen erfolgen, wird von den Autoren zum einen der Komplexität der Rechtsmaterie, zum anderen – hinsichtlich von Immobilientransaktionen – dem Umstand zugeschrieben, dass nur ein geringer Anteil der Grundstücke grundbuchamtlich registriert ist. Aufgrund des Fehlens einer verbindlichen öffentlichen Aufzeichnung über die Eigentumsverhältnisse, muss sich der jeweilige Käufer bzw. dessen finanzierende Bank vor Vertragsschluss durch Überprüfung sämtlicher Vorerwerbsurkunden jeweils selbst von dem Eigentumsrecht seines Vertragspartners vergewissern. Lediglich durch den Abschluss von sog. Title-Versicherungen kann man sich gegen das Risiko eines fehlgeschlagenen Eigentumserwerbs absichern. Als Ursache für den rapiden Anstieg von Title-Versicherungen wird seitens der Autoren das Bedürfnis der finanzierenden Banken nach Standardisierung und Transparenz ihrer Investments diagnostiziert. Beachtenswert erscheint an dieser Stelle, dass dieses Streben nicht so sehr dem eigenen Interesse nach besserer

Risikoabsicherung entspringen solle, als vielmehr der Notwendigkeit, die generierten Grundpfandrechte verkehrsfähig zu machen. Die Praxis wolle auf diese Weise den Anforderungen des Zweitmarktes genügen.

In den letzten vier Kapiteln werden die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Betrachtung zusammengeführt und in den Kontext aktueller wirtschaftlicher und politischer Ereignisse gestellt. Unter der Prämisse, dass Neutralität und Unabhängigkeit der Notare wirksam gewährleistet werden, kommen die Autoren zu dem Ergebnis, dass die mit der lateinischen Notariatsform einhergehende Reglementierung unter den Gesichtspunkten Kostenstruktur, Qualität und Effizienz die in der Praxis bestens geeignete Lösung sei und daher nicht leichtfertig vermeintlich liberaleren Transaktionssystemen im Zuge des allgemeinen Trends nach Deregulierung geopfert werden solle.

Vor dem Hintergrund des seitens Brüssels immer stärker unter Druck geratenen Notariatssystems lateinischer Herkunft wirken die Kernaussagen des Buches wie ein Mahn- und Warnruf. Sie unterstreichen nachdrücklich, dass die Finanzmarktkrise kein Zufall eines an sich funktionierenden Systems gewesen sei, sondern vielmehr das nahezu zwangsläufige Ergebnis einer disfunktionalen Struktur. So vergleichen die Autoren in diesem Kontext Banker, die riskante Papiere verkaufen, bevor sich deren Risiken realisieren, mit Gebrauchtwagenhändlern, die ein rostiges Auto kurz vor dessen bevorstehendem Zusammenbruch mit einem neuen Farbstrich versehen, um es anschließend zu verkaufen.

Überdies skizzieren die Autoren das Enron Debakel, das aus ihrer Sicht mit Nachdruck gezeigt habe, dass das Ideal einer „gesunden Deregulierung“ – wenn überhaupt – nur mit ganz wesentlichen Abstrichen funktionieren kann.

Murray und *Stürner* weisen zu Recht darauf hin, dass in den USA gerade vor dem Hintergrund der vergangenen Jahre derzeit ein Prozess des Umdenkens dahingehend eingesetzt habe, dass präventive Rechtspflege einer andernfalls unweigerlich drohenden Vielzahl von Sammelklagen nach Eintritt von Schäden vorzuziehen sei.

Das Autorenduo scheut aber auch im europäischen Binnenkontext nicht vor Kritik zurück. So hätten gerade EuGH und

BGH in den vergangenen Jahren rechtspolitische Entscheidungen über die Ausgestaltung freier Berufe ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit bzw. Berufsfreiheit getroffen. Dies sei zum Teil entgegen dem erklärten Willen des betreffenden Gesetzgebers geschehen und habe zu einer merklichen Deregulierungstendenz geführt. Damit sei den freien Berufen und insbesondere dem Notariat in Teilen ein Bärendienst erwiesen worden. Die angesichts der Finanzmarktkrise anachronistisch erscheinenden Rufe nach einer immer stärkeren Deregulierung haben leider nicht vor den obersten Gerichten haltgemacht und so die historisch und strukturell gewachsenen Organisationsformen der freien Berufe einer gefährlichen Erosion ausgesetzt. Jetzt, so die Autoren, sei einer der wohl letzten vielversprechenden Momente, dies in den Fokus der interessierten Fachöffentlichkeit zu rücken und diesen unheilvollen Prozess umzukehren.

Es bleibt daher zu hoffen, dass vorliegendes Werk dazu beitragen kann, das in den USA bislang vorherrschende Bild eines Notars als nebenberuflich tätigen „Abstempler“, der in Schreibenwarengeschäften ebenso wie in Drogeriemärkten anzutreffen ist, zu korrigieren. Es wäre wünschenswert, wenn das Werk dazu beitragen könnte, das von *Murray* und *Stürner* geprägte Bild eines *neutral lawyer for the situation* und dessen Assoziation mit einem Anwalt, der vergleichbar einem Mediator zwischen den Parteien vermittelnd tätig ist, auch in den Vereinigten Staaten peu à peu zu verankern. Gerade der Umstand, dass das Instrument der rechtlichen Mediation dem weitgehenden Fehlen einer vorbeugenden Rechtspflege in den USA entspringt, wird im vorliegenden Werk dazu genutzt, die präventiv-mediativen Vorzüge des deutschen Notariats hervorzuheben. Dieser zentrale Punkt dürfte vermutlich die im Common Law-Adressatenkreis am stärksten wirkende Aussage des Werkes sein, da er an im US-System bereits verankerte Rechtsprinzipien geschickt anknüpft und auf diese Weise vorhandene Denkmuster für sich in Anspruch zu nehmen versteht.

Notarassessorin *Sonja Pelikan*, LL.M. (NYU), München

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 23. Aufl., Heymanns, 2010. 1 548 S., 138 € + CD-ROM

Während zwischen dem Erscheinen der 21. Auflage 2001 (samt Ergänzungsband zur Schuldrechtsreform 2004) und der Voraufgabe des *Kersten/Bühling* (22. Auflage 2008) sieben Jahre lagen, ist vor dem Hintergrund der umfangreichen Reformtätigkeit des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und in sonstigen notarrelevanten Rechtsgebieten nunmehr im Abstand von gerade einmal zwei Jahren zur Voraufgabe im September 2010 die aktuelle 23. Auflage erschienen.

Die Neuauflage berücksichtigt insbesondere das zum 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) samt „Reparaturgesetz“, das ebenfalls zum 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, das zum 1.1.2010 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Erbrechts und des Verjährungsrechts und das überwiegend

zum 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG). Die ersten Erfahrungen mit der praktischen Umsetzung des in der Voraufgabe bereits berücksichtigten und nach Erscheinen der Voraufgabe zum 1.11.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sind ebenfalls eingearbeitet.

Die Autoren haben die in Kraft getretenen Gesetzesänderungen zum Anlass genommen, insbesondere die Ausführungen zur Annahme als Kind (§ 93), zur Betreuung, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (§ 96) sowie zur familien- und betreuungsgerichtlichen Genehmigung (§ 97) zu überarbeiten.

Die Darstellung des Erbrechts (§ 98) wurde strukturell neu überarbeitet. Leider ist es hierbei, anders als bei der in der Voraufgabe erfolgten Neubearbeitung des gesellschaftsrechtlichen Teils, nicht gelungen, sich von der klassischen, an der Reihenfolge der gesetzlichen Vorschriften des BGB orientierten Gliederung des *Kersten/Bühling* zu lösen und zu einer zusammenfassenden Darstellung vom Allgemeinen zum

Besonderen zu kommen. Zwar wurde ein Einführungsteil vorgeschaltet, um die eigenwillige Gliederung zu erläutern. Überzeugen kann jedoch das unglückliche Nebeneinander einer darstellenden, gegliederten Aufbereitung des Erbrechts einerseits und der Beibehaltung der grundsätzlichen Gliederung nach der Reihenfolge der gesetzlichen Vorschriften des BGB andererseits nicht: In der Einführung werden Ausführungen zu allgemeinen Gestaltungsmaßnahmen im Erbrecht mit der Darstellung der Verschließung, Ablieferung und Verwahrung letztwilliger Verfügungen sowie einer Kurzdarstellung des Erbschaftsteuerrechts und Mustern zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen verbunden (§ 98), um anschließend in Anknüpfung an die klassische Gliederung des *Kersten/Bühling* zu einer Darstellung der Gesetzlichen Erbfolge (§ 99) zu gelangen, auf die neue Kapitel mit den Überschriften „Reduzierung oder Erweiterung gesetzlicher Erb- und Pflichtteilsansprüche, Erbverzichtsvertrag, Pflichtteilsverzichtsvertrag, Pflichtteilsstundung, vorzeitiger Erbaugleich, Gleichstellungsvereinbarung und Adoption“ (§ 100) und „Wiederherstellung der Testierfreiheit, Aufhebung und Widerruf von Testamenten sowie gemeinschaftlichen Testamenten, Rücktritt vom Erbvertrag, Anfechtung von gemeinschaftlichen Testamenten/Erbverträgen durch einen Erblasser, Zuwendungsverzicht“ (§ 101) folgen, bevor die einzelnen Formen letztwilliger Verfügungen und das erbrechtliche Gestaltungsinstrumentarium im Überblick überhaupt behandelt werden. Die überfrachteten Überschriften der neuen §§ 100 und 101 sprechen für sich.

Lässt man diese konzeptionellen Mängel außer Acht, knüpft die Darstellung des Erbrechts inhaltlich an die Qualität der Voraufgaben an; die Aktualisierung der Darstellung unter Einarbeitung der Erbrechtsreform ist gelungen. Leider ist der Paradigmenwechsel bei der Internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren, den § 105 FamFG und § 2369 BGB n. F. begründen, bei den Ausführungen über Nachlässe mit Aus-

landsbezug (§ 120) nicht eingearbeitet, so dass die Ausführungen in § 120 Rdnr. 35 ff. nicht der aktuellen Rechtslage entsprechen. Wie die in der Neuauflage in diesem Kapitel immer noch enthaltenen Verweisungen auf die längst außer Kraft getretenen Vorschriften des FGG zeigen, wurde die Einarbeitung des FamFG hier schlichtweg versäumt.

Rundum überzeugend ist der gesellschaftsrechtliche Teil des Werks. Die konzentrierte und umfassende Darstellung des Gesellschaftsrechts samt Mustertexten für alle Gesellschaftsformen unter Behandlung der wesentlichen steuerrechtlichen Gesichtspunkte ist wegweisend.

Kleinere Ungenauigkeiten in den ersten Mustern zum MoMiG wurden ausgebessert; allerdings enthält das Muster § 142 50 M zur Erstanmeldung einer nach dem Musterprotokoll errichteten Einpersonengesellschaft (Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt) auch in der aktuellen Auflage versehentlich entgegen § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG keine Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift. Zudem berücksichtigt die Darstellung über die Auflösung der Gesellschaft (§ 144 Rdnr. 164) nicht die Änderung des § 65 Abs. 2 GmbHG, wonach nunmehr die einmalige Bekanntmachung der Liquidation genügt.

Insgesamt ist die Anschaffung der Neuauflage des *Kersten/Bühling* jedem Kautelarjuristen zu empfehlen, da eine so umfassende, juristisch fundierte und konzentrierte Sammlung von Formularen auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts und des Gesellschaftsrechts unter gleichzeitiger Darstellung der wichtigsten rechtlichen Aspekte der jeweiligen Vertragsgestaltung ihresgleichen sucht. Die dem Werk beiliegende Formular CD-ROM und ein Zugangscode für die umfangreiche und fortlaufend aktualisierte Online-Formulardatenbank runden das Werk ab.

Notar *Jens Haßelbeck*, Hof

Hügel (Hrsg.): Grundbuchordnung. 2. Aufl., Beck, 2010. 1 533 S., 118 €

Der im notarrechtlichen Modul des Beck-Verlags geführte, von *Hügel* herausgegebene Kommentar zur Grundbuchordnung ist in vergleichsweise kurzem Abstand in gedruckter Fassung als Folgeauflage erschienen und berücksichtigt insbesondere die Änderungen der FGG-Reform und durch das ERVGBG im Jahr 2009. Wiederum wird eine sorgfältige, nun umfassend aktualisierte Bearbeitung vorgelegt, die eine zuverlässige Behandlung von Grundbuchangelegenheiten gewährleistet und mittelfristig in der Rechtspraxis die Bedeutung erlangen könnte, die bislang noch der von *Demharter* verfasste Kommentar zur Grundbuchordnung einnimmt. Die verlagsseitig vorgegebene Aufbaustruktur von in der Regel drei Gliederungsebenen ist dabei der Übersichtlichkeit eher zu- als abträglich und sorgt für einen klaren und nachvollziehbaren Rahmen für Kommentatoren und Leser. Nachteilig wirkt sich für Letzteren allerdings der Umstand fehlender Fußnoten aus, da die Lesbarkeit des Textes bisweilen erheblich durch Nachweise und Fundstellen behindert wird.

Sachlich lässt sich die Praktikabilität des vorgelegten Werks – wie gewohnt – anhand einiger willkürlich ausgewählter Beispiele anschaulich machen:

So bedarf es nach allgemeiner Auffassung, der auch *Kral* (§ 7 Rdnr. 15) folgt, keiner ausdrücklichen Teilungserklärung bei bislang als einheitliches Grundstück im Rechtssinne im Grundbuch vorgetragenen Flurstücken, wenn hiervon nur eines, etwa mit einem Grundpfandrecht, belastet werden soll, da diese sich bereits schlüssig aus der Belastungsbewilligung nach § 19 GBO ergibt.

Nach der zutreffenden Auffassung von *Wilsch* darf der Verwalter für die Wohnungseigentümergeinschaft Einsicht in die betroffenen Grundbücher und Grundakten nehmen (§ 12 Rdnr. 75). Beachtet man dies, so droht bei Übersendung einer vollständigen Abschrift eines Wohnungsverkaufvertrags an einen Verwalter zur Vorbereitung der Zustimmung nach § 12 WEG kein Verstoß gegen Geheimhaltungsinteressen der Vertragsparteien. Die teils praktizierte Erstellung von Abschriften im Auszug ohne die Bestimmungen zum Kaufpreis kann man somit zugunsten einer im Vertrag vorgesehenen Anweisung zur Verteilung einer vollständigen Abschrift ersetzen, sofern nicht auch dem Grundbuchamt bei Eintragung einer Eigentumsvermerkung oder des Eigentumswechsels nur ein entsprechender Auszug der Urkunde vorgelegt wird, da der Verwalter sonst ohnehin die Möglichkeit hätte, sich die vermeintlich verborgene, vielleicht gerade dadurch erst besonders interessant erscheinende Information beim Grundbuchamt aus den Grundakten zu beschaffen.

Die Grundbuchpraxis neigt dazu, für den Vollzug eines Eintragungsantrags noch fehlende Unterlagen im Wege einer Zwischenverfügung anzufordern und gibt damit im Regelfall dieser Lösung den Vorzug gegenüber einer Zurückweisung (vgl. § 18 GBO). *Zeiser* stützt diese Auffassung zwar (§ 18 Rdnr. 10), gibt aber doch zum Nachdenken Anlass, indem – der umfangreich vorhandenen Rechtsprechung folgend – angeführt wird, fehlende Bewilligungen von Berechtigten müssten zur sofortigen Zurückweisung des Antrags führen (§ 18 Rdnr. 17). Nur für den Fall der Löschung einer Grunddienstbarkeit befürwortet er unter Hinweis auf BayObLG, MittBayNot 1996, 376 das Ergehen einer Zwischenverfügung für den Fall, dass die Bewilligung der Eigentümer von aus dem berechtigten Grundstück abgemessenen Flächen noch fehlt, und beruft sich hierfür auf deren Eigenschaft als „mittelbare Berechtigte“. Wie *Zeiser* selbst anmerkt, verhilft diese – der verfahrensrechtlichen Bewältigung des aus § 17 GBO herrührenden Problems geschuldeten – Rechtsanwendung der nachträglichen Beschaffung von Eintragungsgrundlagen zu keiner sicheren Lösung, da „die Grenzen bisweilen schwer zu ziehen sein werden“.

Eindeutig und meines Erachtens zutreffend äußert sich *Hügel* dahingehend, dass bei einem Eigentumswechsel hinsichtlich eines Grundstücks neben dem Nachweis der Auflassung nach § 20 GBO zusätzlich eine entsprechende Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO erforderlich ist (§ 20 Rdnr. 3). Zu Recht wird daher die – nicht selten noch traditionell überlieferte – Unterstellung, eine solche Bewilligung sei bereits in der Auflassung enthalten, unter Berücksichtigung der sachlogisch erforderlichen Trennung von materieller (Sachenrecht) und formeller (Grundbuchverfahrensrecht) Ebene als verfehlt zurückgewiesen.

Reetz zeigt im Übrigen den Weg zu einer praktikablen Befassung mit der Problematik des Grundstückserwerbs einer bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 47 Rdnr. 112). Ausreichend ist danach ein i. S. d. §§ 20, 29 GBO zu erstellender „Bestätigungs- und Geständnisnachweis“, demzufolge keine vernünftigen Zweifel des Grundbuchamts hinsichtlich Existenz und Gesellschafterbestand mehr möglich sind. Da neben der Gesellschaft mit Identifikationsbezeichnung und Sitz auch die Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind (§ 47 Abs. 2 GBO), kann im Übrigen im Fall unrichtiger Angaben der Beteiligten darin allenfalls eine Neuerrichtung einer weiteren Gesellschaft bürgerlichen Rechts gesehen werden, nicht aber eine Unrichtigkeit der wiedergegebenen Rechtslage.

Abschließend verdienen die außerordentlich hilfreichen Querschnittsdarstellungen von *Kral* zum Wohnungseigentumsrecht (45 Seiten), von *Otto* zum Erbbaurecht (28 Seiten), von *Wilsch* zur Pfändung im Grundbuchverfahren samt Zwangssicherungshypothek (41 Seiten) und von *Zeiser* zu Internationalen Bezügen (78 Seiten) sowie Alten Rechten (48 Seiten) besondere Erwähnung.

Ein wesentlicher Grund, vom Erwerb des Printwerks abzusehen wäre, dass es ohnehin den Nutzern der Online-Ausgabe zur Verfügung steht. Da jedoch die traditionellen Kulturtechniken des Lesens – wie etwa das handschriftliche Anbringen von Kommentaren und Markierungen oder das Durchblättern – bis auf Weiteres das Vorliegen einer handgreiflichen Papierversion voraussetzen, besteht am Erfolg auch der zweiten Auflage des Kommentars aus meiner Sicht kein berechtigter Zweifel.

Notar Dr. *Alexander Kraftka*, Landsberg am Lech

Müller: Praktische Fragen des Wohnungseigentums. 5. Aufl., Beck, 2010. 539 S., 56 €

Das nunmehr in 5. Auflage erschienene Werk ist ein „Klassiker“ der wohnungseigentumsrechtlichen Literatur. Vor allem wegen der durch die WEG-Novelle verursachten Neuerungen sind zahlreiche Abschnitte überarbeitet bzw. neu geschrieben worden. Dies hat den Umfang des Werkes erhöht, die Lesbarkeit aber nicht unbedingt erleichtert.

Problematisch sind hier etwa unredigiert stehen gebliebene Passagen (so wird im 1. Teil Rdnr. 7 zum Anspruch auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels auf veraltete Rechtsprechung verwiesen, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG n. F. bleibt unerwähnt). Auch werden Probleme an verschiedenen Stellen des Werks ohne Querverweis unterschiedlich behandelt (so findet sich weder bei der Erörterung der abschnittsweisen WEG-Aufteilung – 2. Teil Rdnr. 89 ff. – noch im Abschnitt „Veräußerungsbeschränkungen“ – 4. Teil – ein Hinweis auf den Gestaltungsvorschlag von *Hügel* (DNotZ 2003, 517, 522 ff.), die Weitergabe der hierzu nötigen Vollmachten bei einer Weiterveräußerung dadurch zu sichern, dass diese nach § 12 WEG an die Zustimmung des Bauträgers gebunden wird. Diese Gestaltung wird erst an anderen – versteckten – Stellen erwähnt – 1. Teil Rdnr. 52, 7. Teil Rdnr. 15 –). Wohl nur historisch verständlich ist es, wenn im Zusammenhang

mit der dinglichen Einigung nach § 3 WEG als „typischer Fall der Stellvertretung“ der Treuhänder des Bauherren genannt wird und zur Form der Vollmacht Ausführungen gemacht werden, ohne aus § 17 Abs. 2 a BeurkG folgende Schranken der Verwendung von Vollmachten zu erwähnen (Teil B Rdnr. 9). Auch die Aktualität des Fußnotenapparates lässt hier und da Wünsche offen (so fehlt z. B. zum Thema „Wohnungseigentum und Grenzüberbau“ der Hinweis auf *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433 ff., 452 ff.)

Diese Mängel sollten nicht überbewertet werden. Das Buch ist als Nachschlagewerk für nahezu alle Probleme des WEG äußerst nützlich. Besondere Stärken hat es, wo die praktische Erfahrung des Autors zu Wort kommt. Ein interessanter Gestaltungsvorschlag des Autors ist z. B., die kompletten Heizsysteme einschließlich Heizkörper, Zuleitungen und Thermostatventilen zum Gemeinschaftseigentum zu erklären, auch soweit diese sich im Bereich des Sondereigentums befinden (2. Teil, Rdnr. 18, 31; s. a. *Müller* [Hrsg.], Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2007, D. II. 1 § 6). Vorteilhaft scheint mir diese Lösung v. a. zu sein, wenn eine Gesamtanierung der Heizungsanlage beschlossen werden soll.

Angesichts der Probleme, Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum en détail abzugrenzen (2. Teil Rdnr. 23 ff.,

73 ff.), rät der Praktiker *Müller* – gut nachvollziehbar – dazu, die Instandhaltungslast einzelnen Sondereigentümern nicht qua enumerativer – möglicherweise unrichtiger – Aufzählung zum Sondereigentum gehörender Gegenstände, sondern durch Regelung über die Instandhaltungslast in der Gemeinschaftsordnung aufzuerlegen (2. Teil Rdnr. 24).

Obwohl im Abschnitt „Sondernutzungsrechte“ die Möglichkeit einer beschlussmäßigen Begründung aufgrund Öffnungsklausel gesehen wird (2. Teil Rdnr. 94), fehlen Ausführungen dazu, ob und inwieweit „beschlossene“ Sondernutzungsrechte anders zu behandeln sind als „vereinbarte“. Z. B. dürfte hier mangels Grundbucheintragung (OLG München, MittBayNot 2010, 204) für einen Gutgläubenserwerb jede Grundlage fehlen (siehe *Albrecht*, Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, Bay. Notarverein 2010, S. 137).

Im Abschnitt „Veräußerungsbeschränkungen“ (4. Teil) fehlt ein Hinweis auf das Problem, dass die Verwalterbestellung nach Zustimmungserteilung, aber vor Eigentumsumschreibung abläuft (OLG Celle, RNotZ 2005, 542, OLG Hamm, MittBayNot 2010, 469). Interessant ist der Praktikerhinweis, dass der Verwalter bei einer Klage auf Erteilung der Zustimmung und Schadensersatz mit hohen Kostenrisiken konfrontiert ist, die er auch nicht auf die Gemeinschaft abwälzen kann (4. Teil Rdnr. 21 f.). Es dürfte der neueren notariellen Praxis entsprechen, wenn in Rdnr. 49 resümiert wird, dass die standardmäßige Vinkulierung – gerade nach Einführung des § 12 Abs. 4 WEG! – ein regelmäßig untaugliches Mittel zur Erfüllung des Gesetzeszwecks ist, und stattdessen andere Gestaltungsvorschläge gemacht werden.

Sehr knapp behandelt ist die Frage des Eigentumserwerbs durch den Verband (Teil 3 Rdnr. 17 ff.) Auf das Problem, dass eine Auflassung an den Verband „außerhalb der Rechtsfähigkeit“ (§ 10 Abs. 6 WEG) nichtig ist, wird nicht eingegangen. Hier tauchen nach eher großzügigen (z. B. OLG Celle, DNotZ 2008, 616) nun pointiertere Gerichtsentscheidungen auf (so entspricht nach OLG Hamm, NJW 2010, 3568 der Erwerb einer Vielzahl von Einheiten in der eigenen Anlage durch den Verband auch dann nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Maßnahme zur Lösung von Problemen der Gemeinschaft beitragen soll, die durch eine Vielzahl zahlungsunwilliger oder unfähiger Eigentümer verursacht werden). Ähnliche Probleme stellen sich, wenn es um die Bestellung beschränkter dinglicher Rechte für den Verband geht. *Müller* weist zutreffend darauf hin, dass Bestellungsvoraussetzung die Zugehörigkeit des zu sichernden Rechts zum Verwaltungsvermögen ist. Die Feststellung, dass dies „vermutet werden darf“ (3. Teil Rdnr. 30), geht in dieser Allgemeinheit aber sicher zu weit (so dürfte die Bestellung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für den Verband in der Regel keine empfehlenswerte Gestaltung sein – s. a. *Hügel*, Das neue WEG-Recht, 2007, § 3 Rdnr. 61 ff. –).

Die geschilderten Mängel tun der Gesamtleistung des Verfassers keinen Abbruch. Das Werk ist – als nach wie vor schwergewichtiges Kompendium des Wohnungseigentumsrechts – nicht nur für Spezialisten dieses Rechtsgebiets zu empfehlen.

Notar Dr. *Christian Mickisch*,
Neumarkt i. d. Oberpfalz

Abele/Klinger/Maulbetsch: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden. Beck, 2010. 230 S., 49 €

Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch spielen in der erbrechtlichen Beratung durch Notare eine große Rolle. Der Pflichtteil ist das Widerlager zur Testierfreiheit, schützt also die engere Familie davor, dass das Familienvermögen durch Verfügungen von Todes wegen in vollem Umfang familienfremden Personen zugutekommt. Er wird in der Rechtsprechung außerordentlich hoch gehalten. Dass der Pflichtteil in der erbrechtlichen Gestaltung einen Störfaktor darstellen kann, ist jedem Notar geläufig. Gleichwohl beschränkt sich die notarielle Kautelarpraxis nicht darauf, Pflichtteilsansprüche zu reduzieren und zu vermeiden, sondern auch den Pflichtteil weichender Erben in sinnvoller Weise in die erbrechtliche Gestaltung einzufügen. Das vorgelegte Werk vermittelt schon vom Titel her eine einseitige Perspektive: Es wendet sich – auch nach seinem Vorwort – vorrangig an Berater, „die für ihre Mandanten letztwillige Verfügungen gestalten und sich einen praxisorientierten Überblick über die zahlreichen Strategien einer Pflichtteilsvermeidung verschaffen wollen“. Gleichwohl kann das vorgelegte Buch auch für Notare von Interesse sein, schon allein wegen des Gefährdungspotentials, das sich aus einer einseitigen anwaltschaftlichen Beratung für die vom Erblasser gewählte Gestaltung ergeben kann.

Im ersten Teil des Werkes werden der Pflichtteil anhand der gesetzlichen Grundlagen und der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH sowie die Auswirkungen der ab 1.1.2010 geltenden Pflichtteilsreform behandelt. Im zweiten Teil wird auf-

gezeigt, welche Möglichkeiten der Erblasser hat, durch lebzeitige Rechtsgeschäfte das Pflichtteilsrisiko seiner Erben zu reduzieren, insbesondere durch Erb- und Pflichtteilverzichtverträge und durch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers.

Für die notarielle Praxis von Bedeutung sind die Ausführungen darüber, wie eine ergänzungspflichtige Schenkung i. S. d. § 2325 BGB vermieden werden kann. Genannt werden im vorliegenden Werk das Vereinbaren von Gegenleistungen, die Pflicht- und Anstandsschenkung und die Ausstattung sowie güterrechtliche Vereinbarungen als Grundlage von ehebedingten Zuwendungen sowie der Voraus. Aufschlussreich für den Kautelarjuristen ist der Abschnitt über die Ausschlussfrist beim Pflichtteilsergänzungsanspruch, insbesondere zum Fristbeginn (S. 32 ff.). Dabei werden die einzelnen Fallgruppen systematisiert (Schenkungen unter Nießbrauchvorbehalt, Vorbehalt eines Wohnungsrechtes, Rückerwerbsrechte des Schenkers, Schenkung gegen Leibrente, Schenkung mit dauernder Last, Zuwendung eines Oderkontos).

Der dritte Teil ist der Pflichtteilsoptimierung durch familienrechtliche Gestaltungen gewidmet, insbesondere durch die „Güterstandsschaukel“, das Ausschalten des Ehegattenpflichtteils durch Scheidungsantrag, die Verringerung der Pflichtteilsquote durch Statusveränderung des Erblassers (Heirat, Adoption, Vaterschaftsanerkennung). Im vierten Teil werden die Ehegatteninnengesellschaft und die Gemeinschaft als mögliche Reduzierungsmodelle dargestellt, im fünften Teil die Pflichtteilsreduzierung durch gesellschaftsvertragliche Gestaltungen.

Im sechsten Teil geht es um das Verringern des Pflichtteilsrisikos mittels letztwilliger Verfügungen, also um Erbeinsetzung und Enterbung, Pflichtteilsentziehung und nachträgliche Anrechnung und Ausgleichsbestimmungen sowie um die Aufhebung von Ausgleichsanordnungen zulasten des Pflichtteilsberechtigten. Für den Notar sind vor allem die Ausführungen auf den Seiten 132 ff. interessant. Es geht dabei um die Fragen, wie der Pflichtteil durch das Einsetzen des Endbedachten zum Erben und der Enterbung des Partners, die Erbeinsetzung des Endbedachten unter Nutzungsvorbehalt des Zweitversterbenden, die Erbeinsetzung des Endbedachten unter gleichzeitigem Anordnen eines Vor- und Nachvermächtnisses oder der Vor- und Nacherbschaft reduziert werden kann. Auch das Herausgabevermächtnis wird dabei behandelt. Musterformulierungen für das Geschiedentestament, den Ausschluss eines gemeinschaftlichen Abkömmlings, den Ausschluss eines einseitigen Abkömmlings bei gemeinschaftlichen Abkömmlingen, der Ausschluss von einseitigen Kindern der Ehegatten sowie der Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen eines neuen Ehegatten werden präsentiert. Der Anfechtungsverzicht und Pflichtteilklauseln runden die Darstellung ab.

Im siebten Teil wird das „pflichtteilsrelevante Verhalten nach dem Erbfall“ dargestellt, also vor allem die taktische Ausschlagung, die Anfechtung wegen Pflichtteilsunwürdigkeit des Erben und die Stundung des Pflichtteils.

Im achten Teil geht es um Gestaltungen im Bereich des Internationalen Privatrechts. Diese Ausführungen sind insbesondere dann von Interesse, wenn es sich um einen Erbrechtsfall mit Auslandsberührung handelt, insbesondere wenn sich Nachlassgegenstände des deutschen Erblassers im Ausland befinden, bei einem ausländischen Wohnsitz des deutschen Erblassers, bei beteiligten Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit und wenn der ausländische Erblasser deutsches oder ausländisches materielles Recht gewählt hat. Chancen und Risiken ergeben sich insbesondere daraus, dass der Vermögensübergang auf den Ehegatten nach zahlreichen Rechtsordnungen auf güterrechtlicher Basis erfolgt und nicht erbrechtlich motiviert ist. Risiken bestehen, weil zahlreiche Rechtsordnungen den Erbvertrag negieren und auch Verträge über das Erbrecht (Pflichtteilsverzicht, Erbverzicht) grundsätzlich ablehnen. Hilfreich ist dabei die Darstellung derjenigen Länder (S. 208 f.), die den Pflichtteilsverzicht anerkennen.

Insgesamt handelt es sich um ein ansprechendes Werk, das mit Gewinn gelesen und genutzt werden kann. Es vermittelt auch dem Notar zahlreiche Anregungen für sein Tagesgeschäft. Mustertexte runden das Werk ab. Es kann auch Notaren uneingeschränkt zur Lektüre empfohlen werden.

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

Burandt/Rojahn (Hrsg.): Erbrecht. Beck, 2011. 1 666 S., 158 €

Es mangelt nicht an Werken, die sich an den auf das Erbrecht spezialisierten Berater wenden. Von den zahlreichen BGB-Kommentaren, die allesamt das materielle Erbrecht ausführlich behandeln, über Hand- und Formularbücher zum gesamten Erbrecht, Handbücher und Kommentare zu Teilgebieten des Erbrechts (z. B. zum Pflichtteilsrecht) bis hin zum Erbschaftsteuerrecht. Alle diese Produktkategorien sind – teilweise sogar innerhalb eines Verlagsprogramms – mehrfach besetzt. Man könnte daher meinen, das Angebot lasse keinen Wunsch mehr offen. Vor diesem Hintergrund erscheint es mutig, ein neues Werk unter dem Titel „Erbrecht“ auf den Markt zu bringen. Doch Herausgeber, Autoren und Verleger sind dieses Wagnis im Falle des *Burandt/Rojahn* – so viel sei bereits an dieser Stelle verraten – zu Recht eingegangen.

Ein ganzes Rechtsgebiet zum Titel eines Werkes zu machen, zeugt von einem hohem Anspruch. Diesem wird das Werk uneingeschränkt gerecht: Der Kommentar behandelt die gesamte Querschnittsmaterie des Erbrechts. Neben dem materiellen Erbrecht des BGB, dem etwa zwei Drittel des Werkes gewidmet sind, finden auch das materielle Erbrecht in Nebengesetzen, das Verfahrens- und Steuerrecht sowie das internationale Privatrecht Berücksichtigung. Darunter sind Kommentierungen von einzelnen Vorschriften des FamFG mit Bezug zum Nachlassverfahren, der InsO mit Bezug zum Nachlassinsolvenzverfahren, des BeurkG hinsichtlich der Errichtung letztwilliger Verfügungen, der BNotO zu Vermittlungen bei der Nachlassauseinandersetzung sowie der GBO zu erfolgebefindenden Eintragungen. Zu alledem liefert das Werk einige grundlegende Länderberichte zu für die Bera-

tungspraxis wichtigen Erbrechtsordnungen und bietet somit auch bei Auslandsberührung erste Orientierung. Abschließend sind ein „Kommentar im Kommentar“ zum ErbStG sowie ein Überblick über die einkommensteuerlichen Folgen des Erbfalls enthalten.

Nachdem der Titel in der Reihe der bewährten Beck'schen Kurzkommentare erscheint, erwartet der Leser umfassende, aber dennoch kompakte und vor allem aktuelle Information. Letzteres ist auch im Erbrecht, das sich in den vergangenen Jahren ungewöhnlich dynamisch entwickelt hat, zur Herausforderung geworden: Neben der eigentlichen (kleinen) Erbrechtsreform haben das FamFG und die Reform der Erbschaftsteuer samt Nachbesserungen einige alte Streitfragen erledigt, jedoch auch viele neue aufgeworfen. Das Autorenteam setzt sich aus Hochschullehrern, Richtern, Rechtsanwälten (vor allem Fachanwälten für Erbrecht), Notaren und Steuerberatern zusammen und meistert diese Aufgabe bestens.

Was kann sich der Leser bei einem so umfassenden Angebot für die zweite Auflage noch wünschen? Sicher wäre ein Ausbau der Länderberichte hilfreich – insbesondere für Fragestellungen bei Migranten etwa aus der Türkei oder den osteuropäischen Staaten, wie sie in der Beratungspraxis häufig auftreten. Außerdem vermisst man das Werk leider noch in der Datenbank beck-online – besonders im Notarmodul.

Fazit: Der *Burandt/Rojahn* wird sich seinen festen Platz in der Standardliteratur zum Erbrecht erwerben. Er hat gute Chancen, zum „Palandt des Erbrechts“ zu werden und gehört in die Handbibliothek eines jeden Erbrechtlers – und somit jeden Notars.

Notar Dr. *Florian M. Dietz*, Bamberg

Weirich/Ivo: Erben und Vererben – Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge. 6. Aufl., NWB, 2010. 845 S., 64,90 €

Das bereits in 6. Auflage erschienene Werk „Erben und Vererben“ des kürzlich verstorbenen Herausgebers *Weirich* hält mehr, als sein Titel verspricht und bietet einen Rundumschlag in den zur Vermögensnachfolge einschlägigen Bereichen des Erbrechts, Familienrechts und der vorweggenommenen Erbfolge im weitesten Sinne. So wird auf 810 Seiten ein umfassender Überblick über diesen Themenbereich gegeben, beginnend mit einem Grundkurs im Erbrecht, der die gesetzlichen Folgen eines Erbfalls bis hin zu Erbauseinandersetzung und Erbschafts Kauf systematisch darstellt. Im zweiten Teil werden Fragen zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen behandelt, wobei klassische Themen wie das „Behindertentestament“ mit entsprechender Ausführlichkeit behandelt werden, in anderen Bereichen, wie beispielsweise dem aktuell viel diskutierten „Bedürftigentestament“, bleiben die Ausführungen allerdings eher oberflächlich. Die lebzeitige Vorbereitung für den Erbfall und die Vermögensnachfolge wird im dritten Teil behandelt. Hier werden Verträge zwischen Ehegatten, Lebenspartnern und nichtehelichen Lebenspartnern ebenso dargestellt wie das Adoptionsrecht, die Gestaltungsmöglichkeiten für lebzeitige Zuwendungen aller Art, das Stiftungsrecht und die verschiedenen Möglichkeiten von Vollmachten. Hervorzuheben ist, dass auch der gerade in diesem Bereich immer häufiger auftretende internationale Bezug nicht außer Acht gelassen wird und an passender Stelle die Regelungen des internationalen Privatrechts dargestellt werden. Fragen zur Erbschafts- und Schenkungsteuer werden im vierten Teil behandelt, und in einem letzten Teil werden noch einige Muster zu Testamenten, Erbverträgen und einer Vorsorgevollmacht zur Verfügung gestellt, wobei hier aus notarieller Sicht kein Schwerpunkt des Buches liegt.

Den Autoren gelingt in diesem Werk der schwierige Spagat zwischen Handbuch für Fachkreise und Lektüre für interessierte Laien. Die Kapitel beginnen jeweils mit einem Zitat, oftmals einer Spruchweisheit aus *Weirichs* eigenem belletristischem Werk, die historische bzw. gesellschaftliche Ein-

ordnung des jeweiligen Themas gibt einen guten Einstieg in die Materie. Der erzählende Schreibstil erleichtert die Verständlichkeit und macht die Lektüre sehr angenehm, insbesondere wenn man sich einen schnellen Überblick über eines der behandelten Themen verschaffen möchte. Gerade in nicht alltäglich vorkommenden Bereichen wie beispielsweise dem Stiftungsrecht ermöglicht das Buch einen kompakten, aber dennoch ausreichend ausführlichen Einstieg. Aber auch die Kapitel, die sich mit dem notariellen Standardrepertoire beschäftigen, lohnen die Lektüre: Zum einen wird die Erinnerung auf angenehme Art und Weise aufgefrischt, indem viele Aspekte angesprochen werden, die oftmals in der hektischen Arbeit in Vergessenheit geraten sind. Zum anderen werden auch praktische Hinweise gegeben, wie beispielsweise in dem Kapitel über Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, in dem die verschiedenen Arten von Lebensversicherungen und Bankkonten mit den jeweiligen Besonderheiten vorgestellt werden, was insgesamt zu einem besseren Überblick und Verständnis beiträgt.

In Anbetracht des Umfangs des Buches einerseits und der Vielzahl der behandelten Themen andererseits ist offensichtlich, dass eine tiefgehende Behandlung aller Themen nicht möglich ist. Dies ist jedoch auch nicht der Anspruch dieses Buches, welches bewusst auf weitgehend theoretische Erläuterungen verzichtet. In der notariellen Praxis wird es weniger als Nachschlagewerk dienen, sondern vielmehr einen Überblick darüber bieten, was jeweils beachtet werden muss und wo ein Fallstrick lauern könnte. Die weitere Recherche, ebenso wie die genaue Umsetzung des jeweiligen Vertrages, ist dann der weiterführenden Literatur zu entnehmen.

Zu erwähnen bleibt noch, dass der Verlag eine Online-Version bereithält, welche man über die Anmeldung eines Benutzerkontos unter www.nwb.de durch Eingabe des in dem jeweiligen Buchexemplar enthaltenen Codes aktivieren kann. Auf diese Weise ist auch eine einfache Stichwortsuche möglich und die Muster können kopiert werden.

Insgesamt ein sehr empfehlenswertes Werk für die erweiterte Bibliothek.

Notarassessorin *Stefanie Gläser*, Berlin

Schmidt-Kessel/Leutner/Müther: Handelsregisterrecht. Beck, 2010. 547 S., 64 €

Das Inkrafttreten des EHUG, des MoMiG und des FamFG hat der Beck-Verlag zum Anlass genommen, in seiner Reihe „Beck'sche Kurz-Kommentare“ ein neues Werk zum Handelsregisterrecht aufzulegen. In dem knapp 550 Seiten starken Kommentar schließt sich an die textliche Wiedergabe der handelsregisterrechtlichen Vorschriften des HGB, der relevanten Normen des FamFG und des Textes der Handelsregisterverordnung (HRV) eine Kommentierung der §§ 8–16 HGB an. Etwas gewöhnungsbedürftig ist dabei, dass die Kommentierung der relevanten Vorschriften des FamFG und der HRV jeweils bei der sachverwandten HGB-Vorschrift erfolgt. Wer die Erläuterungen zum FamFG oder zur HRV sucht, muss daher zunächst einen Blick in den Gesetzestext werfen, bei dem die jeweilige Fundstelle im Rahmen der HGB-Kommentierung angegeben ist.

Hat man die Eingewöhnung in diese Handhabungsweise geschafft, zeigt sich schnell der wesentliche Vorteil der geset-

zesübergreifenden Struktur der Kommentierung: Durch die Verknüpfung der materiellen Norm mit der jeweiligen Verfahrensvorschrift gelingt es dem Werk, trotz der nach Paragraphen geordneten klassischen Struktur eines Kommentars inhaltlich korrelierende Themenkomplexe zusammenhängend zu erläutern. So finden sich beispielsweise im Rahmen der Kommentierung zu § 12 HGB (Formbedürftigkeit von Registeranmeldungen) Erläuterungen zur Vertretung durch den Notar nach § 378 FamFG oder bei der Kommentierung zu § 8 HGB (elektronische Führung des Handelsregisters) Anmerkungen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 375 ff. FamFG ebenso wie zum registergerichtlichen Verfahren nach §§ 3 ff. HRV. Die aktuelle Rechtslage wird dabei im Wesentlichen vollständig und praxisgerecht dargestellt, auch wenn man sich für die zweite Auflage an der ein oder anderen Stelle (z. B. § 15 a HGB – Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift) eine etwas ausführlichere Darstellung wünschen würde. Als besonders hilfreich für die tägliche Praxis erweisen sich im Übrigen die im Werk enthaltenen Übersichten wie etwa zur Frage der eintragungsfähigen Tatsachen (§ 8

HGB Rdnr. 9 ff.) oder zu den bei der Erstanmeldung einer Zweigniederlassung erforderlichen Angaben (§ 13 g HGB Rdnr. 13 ff.).

Ein weiterer besonderer Pluspunkt des Werkes ist die mit über 130 Seiten gar nicht so kurz geratene „Kurzdarstellung zum ausländischen Gesellschafts- und Handelsregisterrecht“. Im Rahmen einzelner Länderberichte wird hier die Rechtslage in den aus deutscher Sicht relevantesten ausländischen Rechtsordnungen (Schweiz, Österreich, Frankreich, Italien, Spanien, England und Wales, Polen) erörtert. Die Autoren beschränken sich dabei nicht etwa nur auf registergerichtliche Fragen, sondern bieten einen Überblick über die einzelnen nationalen Rechtsformen samt einer umfangreichen Einführung in das materielle Gesellschaftsrecht. Von erheblichem Wert für die notarielle Praxis sind dabei insbesondere die Ausführungen bezüglich der Vertretung der einzelnen Gesellschaftsformen und der Einsichtnahmemöglichkeiten in das

jeweilige Unternehmensregister. Gerade für Kollegen, die in ihrer Praxis häufiger mit Auslandsgesellschaften zu tun haben, werden die diesbezüglichen ausführlichen Hinweise eine große Hilfe sein.

Insgesamt gesehen erfüllt das neue Werk seine Zielsetzung, das moderne Handelsregister- und Registerverfahrensrecht im internationalen Kontext fundiert zu erläutern, in eindrucksvoller Weise. Die Tatsache, dass der Herausgeberkreis aus einem Universitätsprofessor, einem Vorsitzenden Richter am LG sowie einem Rechtsanwalt besteht, spiegelt sich in einer wissenschaftlich fundierten, dabei aber gleichwohl sehr praxisorientierten Darstellung wider. Als Ergänzung zum „Klassiker“ *Krafka/Willer/Kühn* ist das besprochene Werk als speziell handelsregisterrechtlicher Kommentar daher uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.

Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

Spindler/Stilz (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz. Band 1: §§ 1–149 AktG. Band 2: §§ 150–410 AktG, IntGesR, SpruchG, SE-VO. 2. Aufl., Beck, 2010. 2 056 S. und 1 940 S., je 237,50 €, insgesamt 475 € (Gesamtabnahmeverpflichtung für beide Bände)

Nach dem Erscheinen der ersten Auflage im Jahre 2008 (vgl. die Rezension in MittBayNot 2008, 195 f.), legen die Herausgeber (Dr. *Gerald Spindler* ist Professor an der Universität Göttingen, *Eberhard Stilz* ist Präsident des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg sowie Präsident des OLG Stuttgart) mit der zweiten Auflage ein – bedingt durch MoMiG, ARUG & Co. – in weiten Teilen überarbeitetes und aktualisiertes Werk vor.

Hilfreich sind u. a. die zahlreichen praktischen Beispiele, die *Wicke* für die Versammlungsleitung gibt (vgl. den Anhang zu § 119). Das „Standard-Problem“ der Beschränkung der Redezeit durch den Versammlungsleiter wird ebenso ausführlich und gut strukturiert dargestellt wie etwa die Voraussetzungen eines Saalverweises. Zu Recht bezeichnet *Wicke* den Saalverweis – nicht nur aus juristischen, sondern auch aus praktischen Gründen – als ultima ratio. Jeder, der einen derartigen Vorgang bei einer kritischen Hauptversammlung einer börsennotierten Aktiengesellschaft erlebt hat, weiß um die dabei entstehende Brisanz. So fallen bei der zwangsweisen Durchsetzung eines Saalverweises bekannte Berufskläger gerne theatralisch zu Boden oder schützen schwerste Verletzungen, hervorgerufen durch das Ordnungspersonal, vor.

Leider fehlt bei den Ausführungen zur Versammlungsleitung ein Hinweis auf die Problematik, ob bei der Einpersonen-Aktiengesellschaft ein Versammlungsleiter bestellt werden muss. *Gerber* behauptet an anderer Stelle ohne jegliche Begründung sogar, dies sei nicht notwendig (§ 42 Rdnr. 13 a. E.). Im Ergebnis ist *Gerber* dabei zuzustimmen, unumstritten ist diese Lösung gleichwohl nicht. Das OLG Köln beispielsweise hält eine Versammlungsleitung dann für unentbehrlich, wenn – wie dies in der Praxis nahezu immer anzutreffen sein dürfte – die Satzung der Gesellschaft die Leitung der Hauptversammlung durch einen Versammlungsleiter vorsieht (OLG Köln, NZG 2008, 635, 636 f.). Dies erscheint verfehlt, denn

bei einer Gesellschaft mit nur einem Aktionär ist in Zweifel zu ziehen, ob die entsprechende Satzungsregelung überhaupt Geltung beansprucht, weil in derartigen Fällen eine Versammlungsleitung regelmäßig nicht notwendig ist (*Terbrack* in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rdnr. 475).

Erweiterungsfähig erscheinen die Ausführungen *Rieckers* zur unterjährigen Anmeldung bedingter Kapitalerhöhungen (§ 201 Rdnr. 4 a. E.). Die Frage der Zulässigkeit der Anmeldung einer derartigen Kapitalmaßnahme vor Ablauf des Geschäftsjahres ist nicht unumstritten und in der Praxis von Bedeutung, denn nicht selten werden im Laufe eines Geschäftsjahres – nach Durchführung einer bedingten Kapitalmaßnahme im Wege der Ausgabe der Aktien – weitere Kapitalmaßnahmen beschlossen, die auf der so durchgeführten Kapitalerhöhung aufbauen. Hier besteht ausnahmsweise durchaus ein praktisches Bedürfnis für die vorzeitige Vornahme des Registereintrages, dem man nur schwerlich mit der übermäßigen Beanspruchung der Registergerichte begegnen kann (so aber die Verfechter der ablehnenden Haltung, vgl. dazu *Terbrack* in Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rdnr. 554).

Neben diesen kritischen Anmerkungen, die eher die Aufmerksamkeit des Rezensenten als denn Unzulänglichkeiten des Werkes belegen sollen, sind die ansonsten durchweg gelungenen Kommentierungen aller Autoren hervorzuheben. Neben dieser hervorragenden praktischen Nutzbarkeit ist auch der wissenschaftliche Tiefgang des Werkes zu erwähnen. So sind beispielsweise die Kommentierungen von *Schall* zum Abhängigkeitstatbestand bei abhängigen und herrschenden Unternehmen (§ 17 Rdnr. 8 ff.) dogmatisch hervorragend hergeleitet und bestens lesbar.

Das Werk ist hochwertig und ansprechend gestaltet. Besonders angenehm ist das in jedem der beiden Bände eingebundene Gesamtstichwortverzeichnis. Der *Spindler/Stilz* ist spätestens mit der zweiten Auflage im Segment der renommierten Aktienrechtskommentare angekommen. Er kann uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden.

Notar Dr. *Christoph Terbrack*, Aachen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 463, 465 (*Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags als Voraussetzung für das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts*)

Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts setzt das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags voraus; dessen Aufhebung beseitigt nicht den Vorkaufsfall.

BGH, Urteil vom 1.10.2010, V ZR 173/09

Mit von dem Streithelfer des Beklagten beurkundetem Vertrag vom 13.7.2007 verkaufte der Beklagte seiner Freundin Wohnungseigentum (Reihenhaus) für 110.000 €. Die Kläger sind ebenfalls Wohnungseigentümer in der Reihenhausanlage. Zu ihren Gunsten ist in dem Grundbuch betreffend das Wohnungseigentum des Beklagten ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingetragen. In § 15 des Vertrags heißt es u. a.:

„Der Verkäufer behält sich das Recht vor, von diesem Vertrag zurückzutreten, wenn die Erklärung der Berechtigten ... über die Nichtausübung ihres Vorkaufsrechtes dem Notar nicht bis zum 1.8.2007 vorliegt.“

Die Kläger übten mit Schreiben vom 13.8.2007 ihr Vorkaufsrecht aus und verlangen die Übertragung des Wohnungseigentums, hilfsweise Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung, sowie die Erstattung vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Landgericht hat der Klage – bis auf einen Teil der Rechtsanwaltskosten – stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie – auf die Berufung des Streithelfers des Beklagten – abgewiesen.

Aus den Gründen:

I.

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des OLG Hamm vom 20.8.2009 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

II.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Kläger nicht vor dem Abschluss des Kaufvertrags auf ihr Vorkaufsrecht verzichtet. Ihre Vorkaufsrechtsausübung sei jedoch ins Leere gegangen, weil der Kaufvertrag am 13.8.2007 nicht mehr bestanden habe. Er sei zwar nicht durch die von dem Beklagten behauptete Rücktrittserklärung rückabgewickelt worden, denn der vereinbarte Rücktrittsvorbehalt sei den Klägern gegenüber nach § 465 BGB analog unwirksam. Aber der Kaufvertrag sei am 2.8.2007 von dem Beklagten und seiner Freundin einvernehmlich aufgehoben worden.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass die Aufhebung des Kaufvertrags den Wegfall des Rechts der Kläger zur Ausübung des Vorkaufsrechts zur Folge hat. Die bisherigen Feststellungen tragen dieses Ergebnis nicht.

1. Die Revision irrt allerdings, wenn sie meint, für die nachträgliche Vertragsaufhebung müsse die Vorschrift des § 465 BGB entsprechend gelten. Es ist gerade nicht so, dass sich der Beklagte und die Zeugin K. von dem Kaufvertrag lösen wollten, obwohl die Kläger das Vorkaufsrecht ausgeübt hatten. Denn die Vertragsaufhebung erfolgte knapp zwei Wochen vor der Erklärung der Vorkaufsrechtsausübung.

2. Das Berufungsgericht und die Parteien haben jedoch erkannt, dass eine Vertragsaufhebung nicht mehr das Recht zur

Ausübung des Vorkaufsrechts berührt, wenn sie nach dem Zustandekommen des rechtswirksamen Kaufvertrags erfolgt.

a) Das Gesetz knüpft das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags (§ 463 BGB). Letzteres ist erst dann der Fall, wenn auch die für die Wirksamkeit des Vertrags erforderlichen Genehmigungen erteilt sind. Bis zu diesem Zeitpunkt können Verkäufer und Käufer den Kaufvertrag willkürlich aufheben und damit das Vorkaufsrecht gegenstandslos machen; denn der Vorkaufsberechtigte hat kein Recht auf den Eintritt des Vorkaufsfalls (BGHZ 14, 1, 3; BGH, NJW 1977, 762, 763; NJW 1998, 2352, 2353). Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts aber erst einmal vor, ist das daraus erwachsene Gestaltungsrecht des Vorkaufsberechtigten in seinem rechtlichen Fortbestand grundsätzlich unabhängig von dem rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten (BGH, NJW 1977, 762).

b) Danach kann die Vertragsaufhebung am 2.8.2007 das Recht der Kläger zur Ausübung des Vorkaufsrechts nur beseitigt haben, wenn bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht sämtliche für die Wirksamkeit des Kaufvertrags erforderlichen Genehmigungen erteilt waren. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen; vielmehr ist es ohne weiteres von dem Wegfall des Vorkaufsrechts aufgrund der Aufhebung des Kaufvertrags ausgegangen. Aus dem in dem Urteil des Landgerichts, auf dessen Inhalt in dem Berufungsurteil verwiesen wird, in Bezug genommenen Kaufvertrag vom 13.7.2007 ergibt sich jedoch, dass für die Wirksamkeit des Vertrags die Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentümer erforderlich war (§ 11). Ob diese Zustimmung am 2.8.2007 erteilt war, muss das Berufungsgericht aufklären.

(...)

2. BGB § 307 (*AGB-rechtliche Zulässigkeit eines Reservierungsentgeltes beim Immobilienerwerb*)

Zur Wirksamkeit der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel, wonach der am Erwerb einer Immobilie interessierte Kunde ein „Tätigkeitsentgelt“ für die Reservierung (Absehen von weiterem Anbieten) des Kaufobjekts an den mit dem Verkaufsinteressenten verflochtenen Verwender zu zahlen hat, das auch bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags dem Verwender verbleiben soll.

BGH, Urteil vom 23.9.2010, III ZR 21/10

Die Kläger interessierten sich für den Kauf einer von der Beklagten im Namen und für Rechnung der B. B. AG, für die sie als Baubetreuerin tätig war, errichteten Eigentumswohnung. Am 8.7.2008 unterzeichneten sie einen „Auftrag zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages und Finanzierungsbearbeitung“, in dem der vorgesehene Kaufpreis von insgesamt 296.000 € handschriftlich eingetragen war und den die Beklagte am 10.7.2008 gegenzeichnete. Soweit hier von Bedeutung, wurde darin vereinbart:

„Auftrag und Zahlungsverpflichtung

Der Kaufinteressent beauftragt hiermit die B. B. GmbH, die den Verkaufsinteressenten als Betreuer vertritt, sämtliche notwendigen Vorbereitungen zur Beurkundung des Kaufvertrages zwischen dem Verkaufsinteressenten und ihm zu treffen. Die B. B. GmbH wird somit im Einzelnen beauftragt:

- die Beurkundung des Kaufvertrages vorzubereiten;
- die Finanzierungsunterlagen des Kaufinteressenten zu bearbeiten (...);
- mit Unterzeichnung dieses Auftrages die Wohnung/das Eigenheim anderweitig nicht mehr anzubieten, sondern sie/es für den Kaufinteressenten reserviert zu halten.

Für diese Tätigkeit verpflichtet sich der Kaufinteressent, an die B. B. GmbH einen Betrag von € 1.500 zu bezahlen. Dieser Betrag ist mit Unterschrift auf diesem Auftrag zur Zahlung fällig ... Bei Abschluss des Kaufvertrages wird dieser Betrag mit der ersten Kaufpreisrate verrechnet. Kommt es nicht zum Abschluss des Kaufvertrages, sind € 750 als Tätigkeitsentgelt für die Reservierung (Verzicht auf weiteres Anbieten) verdient. Die weiteren € 750 gelten als Ausgleich für die Vorbereitung des notariellen Kaufvertrages und werden nur anteilig je nach Bearbeitungsstand zurückerstattet. (...)

Mit Schreiben vom 21.7.2008 teilten die Kläger der Beklagten mit, dass sie am Erwerb der Wohnung nicht mehr interessiert seien und verlangten die von ihnen bereits gezahlten 1.500 € zurück. Die Beklagte erstattete den Klägern „kulanterweise“ 750 € mit dem Bemerkung, dass sie die ihr zwischenzeitlich entstandenen Aufwendungen nicht in Abzug gebracht habe. Die Forderung auf Rückzahlung der restlichen 750 € lehnte sie ab.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des LG München I vom 8.12.2009 wird zurückgewiesen.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Beide Vorinstanzen haben den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch zu Recht als begründet angesehen, weil die Beklagte das Reservierungsentgelt von 750 € rechtsgrundlos einbehalten hat.

1. Nachdem die Beklagte 750 € an die Kläger zurückerstattet hat und dabei ausdrücklich nicht den ihr entstandenen Aufwand in Anschlag bringen wollte, bezieht sich der noch einbehaltene Betrag von weiteren 750 € allein auf das so bezeichnete „Tätigkeitsentgelt“ für den Verzicht auf weiteres Anbieten des fraglichen Kaufobjekts. Die Revision, die sich zu der in derselben Höhe vorgesehenen Zahlung für den Aufwand bezüglich der Vorbereitung des beabsichtigten Kaufvertrags nur vorsorglich geäußert hat, sieht dies letztlich nicht anders. Demnach bildet allein das Tätigkeitsentgelt den Streitgegenstand.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klausel über die Verpflichtung zur Zahlung eines „Reservierungsentgelts“ für den Fall des Nichtzustandekommens eines Kaufvertrags, das bereits mit der Unterzeichnung des Auftrags zu entrichten war, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. Das fragliche Entgelt ist Teil der vorformulierten Vertragsbedingungen der Beklagten, die, wie sie selbst nicht in Abrede stellt, als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind.

a) Die Klausel unterliegt gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle. Nach dieser Vorschrift sind davon nur Bestimmungen über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung einschließlich Vereinbarungen über das zu erbringende Entgelt, insbesondere soweit sie dessen Höhe betreffen (vgl. BGH, Urteil vom 26.1.2001, V ZR 452/99, BGHZ 146, 331, 338, DNotZ 2001, 617), ausgenommen. Nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibungen in diesem Sinne sind nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren (vgl. BGH, Urteile vom 12.6.2001, XI ZR 274/00, BGHZ 148, 74, 78 m. w. N., und vom 20.5.2010, Xa ZR 68/09, NJW 2010, 2719 Rdnr. 26).

Vorliegend diente die Beauftragung durch die Kläger dem Zweck, unter Vermittlung der Beklagten einen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung mit der B. B. AG, der „Verkaufsinteressentin“, zustande zu bringen. Diese „Vermittlungsdienstleistung“ der Beklagten – die allerdings wegen der zwischen der Beklagten und der Verkaufsinteressentin bestehenden Verflechtung nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht als Maklerleistung i. S. d. § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen werden kann (vgl. Urteil vom 19.2.2009, III ZR 91/08, NJW 2009, 1809 Rdnr. 9 m. w. N.) – stellt, wie schon das AG zutreffend festgestellt hat, die eigentliche Hauptleistung dar. Ungeachtet des Umstands, dass diese Leistung nach den Vereinbarungen der Vertragsparteien nicht besonders zu vergüten ist, erweist sich im Verhältnis dazu die Reservierungsvereinbarung als bloße Nebenabrede, so dass die insofern getroffene „Nebenentgeltregelung“ kontrollfähig ist.

b) Die Regelung, wonach die Beklagte den sogleich mit Unterschriftsleistung auf dem Auftrag zu erbringenden Betrag von 750 € für den Verzicht auf weiteres Anbieten des Kaufobjekts in jedem Fall in voller Höhe behalten darf, wenn es nicht zum Abschluss des Kaufvertrags kommt, benachteiligt die Kaufinteressenten unangemessen und ist deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam. Für diese Beurteilung ist es nicht von ausschlaggebender Bedeutung, welche Rechtsnatur der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung zukommt und ob mit dem Berufungsgericht bei der vorliegenden Fallkonstellation die Anwendung maklerrechtlicher Grundsätze gerechtfertigt ist. Denn die streitige Klausel hält in keinem Falle der Inhaltskontrolle stand.

aa) Eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 BGB ist dann anzunehmen, wenn der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen. Die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch zumindest gleichwertige Interessen des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerechtfertigt ist (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 1.2.2005, X ZR 10/04, NJW 2005, 1774, 1775; Senat, Urteil vom 18.3.2010, III ZR 254/09, MDR 2010, 637, 638 m. w. N.; Urteil vom 27.5.2010, VII ZR 165/09, NJW 2010, 2272, Rdnr. 23).

Die dabei erforderliche Interessenabwägung führt im Streitfall zu dem Ergebnis, dass die Pflicht zur Zahlung des Reservierungsentgelts bzw. der ausnahmslose Ausschluss der Rückzahlung dieses Entgelts bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags über die Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beklagten hinausgeht und aus diesem Grund eine unangemessene Benachteiligung der Kunden vorliegt (so in der Tendenz für Maklerverträge bereits Urteil vom 10.2.1988, IVa ZR 268/86, BGHZ 103, 235, 239 f.). Allgemein gehört es im Vertragsrecht zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, bei Abwicklung gegenseitiger Verträge auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angemessen Rücksicht zu nehmen (vgl. BGH, Urteile vom 2.10.1981, I ZR 201/79, NJW 1982, 181 und vom 5.4.1984, VII ZR 196/83, NJW 1984, 2162, 2163). Diese Grundsätze sind vorliegend nicht ausreichend beachtet.

bb) Die streitgegenständliche Klausel stellt letztlich den Versuch der Beklagten dar, sich für den Fall des Scheiterns ihrer – die Hauptleistung darstellenden – Vermittlungsbemühungen gleichwohl eine (erfolgsunabhängige) Vergütung zu sichern, ohne dass dabei gewährleistet ist, dass sich aus dieser entgeltspflichtigen Reservierungsvereinbarung für den Kunden nen-

nenswerte Vorteile ergeben oder seitens der Beklagten eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist.

Das Versprechen der Beklagten, die Eigentumswohnung nicht mehr anderweitig anzubieten, lässt das Recht der Verkaufsinteressentin unberührt, ihre Verkaufsabsichten aufzugeben oder das Objekt ohne Einschaltung der Beklagten an Dritte zu veräußern. Der Kunde zahlt damit einen nicht ganz unerheblichen Betrag, ohne dafür die Gewähr zu haben, das fragliche Objekt erwerben zu können. Der Nutzen dieser Vereinbarung für den Kunden ist mithin sehr eingeschränkt (vgl. *Stoffels* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, Klauseln M 8; *Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, Anh. § 310 Rdnr. 584; ebenso *Staudinger/Reuter*, Neubearb. 2010, §§ 652, 653 Rdnr. 205, der im Übrigen der Auffassung ist, dass sich eine Reservierung letztlich in einer „bevorzugten Behandlung“ erschöpft, die mangels inhaltlicher Präzisierung nicht den schuldrechtlichen Anforderungen an die Bestimmbarkeit von Art und Umfang der Leistungspflicht genügt; zustimmend *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 845). Dieser allenfalls geringe Vorteil wird aus Sicht des Kunden weiter dadurch gemindert, dass die Zahlung eines derartigen Entgelts regelmäßig geeignet ist, Einfluss auf seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit im Sinne der Förderung des Kaufentschlusses zu nehmen, um nicht die bereits erfolgte Zahlung verfallen zu lassen, sondern im Wege der Verrechnung mit dem Kaufpreis verwerten zu können (vgl. auch BGH, Urteil vom 10.2.1988, a. a. O.).

Demgegenüber erbringt die Beklagte durch die zugesagte Reservierung keine ins Gewicht fallende Verzichtleistung (*Christensen*, a. a. O.). Von einer solchen könnte allenfalls dann gesprochen werden, wenn die Zeitdauer der Reservierung so lange wäre, dass die Gefahr, das Eigenheim nicht mehr anderweitig zu dem ins Auge gefassten Kaufpreis veräußern zu können, nennenswert erhöht wäre. Davon kann regelmäßig keine Rede sein, da der Zeitraum zwischen der Äußerung der konkreten Kaufabsicht und dem Beurkundungstermin im Allgemeinen überschaubar ist. Hinzu kommt, dass nach dem klaren Wortlaut der Klausel die Reservierungsgebühr in voller Höhe verdient ist, wenn der Auftrag unterzeichnet ist. Sie ist also auch dann zu zahlen bzw. kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Kaufinteressent so kurz nach Unterzeichnung der Vereinbarung seine Kaufabsicht aufgibt, dass es faktisch ausgeschlossen ist, in der Zwischenzeit einen anderen (aufgrund der Reservierungsvereinbarung zurückzuweisenden) Kaufinteressenten zu finden.

Die einseitige Berücksichtigung der Interessen der Beklagten wird noch dadurch verstärkt, dass nach der vorgesehenen Regelung auch dann ein Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Reservierungsentgelts ausgeschlossen ist, wenn die Kaufinteressenten das Nichtzustandekommen eines Vertragschlusses nicht zu vertreten haben, sondern die Beklagte selbst oder die mit ihr verflochtene Verkaufsinteressentin für das Scheitern des Kaufs verantwortlich ist.

3. Bei dieser Sachlage bedarf die mit der Vereinbarung einer Reservierungsgebühr im Zusammenhang stehende Frage der Beurkundungsbedürftigkeit nach § 311 b Abs. 1 BGB, weil damit auf den Kaufinteressenten im Hinblick auf die Höhe des geforderten Entgelts möglicherweise ein unangemessener Druck zum Erwerb der Wohnung ausgeübt werden kann (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 2.7.1986, IVa ZR 102/85, NJW 1987, 54, 55, DNotZ 1987, 745; vom 10.2.1988, IVa ZR 268/86, BGHZ 103, 235, 239, MittBayNot 1988, 165; und vom 18.3.1992, IV ZR 41/91, NJW-RR 1992, 817, 818; MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl. 2009, § 652 Rdnr. 60, 62 f.;

Staudinger/Reuter, a. a. O., Rdnr. 205), im Streitfall keiner abschließenden Beurteilung. Es kann deshalb offenbleiben, ob insoweit auf den von der Klägerin gezahlten Gesamtbetrag von 1.500 € oder nur auf den Betrag des Reservierungsentgelts abzustellen wäre. Denn der festgestellte Unwirksamkeitsgrund aus § 307 Abs. 1 BGB besteht selbständig und unabhängig von einem etwaigen Formzwang nach § 311 b Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 10.2.1988, a. a. O., S. 240; *Stoffels*, a. a. O. Rdnr. M 8).

3. BGB § 311 b Abs. 1 Satz 1 (*Beurkundungsbedürftigkeit eines Bauvertrages trotz Abschluss vor dem Grundstückskaufvertrag – Rücktrittsrecht steht rechtlicher Einheit nicht entgegen*)

1. Ein Bauvertrag ist gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn er mit einem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks eine rechtliche Einheit bildet. Eine solche besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, ist der Bauvertrag nur dann beurkundungsbedürftig, wenn das Grundstücksgeschäft von ihm abhängt (im Anschluss an BGH, MittBayNot 2003, 46).

2. Ein Bauvertrag kann auch dann beurkundungsbedürftig sein, wenn er vor einem Grundstückskaufvertrag geschlossen wird und die Parteien des Bauvertrages nicht identisch sind mit den Parteien des bevorstehenden Grundstückskaufvertrages. In diesem Fall ist ein Bauvertrag beurkundungsbedürftig, wenn die Parteien des Bauvertrages übereinstimmend davon ausgehen, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages von dem Bauvertrag abhängt.

BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin begehrt von den Beklagten nach vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrags Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen.

Die Beklagten beauftragten durch schriftlichen Vertrag vom 8./11.10.2006 die Klägerin mit der Errichtung eines Einfamilienhauses auf einem näher bezeichneten Grundstück in W., das nicht im Eigentum der Beklagten stand. § 10 (Sondervereinbarungen) des Vertrages lautet: „Der Bauherr erhält ein kostenfreies Rücktrittsrecht vom Bauvertrag sollte er das Grundstück ... nicht erwerben. Angestrebt ist eine Grenzbebauung der Nebengebäude und sollte im Rahmen einer Bauvoranfrage mit dem zuständigen Bauamt abgestimmt werden.“

Zu einem Erwerb des Grundstücks durch die Beklagten kam es nicht. Diese teilten der Klägerin mit Schreiben vom 17.10.2006 mit, sie machten von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch. Nach Ansicht der Klägerin liegen die Voraussetzungen für einen Rücktritt nicht vor. Sie wertet das Schreiben der Beklagten als Kündigung des Vertrags und hat auf dieser Basis eine ihr zustehende Vergütung von 58.269,58 € errechnet.

Das LG hat die auf Zahlung dieses Betrags und weiterer 892,44 € vorgerichtliche Anwaltskosten jeweils nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist hinsichtlich des Betrags von 892,44 € ohne Erfolg geblieben. Im Übrigen hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache wegen des Streits über den Betrag des Anspruchs an das LG zurückverwiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

(...)

I.

Das Berufungsgericht hält den Bauvertrag für wirksam. Er habe nicht der notariellen Beurkundung nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB bedurft. Die Beklagten hätten sich in ihm nicht zum Erwerb des vorgesehenen Baugrundstücks verpflichtet. Sie hätten im Gegenteil ein Rücktrittsrecht eingeräumt erhalten für den Fall, dass sie das Grundstück nicht erwürben.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Erwägungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht seine Ansicht, der Bauvertrag sei ohne notarielle Beurkundung wirksam.

1. Zwar ist es richtig, dass der Bauvertrag eine Verpflichtung der Beklagten zum Erwerb des Baugrundstücks nicht enthält. Das Berufungsgericht übersieht jedoch, dass sich der Formzwang des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB dann auf einen Bauvertrag erstreckt, wenn dieser mit dem vorgesehenen Vertrag über den Erwerb des Grundstücks eine rechtliche Einheit bildet. Eine solche besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (BGHZ 76, 43, 48 f. = MittBayNot 1980, 62; BGHZ 78, 346, 349 = MittBayNot 1980, 198; BGH, BauR 2002, 1541 = MittBayNot 2003, 46 und BGH, BauR 2009, 1138 = DNotI-Report 2009, 102; st. Rspr.). Sind die Verträge allerdings nicht wechselseitig voneinander abhängig, kommt eine Ausdehnung des Formerfordernisses des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Bauvertrag nur in Betracht, wenn das Grundstücksgeschäft vom Bauvertrag abhängt (BGH, MittBayNot 2003, 46).

2. Das Berufungsgericht hat sich mit diesen rechtlichen Voraussetzungen für eine Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages nicht befasst. Seine Erwägungen sind nicht geeignet, die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages zu verneinen. Allein der Umstand, dass im Bauvertrag der Grundstückserwerb nicht geregelt ist, steht einer rechtlichen Einheit von Bau- und Grundstückskaufvertrag nicht entgegen. Diese kann auch dann vorliegen, wenn beide Verträge nicht in einer Urkunde enthalten sind, sondern nacheinander geschlossen werden (BGH, MittBayNot 2003, 46) und sogar dann, wenn die Parteien des Bauvertrages nicht identisch sind mit den Parteien des Grundstückskaufvertrages (BGH, BauR 2009, 1138). Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts in einem Vertrag steht der rechtlichen Einheit mit einem anderen Vertrag nicht entgegen (BGH, BauR 2009, 1138).

3. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Das Berufungsgericht wird prüfen müssen, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass der Bauvertrag beurkundet werden muss, um Wirksamkeit zu erlangen. Insoweit ist auf Folgendes hinzuweisen: Der Bauvertrag ist an sich formfrei wirksam. Er kann aber selbst dann, wenn er vor einem Grundstückskaufvertrag geschlossen wird, der Beurkundung bedürfen, um Wirksamkeit zu erlangen (vgl. BGHZ 78, 346, 349; MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl., § 311 b Rdnr. 54; Staudinger/Wufka, 2005, § 311 b Rdnr. 175). Maßgeblich kann in diesem Fall nicht der tatsächliche Wille der Parteien des Grundstückskaufvertrages sein, denn dieser ist in aller Regel vor Abschluss des Bauvertrages nicht feststellbar (missverständlich insoweit möglicherweise BGH, MittBayNot 2003, 46). Vielmehr ist zu prüfen, ob nach dem Willen der

Bauvertragsparteien der für die Bebauung notwendige Grundstückserwerb von dem Bauvertrag in der Weise abhängen soll, dass beide Verträge miteinander stehen und fallen (vgl. BGHZ 78, 346, 349). Es reicht nicht aus, dass die Parteien eine Abhängigkeit des Bauvertrages vom zukünftigen Grundstückserwerb wollen. Vielmehr müssen sie gemeinsam davon ausgehen, dass dieser Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages von dem Bauvertrag abhängt. Denn maßgeblich für die Beurkundungspflicht ist die Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von einer etwaigen anderen Abrede. Nur diese Abhängigkeit erlaubt den Rückgriff auf § 311 b BGB (BGH, MittBayNot 2003, 46; NJW 2000, 951). Ausreichend ist, dass in dem dem Grundstückserwerb vorgezogenen Geschäft ein Verknüpfungswille vorhanden ist, der den Willen aller Beteiligten einbezieht (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl., § 311 b Rdnr. 54, 55; Otto, NotBZ 2002, 298, 299 f.). Denn es kann keinen Unterschied machen, ob der Bauvertrag vor dem Grundstückskaufvertrag, gleichzeitig mit ihm oder später geschlossen wird.

4. Ein solcher Verknüpfungswille kann nicht schon deshalb angenommen werden, weil der Besteller für die Durchführung eines Bauvertrages ein Grundstück benötigt (BGHZ 76, 43, 49). Auch der Umstand, dass der Bauvertrag auf einem bestimmten, bereits ins Auge gefassten Grundstück ausgeführt werden soll, reicht für sich genommen nicht. Ein Wille, die Verträge in der notwendigen Weise zu einer rechtlichen Einheit zu verknüpfen, kommt aber dann in Betracht, wenn die Parteien des Bauvertrages und diejenigen des Kaufvertrages identisch sind oder der Bauunternehmer maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrages hat. Er wird dann häufig dadurch im Bauvertrag manifestiert, dass die Bebauung auf einem bestimmten Grundstück erfolgen soll (BGHZ 78, 346 ff.; BGH, BauR 1994, 239 = ZfBR 1994, 122 und zum Baubetreuungsvertrag Urteil vom 12.2.2009, VII ZR 230/07, a. a. O.). Hat der Bauunternehmer hingegen keine Einflussmöglichkeit auf die Durchführung des Kaufvertrages, bedarf es anderer, besonderer Umstände, die den Schluss zulassen, der Bauvertrag sei beurkundungsbedürftig (vgl. auch BGH, NJW-RR 1991, 1031, 1032).

(...)

Anmerkung:

Die Verkehrsgeschäfte über Grundbesitz gehören für die Vertragsbeteiligten zu den wichtigsten vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften. Darauf hat der Gesetzgeber mit dem Beurkundungserfordernis, das sich aus § 311 b BGB ergibt, reagiert. Das Beurkundungserfordernis soll dem Schutz der Vertragsbeteiligten vor Übereilung dienen und auf die besondere Bedeutung des Rechtsgeschäfts hinweisen. Außerdem soll durch die Beurkundung der Beweis der getroffenen Vereinbarungen gesichert sein und durch die Einschaltung eines Notars soll die Gültigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gewährleistet sein. In der Vergangenheit ist die Schutzfunktion des Beurkundungserfordernisses in den Vordergrund getreten, in Form der Belehrung der Vertragsparteien über die Rechtsfolgen der Vereinbarungen. Hierher gehört insbesondere die Belehrung der Vertragsbeteiligten hinsichtlich ungesicherter Vorleistungen und in diesem Zusammenhang die fachkundige Beratung und das Anbieten von Alternativen.

Gerade wegen der Bedeutung der Schutzfunktion und Warnfunktion ist das Beurkundungserfordernis von der Rechtsprechung ausgedehnt worden, und zwar auf alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Vertragsbeteiligten mit einem Verpflichtungsgeschäft, das auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundbesitz gerichtet ist, verbunden sind.

Dies betraf zunächst die Fälle der wechselseitigen Abhängigkeit von Vereinbarungen. Die Beurkundungsbedürftigkeit eines grundsätzlich nicht beurkundungsbedürftigen Vertrages im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks ergibt sich aus dem sog. „Einheitlichkeitswillen“ der Beteiligten, dass z. B. diese vertragliche Vereinbarung mit dem Grundstückserwerbsvertrag zusammen eine „rechtliche Einheit“ bildet und mit diesem „steht und fällt“. Dafür reicht es aus, dass beide Beteiligte des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend die eine Verpflichtung nicht ohne die andere gelten lassen wollen.¹ Der häufigste Fall eines solchen zusammengesetzten Geschäftes, das eine rechtliche Einheit bildet und somit eine wechselseitige Abhängigkeit hat, ist der Bauträgervertrag. Ein Verstoß gegen § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB führt regelmäßig zur Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts. Das Rechtsgeschäft wird gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Diesen Fällen der mehrseitigen Abhängigkeit stehen die Fälle einseitiger Abhängigkeit gegenüber, in denen regelmäßig nur die strikt beurkundungsbedürftigen Geschäfte beurkundet werden müssen. Die Kriterien, wann das Beurkundungserfordernis sich auf das grundsätzliche formfreie Geschäft erstreckt, werden durch die Rechtsprechung noch ausgearbeitet. Grundsätzlich kommt es auf die einseitige Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von dem nicht formbedürftigen Rechtsgeschäft an. Auf die zeitliche Abfolge der Verträge kommt es hingegen nicht an.² Wenn die Warn- und Schutzfunktion der Beurkundung es gebietet, das Formgebot auf den nicht beurkundungsbedürftigen Vertrag auszudehnen, ist auch dieser Vertrag beurkundungsbedürftig. Die Kriterien, wann eine solche Abhängigkeit des nicht beurkundungsbedürftigen Vertrages vom Grundstücksgeschäfts anzunehmen ist, hat der 7. Senat des BGH für den Bauvertrag in zwei Entscheidungen ausgearbeitet, nämlich zunächst in der Entscheidung vom 13.6.2002 und dann in der Entscheidung vom 22.7.2010. In beiden entschiedenen Fällen wurde der Bauvertrag vor dem Grundstückserwerbsvertrag geschlossen und die jeweiligen Vertragsbeteiligten waren nicht identisch.

Der Entscheidung vom 13.6.2002 lag ein privatschriftlicher Bauvertrag, der vor Abschluss eines Grundstückserwerbsvertrages geschlossen worden war, zugrunde. Die Auftragnehmerin des Bauvertrages hatte in einer Zeitungsanzeige mit der Planung und dem Bau eines Hauses auf einem konkreten Grundstück, das nicht in ihrem Eigentum stand, geworben. In dem späteren Bauvertrag wurde die Lage des Grundstücks konkret bezeichnet und den Auftraggebern wurde ein Rücktrittsrecht für den Fall eingeräumt, dass ein Grundstückserwerb nicht zustande kommen sollte. Der Auftragnehmer des Bauvertrages vermittelte alsdann den Abschluss des notariellen Erwerbsvertrages über das Grundstück. Danach löste sich der Auftraggeber lediglich vom Bauvertrag, nicht aber vom Grundstückserwerbsvertrag.

In dem der Entscheidung vom 22.7.2010 zugrundeliegenden Sachverhalt schlossen die Beteiligten privatschriftlich einen Bauvertrag, dessen Gegenstand die Bebauung eines bestimmten Grundstücks mit einem Einfamilienhaus war. Auch dieses Grundstück musste noch erworben werden. Für den Fall des Nichterwerbs des Grundstücks vereinbarten die Beteiligten

ein vertragliches Rücktrittsrecht des Auftraggebers. Der Auftraggeber machte von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, nachdem es nicht zum Erwerb des Grundstücks kam.

Im erstgenannten Fall hatte sich also der Verbraucher vom Bauvertrag trotz Zustandekommen des Grundstückserwerbsvertrages gelöst, im zweiten Fall war es gar nicht erst zum Grundstückserwerb gekommen.

Kriterium für die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages ist die Abhängigkeit des Grundstückserwerbs vom Bestand des Bauvertrages aus Sicht der Vertragsbeteiligten. Im ersten Fall wollte der Erwerber den Grundstückserwerb tatsächlich auch ohne den Bestand des Bauvertrages. Es bestand also tatsächlich kein Anlass die Schutzfunktion des Beurkundungsgebotes auf den Bauvertrag auszudehnen. Die Entscheidung vom 13.6.2002 stellt für die rechtliche Einheit der Verträge darauf ab, ob „nach den Vorstellungen der Parteien des Grundstücksvertrages dieser geschlossen wird, um die Ausführungen des Bauvertrages zu ermöglichen“. Diese Formulierung war insoweit unklar als sie den Eindruck erwecken konnte, es käme auf die Vorstellung der Vertragsbeteiligten bei Abschluss des Grundstückserwerbsvertrages an. Tatsächlich kann es für die Vorstellung der Beteiligten aber nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages ankommen.

Im zweiten Fall stellte der Senat ausdrücklich für die Überprüfung des Willens der Parteien nicht auf die Willensbildung beim Grundstückserwerbsvertrag, sondern auf die Willensbildung beim Bauvertrag ab. Wenn beide Parteien gemeinsam zu diesem Zeitpunkt davon ausgehen, dass der Grundstückserwerb von dem Bauvertrag abhängig ist, ist die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages zu bejahen. Ein Verknüpfungswille ist nach Auffassung des BGH anzunehmen, wenn die Beteiligten des Bauvertrages und des Grundstückserwerbsvertrages identisch sind oder der Auftragnehmer (Bauunternehmer) maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Erwerbsvertrages hat. Sind die Beteiligten der Verträge nicht personenidentisch – wie in beiden entschiedenen Fällen –, bedarf es nach Auffassung des Senates anderer, besonderer Umstände, die den Schluss zulassen, der Bauvertrag sei beurkundungsbedürftig. Die Kriterien dafür arbeitet der Senat nicht weiter aus, wobei vieles dafür sprechen dürfte, dass das vereinbarte Rücktrittsrecht ein Indiz für den entsprechenden Verknüpfungswillen der Beteiligten darstellt, wobei allerdings noch weitere Anhaltspunkte hinzukommen müssen. Dies könnte der vom Erwerber geäußerte Wille sein nur dieses Grundstück nach der im Bauvertrag vereinbarten Herstellungsverpflichtung zu bebauen bzw. nur mit diesem Bauunternehmen auf diesem Grundstück bauen zu wollen.

Der Notar wird regelmäßig mit dieser Konstellation nicht konfrontiert, weil die Beteiligten den Bauvertrag zunächst privatschriftlich abschließen. Ist der Notar allerdings eingeschaltet und hat er Kenntnis vom Sachverhalt, muss er mit den Vertragsbeteiligten die Frage der Abhängigkeit genauestens erörtern. Angesichts der aufgezeigten Kriterien scheint es, um Risiken zu vermeiden, ratsam zu sein, in jedem Fall zur Beurkundung des Bauvertrages zu raten.

Rechtsanwalt und Notar *Manfred Blank*, Lüneburg

¹ BGH, Urteil vom 6.12.1979, VII ZR 113/78, NJW 1980, 829; BGH, Urteil vom 6.11.1980, VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346; OLG Celle, Urteil vom 15.2.2006, 3 U 192/05, RNotZ 2006, 190.

² BGH, Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, ZfIR 2002, 629 = DNotZ 2002, 944; dazu *Pohlmann*, EWIR 2003, 147.

4. GBO §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 1, 47 Abs. 2 (*Anforderungen an den Nachweis der Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse einer erwerbenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverfahren*)

Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundeigentum durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts setzt die Umschreibung des Eigentums auf die Gesellschaft voraus, dass deren Existenz, Identität (= Fortbestehen der Gesellschaft und ihres Gesellschafterbestandes) und Vertretungsverhältnisse gegenüber dem Grundbuchamt jeweils in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen sind (Anschluss an OLG München, MittBayNot 2011, 60 ff.; OLG Hamm, ZIP 2010, 2245 sowie KG Berlin, NZG 2011, 61 und entgegen OLG Saarbrücken, MittBayNot 2010, 311 und DNotZ 2010, 301).

OLG Bamberg, Beschluss vom 9.2.2011, 3 W 176/10; mitgeteilt von *Peter Herdegen*, Richter am OLG Bamberg, und eingesandt von Notar *Hans-Ulrich Sorge*, Würzburg

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abrufbar unter BeckRS 2011, 05649.

5. BGB §§ 899 a, 1068; GBO § 47 Abs. 2 (*Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen an GbR-Anteilen*)

1. **Zur Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen an Anteilen von BGB-Gesellschaftern im Grundbuch.**
2. **Jedenfalls nach dem Rechtszustand vom 18.8.2009 kommt die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung infolge Nießbrauchsstellung als Belastung am Gesellschaftsanteil eines BGB-Gesellschafters nicht mehr in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 25.1.2011, 34 Wx 148/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Grundbuch ist die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), unter der Bezeichnung U. & S. GbR und unter Aufführung ihrer vier Gesellschafter, der Beteiligten zu 2 bis 5, eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 26.7.2010 übertrug der Beteiligte zu 2 von seinem mit 51% bezeichneten Gesellschaftsanteil einen Teilgesellschaftsanteil zu 50% mit allen Rechten und Pflichten auf den Beteiligten zu 5, der die Übertragung annahm. Die Überlassung des Gesellschaftsanteils erfolgte ohne Gegenleistung als Schenkung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Der Veräußerer behielt sich auf seine Lebenszeit den Nießbrauch an dem Beteiligungsanteil nach im Einzelnen vertraglich vorgesehenen Maßgaben vor, ohne dass dadurch der betroffene Gesellschafter nach außen in seinen Verwaltungsrechten beschränkt wurde. Es wurde – soweit hier erheblich – bewilligt und beantragt, die Verfügungsbeschränkung infolge Nießbrauchsbestellung als Belastung am Gesellschaftsanteil des Erwerbers zugunsten des Nießbrauchsberechtigten im Grundbuch einzutragen.

Den notariellen Vollzugsantrag vom 16.8.2010 hat das Grundbuchamt am 15.10.2010 kostenpflichtig zurückgewiesen, weil das Grundstückseigentum nicht mehr den Gesellschaftern, sondern der GbR zustehe und diese keiner Verfügungsbeschränkung unterliege. Daran ändere auch § 899 a Satz 1 BGB nichts. Denn das Recht des Gesellschafters, als Vertreter für die GbR zu handeln, werde durch die beantragte Eintragung der Verfügungsbeschränkung nicht beeinträchtigt.

Der Beschwerde vom 9.11.2010 hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das Rechtsmittel wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass auch nach der Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR Verfügungsbeschränkungen, die in der Vergangenheit bereits als eintragungsfähig eingestuft worden seien, weiterhin eintragungsfähig blieben. Nach dem am 18.8.2009 in Kraft getretenen ERVGBG (vom 11.8.2009 BGBI I, S. 2713) seien neben der GbR auch deren Gesell-

schafter in das Grundbuch einzutragen. Bezüglich der Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen sei trotz Grundbuchfähigkeit der GbR zumindest der „status quo ante“ hergestellt. Demnach sei dem Eintragungsantrag stattzugeben.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässig namens sämtlicher Urkundsbeteiligter – der Gesellschaft wie ihrer Gesellschafter – eingelegte Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Nach dem Inkrafttreten des ERVGBG hatte der Senat bereits Gelegenheit, sich mit der Problematik der Eintragung von Verfügungsbeschränkungen am Anteil des Gesellschafters zu befassen. Im Beschluss vom 2.7.2010 (34 Wx 62/10 = ZIP 2011, 374) hat er die Eintragung des Insolvenzvermerks beim mit eingetragenen Gesellschafter, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, als eintragungsfähig erachtet, weil in das Grundbuch einzutragen sei, was sich unmittelbar auf die eingetragenen Rechte oder auf die Verfügungsbefugnis hinsichtlich dieser Rechte auswirke; im Insolvenzfall sei die Verfügungsbefugnis berührt, weil das Recht des Gesellschafters beeinträchtigt sei, als Vertreter der GbR nach außen zu handeln (Senat a. a. O.). Hingegen wurde in einem weiteren Senatsbeschluss vom 18.11.2010 (34 Wx 96/10 – nicht veröffentlicht) in dessen nicht tragenden Gründen die Eintragung eines Nacherbenvermerks am Gesellschaftsanteil mit folgenden Erwägungen verneint:

Vor Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR seien im Grundbuch die Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Rechtsträger verlautbart worden (vgl. BayObLGZ 2002, 330, 332). Demnach sei seinerzeit die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen zulasten des Gesellschafters, nicht der Gesellschaft, in Betracht gekommen (dazu *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 556; *Böhringer*, Rpfleger 2007, 260). Indes unterliege die Gesellschaft selbst keiner Verfügungsbeschränkung. Mit Wirkung vom 18.8.2009 schütze § 899 a Satz 1 BGB nun den guten Glauben an die Vertretungsmacht der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, und zwar auch dann, wenn das Vertretungsrecht des handelnden Gesellschafters durch Verfügungsbeschränkungen mit Außenwirkung beeinträchtigt sei (§ 899 a Satz 2 i. V. m. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB). In diesem Zusammenhang müsse im Einzelfall geprüft werden, ob die konkrete Verfügungsbeschränkung das Recht des Gesellschafters beeinträchtigt, als Vertreter für die GbR nach außen zu handeln. Dies sei bei Verfügungsbeschränkungen, denen nur Bedeutung für die Verfügungsbefugnis im Hinblick auf das Eigenvermögen des Gesellschafters zukomme, wozu zwar der Gesellschaftsanteil zähle, der mit dem Vermögen der rechtsfähigen GbR aber nicht identisch sei, zu verneinen (vgl. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 188 f.).

2. Nach diesen Grundsätzen, an denen der Senat festhält, ist für die begehrte Eintragung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch kein Raum. Denn der Nießbrauch lastet in der hier gewählten Form des Rechtsnießbrauchs (§ 1068 BGB) nur am Gesellschaftsanteil, nicht an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Das Grundbuch hat aber die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und nicht die ihrer Gesellschafter wiederzugeben (vgl. *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 97; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 670; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 306; *Bestelmeyer*, a. a. O.; auch MünchKommBGB/*Pohlmann*, 5. Aufl., § 1068 Rdnr. 85; *Staudinger/Frank*, BGB, Bearb. 2008, Rdnr. 93; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 10 GBV Rdnr. 34 a. E.; a. A. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., Anhang

zu § 13 Rdnr. 33; Kohler in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 22 Rdnr. 78; OLG Hamm, DNotZ 1977, 376; differenzierend *Schöner/Stöber*, GBO, 14. Aufl., Rdnr. 1367, 1671; unklar *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl. GesR, Rdnr. 92 und 92.1). Zwar dient die Eintragung der Gesellschafter nach der Begründung des Gesetzgebers (siehe BT-Drucks. 16/13437, S. 27) nicht nur der Identifizierung der Gesellschaft, sondern ist auch Grundbuchinhalt mit materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Konsequenzen (siehe § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO). Dies ist jedoch vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber anerkannten Grundbuchfähigkeit der GbR zu verstehen. Nach Sichtweise des Senats wäre es verfehlt, daraus ableiten zu wollen, dass Verfügungsbeschränkungen von Gesellschaftern nun wieder in jedem Fall gleichermaßen und losgelöst davon, ob sie sich auf das eingetragene Recht auswirken, behandelt werden müssten, als wenn die Gesellschafter selbst als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wären. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb mit Rücksicht auf die Funktion des Grundbuchs, durch Gutgläubensschutz den Grundstücksverkehr mit einer eingetragenen GbR zu ermöglichen, die Beschränkung am Anteil des Gesellschafters zu verlaublichen wäre. Denn in seiner Verfügungsbefugnis über das Grundstück selbst ist der eingetragene Gesellschafter nicht eingeschränkt. Überdies muss – unabhängig von der Rechtslage seit 18.8.2009, hinsichtlich des Rechtsnießbrauchs auch kein Gutgläubensschutz durch das Grundbuch gewährleistet sein, weil bei einer Verfügung über den belasteten Gesellschaftsanteil der Nießbrauch unabhängig von der Verlautbarung im Grundbuch bestehen bleibt (richtig *Staudinger/Frank*, a. a. O.). Das Grundbuchamt hat deshalb den Eintragungsantrag insoweit zu Recht zurückgewiesen.

(...)

4. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO vorliegen. Die behandelte Rechtsfrage ist umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt. Dazu ergeht folgende

Rechtsmittelbelehrung:

Nach § 78 GBO, § 71 FamFG ist die Rechtsbeschwerde binnen einer Frist von einem Monat nach der schriftlichen Bekanntgabe dieses Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bei dem Rechtsbeschwerdegericht – dies ist der BGH in 76133 Karlsruhe, Herrenstraße 45 a (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) – einzulegen. Die Rechtsbeschwerde muss enthalten:

1. die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird und
2. die Erklärung, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

Die Beteiligten müssen sich durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen (§ 10 Abs. 4 Satz 1 FamFG).

6. BNotO § 21; GBO §§ 29, 32, 71, 72, 111 (*Nachweis von Existenz und Vertretungsbefugnis ausländischer juristischer Personen gegenüber dem Grundbuchamt*)

1. **Die Möglichkeit des erleichterten Nachweises der Vertretungsberechtigung nach § 32 Abs. 1 GBO gilt grundsätzlich nicht für ausländische juristische Personen.**
2. **Im Grundbuchverfahren sind Existenz und Vertretungsbefugnis einer ausländischen juristischen Per-**

son dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.

3. **Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann die durch einen deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung gemäß § 21 BNotO über eine Vertretungsberechtigung ausreichen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.1.2011, 5 Wx 70/10

Am 15.8.2008 schlossen die Beteiligte zu 1 als Verkäuferin und die Beteiligte zu 2 als Käuferin zur UR-Nr ... des Notars ... mit Amtssitz in B. einen notariellen Kaufvertrag über eine noch unvermessene Teilfläche von ca. 1.400 m² des Grundstücks Flur ... Flurstück ..., eingetragen im Grundbuch des AG ... von ... Blatt ... Die Beteiligte zu 2 wurde bei Abschluss des Kaufvertrages aufgrund einer in Sankt Petersburg notariell beglaubigten Vollmacht der Generaldirektorin der Beteiligte zu 2 vom 29.7.2008 durch S. A. vertreten, die ausweislich der Vollmachtsurkunde am ... Juli 1955 geboren ist; in der Kaufvertragsurkunde ist das Geburtsdatum mit ... Juli 1954 angegeben. Zugunsten der Beteiligte zu 2 wurde am 20.8.2008 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen.

Das Flurstück ... wurde zwischenzeitlich in die Flurstücke ... und ... jeweils der Flur ... geteilt. Am 19.11.2009 beurkundeten die Beteiligten zu 1 und 2 zur UR-Nr ... des Notars ... zunächst, dass das Flurstück ... der Flur ... mit einer Größe von 1.400 m² mit der veräußerten Teilfläche identisch ist und erklärten hinsichtlich des Flurstücks ... der Flur ... die Auflassung. Bei diesem Beurkundungstermin wurden die Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund der in § 8 des notariellen Kaufvertrages vom 15.8.2008 erteilten Vollmacht von der Notariatsmitarbeiterin A. Z. vertreten.

Der Verfahrensbevollmächtigte beantrage am 19.11.2009 die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligte zu 2.

Mit Zwischenverfügung vom 8.1.2010 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass die Vollmachtsurkunde nicht mit einer Apostille versehen sei und nicht erkennbar sei, von wem die Übersetzung stamme. Weiter wies das Grundbuchamt darauf hin, dass durch den Auszug aus dem Staatlichen Einheitsregister nur der Nachweis des Bestandes der Gesellschaft, nicht aber deren Vertretungsbefugnis geführt werden könne. Es sei daher die Vertretungsbefugnis der als gesetzliche Vertreterin handelnden Generaldirektorin nachzuweisen. Schließlich fehle es an einer wirksamen Identitäts- und Auflassungserklärung, da die bei Beurkundung des Kaufvertrages für die Beteiligte zu 2 aufgetretene Vertreterin nicht zur Übertragung der Vollmacht auf Dritte befugt gewesen sei.

Nachdem die in der Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisse nicht innerhalb der gesetzten Frist von zwei Monaten beseitigt worden waren, wies das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16.4.2010 den Eintragungsantrag vom 19.11.2009 zurück.

Mit Schriftsatz vom 6.5.2010 legten, wie mit Schriftsatz vom 9.12.2010 klargestellt, die Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde gegen den Beschluss vom 16.4.2010 ein. Diesem Schriftsatz waren die Vollmacht vom 29.7.2008 nebst Apostille und Übersetzung, die am 16.4.2010 durch S. A. erklärte Genehmigung der zur UR-Nr ... abgegebenen Erklärungen nebst Apostille und Übersetzung sowie ein Auszug aus dem Einheitlichen staatlichen Register nebst Apostille und Übersetzung beigelegt.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch weiteren Beschluss vom 24.6.2010 nicht abgeholfen und zur Begründung ausgeführt, durch die mit der Beschwerdeschrift eingereichten Unterlagen seien zwar zwei der drei in der Zwischenverfügung aufgeführten Beanstandungen behoben, der Nachweis der Vertretungsbefugnis könne aber durch den Auszug aus dem Einheitlichen staatlichen Register nicht geführt werden.

Der Senat hat mit Verfügung vom 6.12.2010 vorsorglich darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit des erleichterten Nachweises der Vertretungsberechtigung nach § 32 Abs. 1 GBO grundsätzlich nicht für ausländische Personen gilt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat hierzu mit Schriftsatz vom 9.12.2010 mitgeteilt, er habe sich insoweit nochmals an die Beteiligten gewandt, eine weitere Stellungnahme ist hierzu aber nicht mehr eingereicht worden.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 gegen den Beschluss des AG – Grundbuchamt – vom 16.4.2010 wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, über die gemäß § 72 GBO, Art. 111 Abs. 1 FGG-RG das Oberlandesgericht zu entscheiden hat, ist zulässig (§§ 71, 73 GBO). Das Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das Grundbuchamt hat zu Recht den Antrag auf Eigentumschreibung deswegen zurückgewiesen, weil allein durch den Auszug aus dem Einheitlichen staatlichen Register (einschließlich Apostille und Übersetzung) der Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht der eingetragenen Generaldirektorin und damit der Nachweis, dass die im Termin zur Beurkundung des Kaufvertrages für die Beteiligte zu 2 durch die am 29.7.2008 erteilte Vollmacht wirksam bevollmächtigt war, nicht in einer den Anforderungen der GBO genügenden Art und Weise geführt werden kann.

1. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 GBO in seiner seit dem 1.10.2009 geltenden Fassung kann bei im Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen, Sitzverlegungen, Firmen- oder Namensänderungen sowie das Bestehen juristischer Personen und Gesellschaften durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO geführt werden. Nach Satz 3 dieser Vorschrift kann der Nachweis auch durch einen amtlichen Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift geführt werden.

Diese Nachweiserleichterung des § 32 Abs. 1 GBO gilt für alle registerfähigen Personen und Gesellschaften, die in einem inländischen öffentlichen Register eingetragen sind (*Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 2). Auf ausländische juristische Personen und Gesellschaften kann § 32 Abs. 1 GBO nicht angewandt werden; ihr Bestehen und die Vertretungsbefugnis sind dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (BayObLG, FGPrax 2003, 59; OLG Hamm, Rpfleger 1995, 153; *Demharter*, a. a. O., § 32 GBO Rdnr. 8; *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 32 Rdnr. 9 für § 32 GBO a. F.). Ausnahmsweise kann die durch einen deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung über eine Vertretungsberechtigung als öffentliche Urkunde nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO ausreichen, sofern zur Überzeugung des Grundbuchamtes feststeht, dass das ausländische Register seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Register entspricht (OLG Schleswig, Rpfleger 2008, 498; *Demharter*, a. a. O., § 32 Rdnr. 8; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3636 b; a. A. *Meikel/Roth*, a. a. O.).

2. Die Vertretungsberechtigung der Beteiligten zu 2 durch ihre Generaldirektorin als gesetzliche Vertreterin bei Erteilung der Vollmacht an die bei Beurkundung des Kaufvertrages für die Beteiligte zu 2 aufgetretene Vertreterin ist danach gegenüber dem Grundbuchamt nicht in einer den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO genügenden Weise nachgewiesen.

a) Der von einem allgemeinen beeidigten Dolmetscher übersetzte und mit einer Apostille versehene Registerauszug aus dem Einheitlichen staatlichen Register juristischer Personen vom 23.7.2009, der mit dem Beschwerdeschriftsatz vorgelegt worden ist, vermag danach allein den erforderlichen Nachweis der Vertretungsberechtigung nicht zu erbringen, weil die Erleichterung der Nachweisführung nach § 32 Abs. 1 Satz 3 GBO nur für inländische Registerauszüge gilt.

Es kommt deswegen nicht darauf an, dass Zweifel an der Geeignetheit zur Nachweisführung auch deswegen bestehen,

weil dieser mit der Beschwerde eingereichte Registerauszug vom 23.7.2009 datiert, es aber auf die Vertretungsberechtigung der Generaldirektorin zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht vom 29.7.2008 ankommt. Der zuvor mit Schriftsatz vom 4.9.2008 eingereichte Auszug stammt zwar vom 16.7.2008, ist aber nicht mit einer Apostille versehen und lässt nicht erkennen, durch wen er übersetzt worden ist.

Es kommt schließlich auch nicht darauf an, dass die mit Schriftsatz vom 4.9.2008 und mit der Beschwerde eingereichten Vollmachtsurkunden vom 29.7.2008 in der Übersetzung insoweit voneinander abweichen, als die mit Schriftsatz vom 4.9.2008 eingereichte Vollmacht auf ein Jahr begrenzt war, die mit dem Beschwerdeschriftsatz eingereichte Vollmacht dagegen auf fünf Jahre. Der Text der russischen Originalurkunden stimmen insoweit der Zeile über der Unterschrift ebenfalls nicht vollständig überein.

In diesem Zusammenhang ist lediglich ergänzend anzumerken, dass die Angaben zu der von der Generaldirektorin bestellten Vertreterin nicht vollständig mit den Angaben zur Person der im Beurkundungstermin aufgetretenen Vertreterin übereinstimmen. Abweichend vom Text der Vollmachtsurkunde wird in der notariellen Kaufvertragsurkunde das Geburtsdatum der Vertreterin mit ... Juli 1954 angegeben.

b) Der Nachweis der Vertretungsberechtigung ist auch nicht durch Vorlage einer Notarbescheinigung geführt worden.

Es fehlt bereits an einer solchen Notarbescheinigung eines deutschen Notars gemäß § 21 Abs. 1 BNotO über die Vertretungsberechtigung der Generaldirektorin als gesetzliche Vertreterin der Beteiligten zu 2 und damit an einer den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO genügenden Urkunde, mit der die Vertretungsmacht der Generaldirektorin bei Erteilung der Vollmacht vom 29.7.2008 nachgewiesen werden könnte.

Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass zur Überzeugung des Grundbuchamtes auch nicht hinreichend dargelegt sein dürfte, dass das russische Einheitliche staatliche Register in seiner rechtlichen Bedeutung mit dem entsprechenden deutschen Register vergleichbar ist. Insbesondere ist die Bezugnahme auf die mit Schriftsatz vom 19.7.2010 eingereichte gutachterliche Stellungnahme unzureichend. Dieses Rechtsgutachten setzt sich in erster Linie mit den Modalitäten der Eintragung insbesondere des Generaldirektors auseinander, nicht aber mit der Vergleichbarkeit dieses Registers mit dem deutschen Handelsregister. Auf Seite 3 dieses Gutachtens wird lediglich festgestellt, dass dem russischen Recht der Begriff des öffentlichen Glaubens im Hinblick auf die Angaben im einheitlichen Register fremd sei. Die Vergleichbarkeit der rechtlichen Bedeutung des Einheitlichen staatlichen Registers mit dem deutschen Handelsregister wird dadurch jedenfalls im Hinblick auf die Publizitätswirkung hinsichtlich der eingetragenen vertretungsberechtigten Personen gerade nicht belegt.

Weiter heißt es dann im letzten Absatz auf dieser Seite, der Nachweis, welche Person zum Zeitpunkt des Abschlusses eines Kaufvertrages (hier: zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht) befugt gewesen sei, die Gesellschaft zu vertreten, könne ausschließlich durch die Vorlage eines Auszuges aus dem Register sowie des Gesellschafterbeschlusses über die Bestellung der vertretungsberechtigten Person geführt werden. Ein solcher Gesellschafterbeschluss über die Bestellung der Generaldirektorin ist aber gerade nicht vorgelegt worden.

(...)

7. BGB §§ 891, 899 a; GBO §§ 19, 22, 47 Abs. 2 (*Grundbuchberichtigung nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer GbR*)

1. **Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass § 899 a BGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO für das Grundbuchamt die Vermutung begründet, dass die eingetragenen Gesellschafter zur Verfügung über einen Gesellschaftsanteil befugt sind, soweit das eingetragene (Grundstücks-)Recht betroffen ist (siehe zuletzt Beschluss vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10 = ZIP 2011, 466).**
2. **Dies gilt auch, wenn wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts diese liquidationslos erlischt und das Grundbuch nicht nur hinsichtlich des Gesellschaftersbestands, sondern auch hinsichtlich der Fortexistenz der Gesellschaft unrichtig wird.**

OLG München, Beschluss vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar *Manfred Haselbeck*, Traunstein

Im Grundbuch sind gemäß vollzogener Auflassung vom 16.4.1998 die Beteiligten zu 1 und 2 als Eigentümer von Grundstücken mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 11.5.2010 trat der Beteiligte zu 1 seinen nach Angabe hälftigen Gesellschaftsanteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) – der Beteiligten zu 3 – mit allen Rechten und Pflichten unentgeltlich an den Beteiligten zu 2 ab, der die Abtretung annahm. Der Beteiligte zu 2 führt die Firma – eine Baugesellschaft – als Einzelunternehmer fort. Hinsichtlich des Grundbesitzes setzten sich die Beteiligten in der Weise auseinander, dass der Beteiligte zu 2 den gesamten Grundbesitz zum Alleineigentum übertragen erhielt. Die Beteiligten zu 1 und 2 erklärten im eigenen Namen die Auflassung; sie beantragten und bewilligten ferner die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch.

Unter dem 26.8.2010 hat der mit dem Vollzug der Urkunde beauftragte Notar gemäß § 15 GBO Eintragungsantrag gestellt. Die in der Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung hat das Grundbuchamt als Berichtigungsbewilligung ausgelegt. Dementsprechend haben die Beteiligten zuletzt den Urkundenvollzug im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt.

Mit Beschluss vom 16.11.2010 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass der Eintragungsantrag auf eine berichtigende Eintragung abziele. Dessen zwingende Voraussetzung sei es, entweder dass eine gesetzliche Vermutung dafür bestehe, der im Grundbuch eingetragene anteilsübertragende Gesellschafter sei tatsächlich wahrer Gesellschafter der GbR, auch die übrigen bisherigen Gesellschafter hätten aktuell die Gesellschafterstellung inne und weitere Gesellschafter außer den im Grundbuch verlautbarten seien nicht vorhanden, oder – soweit es keine gesetzliche Vermutung dafür gebe – die jeweiligen Umstände seien in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Eine gesetzliche Vermutung nach § 899 a Satz 1 BGB, Art. 229 § 21 EGBGB bestehe bei einer Anteilsübertragung nicht, weil es nicht um das Eigentum der GbR, sondern ausschließlich um die Rechtsinhaberschaft des Gesellschafters an seinem Gesellschaftsanteil gehe. Die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer GbR, welcher Grundstücke gehörten, sei keine unmittelbar auf das Immobiliarsachenrecht bezogene Rechtshandlung. GbR-Anteilsübertragungen könnten auch nach Inkrafttreten des ERVGBG nicht wieder genauso und unter denselben Voraussetzungen im Grundbuch vollzogen werden, wie dies vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR der Fall gewesen sei. Insoweit trete das Grundbuchamt den einschlägigen Erwägungen von *Bestelmeyer* (Rpfleger 2010, 169, 185 f.) bei, die durch anderweitige Meinungen in Rechtsprechung (namentlich OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22; Senat vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10 = NJW-RR 2010, 1667) und Literatur (insbesondere DNotI-Report 2010, 145; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305) nicht außer Frage gestellt würden.

Die deshalb erforderlichen Nachweise, dass eine GbR-Anteilsübertragung stattgefunden habe, seien nicht erbracht und könnten auch nicht erbracht werden. Eine Grundbuchberichtigung entweder aufgrund Berichtigungsbewilligung oder aufgrund Unrichtigkeitsnachweises sei demnach nicht möglich, so dass der Eintragungsantrag

zwingend zurückzuweisen sei. Eine Ausnahme von der Formstrenge des § 29 GBO komme nicht in Betracht.

Hiergegen wendet sich die vom Urkundsnotar für die Beteiligten zu 1 und 2 eingelegte Beschwerde im Wesentlichen mit der Begründung, ein Gesellschafter könne seine Anteile abtreten und mit einer Berichtigungsbewilligung im Grundbuch umschreiben lassen. Beim Gesellschafterswechsel sei lediglich das formelle Konsensprinzip anzuwenden. Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1, § 73 sowie § 15 GBO namens der beteiligten Gesellschafter vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

1. Die gegenständliche Eintragung im Grundbuch weist die Beteiligte zu 3 (GbR) als unmittelbare Rechtsträgerin und die Beteiligten zu 1 und 2 als deren Gesellschafter aus (Art. 229 § 21 EGBGB; siehe BGH, NJW 2006, 3716; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., Art. 229 EGBGB § 21 Rdnr. 1 m. w. N.).

2. Für die Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters auf der Grundlage des ERVGBG vom 11.8.2009 (BGB I, S. 2713) gilt Folgendes (siehe schon Senat vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10 = NJW-RR 2010, 1667 = EWiR 2010, 741 mit Anm. *Heinze*; und ausführlicher jüngst vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10 = ZIP 2011, 466):

a) Die Berichtigung kann – neben der Möglichkeit eines Unrichtigkeitsnachweises, die im gegebenen Fall keine Erleichterung bringt (vgl. *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305 f.) – aufgrund Bewilligung der Beteiligten erfolgen (§§ 19 mit 22 GBO). Nach der in der notariellen Urkunde zugleich enthaltene Erklärung hat der Beteiligte zu 1 seinen Anteil vollständig an den Beteiligten zu 2 abgetreten, so dass Ersterer aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschieden ist mit der materiellen Folge, dass das Gesellschaftsvermögen ohne Auflassung in das Alleineigentum des verbleibenden Gesellschafters, des Beteiligten zu 2, übergegangen ist (vgl. BGH, NJW 2008, 2992; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., GesR, Rdnr. 54, 58, 59, 61). Es kommt zu einer Beendigung der GbR, weil es eine Einpersonengesellschaft nicht gibt (vgl. nur *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 542). Das Grundbuch ist durch ein Geschehen außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden (siehe auch OLG Köln, NJW-RR 2002, 519); es verlautbart nämlich noch das Eigentum einer (teil-)rechtsfähigen Person (GbR), die nicht mehr existent ist (BGH, NJW 2008, 2992, 2993).

b) Nach früherem Verständnis waren als Eigentümer die im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit eingetragen (BGH, NJW 2006, 3716); nach neuer Rechtslage sind diese gemäß § 47 Abs. 2 GBO als Gesellschafter (neben) der „wahren“ Eigentümerin, der GbR, eingetragen. Nach § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO gelten für sie aber die sich auf die Eintragung der Berechtigten beziehenden Vorschriften entsprechend. Sie werden damit grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt wie vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, nämlich wie Berechtigte. Daraus leitet sich ihre Befugnis ab, wie Berechtigte unter Beachtung des Voreintragungsgrundsatzes (§ 39 GBO) über das eingetragene Recht zu verfügen (vgl. z. B. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 47 Rdnr. 30). Das gilt namentlich auch dann, wenn kein neuer Gesellschafter eintritt, sondern der Anteil eines Gesellschafters beispielsweise einem bereits vorhandenen Gesellschafter anwächst (vgl. OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384; *Hügel/Reetz*, § 47 Rdnr. 103; *Hügel/Kral*, GesR, Rdnr. 55).

c) Eine Löschung kann, wie das Grundbuchamt im Ansatz zutreffend erkennt, aufgrund Bewilligung der (aller) eingetragenen Gesellschafter allerdings nur erfolgen, wenn die Gesellschafterstellung zu vermuten ist. Denn eine Beweisführung gemäß § 29 GBO erscheint unmöglich. Jedoch lässt sich die Vermutung auf § 899 a BGB stützen. Damit sind nicht notwendig Rechtsscheinswirkungen für Verkehrsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil gegenüber Dritten verbunden, was der Gesetzgeber durch die Einschränkung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ gerade ausschließen wollte. Die Vermutung erfasst lediglich die Verfügungsbefugnis über den Grundbesitz, ermöglicht aber nicht einen gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Mit der Einfügung von § 47 Abs. 2 GBO hat der Gesetzgeber erreichen wollen, dass die eingetragenen Gesellschafter grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt werden wie vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR, nämlich wie Berechtigte, und zwar auch bei der Eintragung von Änderungen im Gesellschafterbestand (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 17.6.2009, BT-Drucks. 16/13437, S. 28). Die bestehende Eintragung hat zur Folge, dass die Gesellschafter in Bezug auf Verfügungen über im Grundbuch eingetragene Rechte der Gesellschaft als berechtigt angesehen werden und vermutet wird, dass keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Sie sind überdies bewilligungsbefugt, wenn Änderungen im Gesellschafterbestand eingetragen werden sollen (OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384). Die Einschränkung der Vermutung auf das eingetragene Recht im Tatbestand des § 899 a BGB schließt es aus, dass dem Grundbuch für andere Rechtsgeschäfte die Funktion eines Gesellschaftsregisters zukommt. Hingegen hat die Norm für alle Rechtshandlungen Bedeutung, die einen unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand aufweisen (BT-Drucks. 16/13437, S. 30; auch OLG Zweibrücken vom 9.9.2010, 3 W 128/10, zitiert nach juris; DNotI-Report 2010, 145, 147). Dies belegt auch das im Bericht des Rechtsausschusses aufgeführte Beispiel (Erwerb von Einrichtungsgegenständen für das auf dem Grundstück stehende Gebäude). Die gegenständliche Eintragung begründet für das Grundbuchamt deshalb die bindende, wiewohl widerlegbare Vermutung, dass die (noch) Eingetragenen als Gesellschafter über den Grundbesitz verfügen können, ohne dass damit weitergehende Vermutungen verbunden wären (siehe auch *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305).

3. Für die enge und ganz am Wortlaut der Neuregelung orientierte Auslegung namentlich von *Bestelmeyer* (Rpfleger 2010, 169, 185 f.), der auch das Grundbuchamt folgt, mögen zwar systematische Erwägungen sprechen. Sie berücksichtigt jedoch nicht das gesetzliche Anliegen, der als rechtsfähig erachteten GbR eine Teilnahme am Immobilienverkehr zu ermöglichen und in diesem Rahmen auch einen Gesellschafterwechsel, der sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht, auf verfahrensrechtlicher Ebene vollzugsfähig zu machen, was nach dem Verständnis des Senats in der Neukonzeption von § 899 a BGB, § 47 Abs. 2 (Satz 2) GBO hinreichend zum Ausdruck kommt. Wie das OLG Zweibrücken (Beschluss vom 9.9.2010, 3 W 128/10) zu Recht betont, hat die Einschränkung des Vermutungstatbestands in § 899 a BGB keine Bedeutung für die grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung von Rechtsgeschäften mit einem unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand. Dazu gehört auch eine Anteilsveränderung, für die der öffentliche Glaube zwar auf materiellrechtlicher Ebene nicht spricht, wohl aber auf der Ebene des Verfahrensrechts. Demgemäß hat das Grundbuchamt die von der bestehenden Eintragung ausgehende Vermutungswir-

kung auch im gegebenen Fall zu beachten (ähnlich *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 37).

4. Eine Einschränkung ist nicht deshalb geboten, weil es sich um das liquidationslose Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters handelt, die Gesellschaft nicht mehr existiert und deshalb die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nur – wie etwa beim Gesellschafterwechsel – den Gesellschafterbestand, sondern auch die Fortexistenz der eingetragenen Gesellschaft erfasst (*Hügel/Reetz*, § 47 Rdnr. 103). Denn der materielle Akt der Anteilsübertragung ist in dem einen wie in dem anderen Fall identisch, so dass sich schon deshalb eine verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung verbietet und nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, weil die Rechtsfolgen umfassender sind. Insoweit ist, bezogen auf eingetragene Gesellschaften, auch die Erwägung gerechtfertigt, dass das Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion hat (BGHZ 179, 102, 109 bei Rdnr. 13). Widerspruchsfrei lässt sich dieses Ergebnis hier durch die vom Senat befürwortete Auslegung von § 47 Abs. 2, § 899 a BGB sowie § 891 BGB, dieser bezogen auf die eingetragene Eigentümerin (GbR) selbst, erreichen.

5. Da keine Gründe gegen die Richtigkeit der im Grundbuch vorhandenen Eintragung von Eigentümer und Gesellschaftern sprechen und auch keine sonstigen Vollzugshindernisse ersichtlich sind, ist das Grundbuchamt anzuweisen, die entsprechende Berichtigung vorzunehmen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Ruhwinkel*, MittBayNot 2011, 226 (in diesem Heft).

8. BGB §§ 891, 899 a; GBO §§ 19, 22, 47 Abs. 2 (*Grundbuchberichtigung nach Übertragung aller Gesellschaftsanteile an einer GbR auf einen Dritten*)

Werden bei einer grundbesitzhaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts sämtliche Gesellschaftsanteile auf einen Dritten übertragen, so ist es für die Eintragung des Dritten in das Grundbuch erforderlich, den Eigentumsübergang in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 11.10.2010, 27 Wx 52/10; eingesandt von Notar Dr. *Lothar Hipler*, Lindenberg

Mit notarieller Urkunde des Notars ... vom 27.8.2009, bewilligten und beantragten die Beschwerdeführerinnen u. a. eine Grundbuchberichtigung hinsichtlich des in der Urkunde beschriebenen Grundstücks der Gemarkung ... dahingehend, dass die KG2 alleiniger Eigentümer des vorbezeichneten Grundbesitzes sei. Mit Zwischenverfügung (§ 18 GBO) vom 30.7.2010 ordnete das AG – Grundbuchamt – an, dass zum Vollzug des Berichtigungsantrags der Nachweis des Eigentumsübergangs von den im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die KG1 vorzulegen sei, und setzte zur Behebung des Eintragungshindernisses Frist bis 30.8.2010.

Gegen diese Zwischenverfügung legte der bevollmächtigte Notar mit Schreiben vom 3.8.2010 Beschwerde ein. Er wies darauf hin, dass die Anteile an dieser GbR zum 1.1.2007 in die KG1 eingebracht worden seien, die damit Alleineigentümerin des genannten Grundbesitzes geworden sei. Der am 29.7.2009 verstorbene A sei von seiner Ehefrau und seinen beiden Kindern beerbt worden, wobei die Ehefrau in Teilerbauseinandersetzung sämtliche Kommanditanteile an der KG1 sowie der KG2 erworben habe.

Mit Wirkung zum 1.1.2010 sei nach Übertragung sämtlicher Kommanditanteile an der KG1 auf die KG2 und nach Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters der KG1 deren gesamtes Vermögen der KG2 angewachsen.

Mit Beschluss vom 5.8.2010 half das AG – Grundbuchamt – der Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem OLG München als Beschwerdegericht zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

II.

Die gegen die Zwischenverfügung (§ 18 GBO) des Grundbuchamts gerichtete Beschwerde (§ 71 GBO) ist zulässig, aber unbegründet.

Das Grundbuchamt besteht bei der gegebenen Sachlage zu Recht auf dem Nachweis des Eigentumsübergangs von der als Eigentümerin eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die KG1 in der Form des § 29 GBO und sieht keinen Raum für die beantragte Grundbuchberichtigung. Auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses, des Nichtabhilfebeschlusses vom 5.8.2010 sowie auch des Schreibens des Grundbuchamtes vom 20.5.2010 wird Bezug genommen.

Nach dem Vortrag der Beschwerdeführerinnen gelangte das streitgegenständliche Grundstück zunächst zum 1.1.2007 in das Vermögen der KG1, deren gesamtes Vermögen zum 1.1.2010 der KG2 angewachsen sei. Wenn nun ohne Voreintragung der KG1 sogleich die KG2 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden soll, bedarf es eines Nachweises darüber, dass die GbR-Anteile in die KG1 eingebracht wurden. Denn nur dann konnte das Grundstück durch die Anwachsung in das Vermögen der KG2 gelangen. Dieser Nachweis ist in der Form des § 29 GBO zu erbringen.

Soweit der bevollmächtigte Notar die Auffassung vertritt, es liege eine Fallgestaltung vor, die nicht anders zu behandeln sei als der in *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Auflage, Rdnr. 982 c beschriebene Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden GbR und Anwachsung des Gesellschaftsvermögens beim letzten Gesellschafter, kann dem nicht gefolgt werden. Denn die vorliegende Fallgestaltung geht insoweit darüber hinaus, als das Grundstück dabei nicht beim letzten Gesellschafter verblieb, sondern die Gesellschafter ihre Anteile auf einen Dritten, nämlich die KG1, übertrugen.

Mag bei Anwachsung des Gesellschaftsvermögens der GbR beim letzten verbleibenden Gesellschafter ein Fall der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO gegeben sein, was dahingestellt bleiben kann, so ist doch der vorliegende Fall anders gelagert, da das Grundstück aus dem ursprünglichen Gesellschaftsvermögen der GbR insgesamt herausgelöst wird. Der vom Grundbuchamt zitierte Aufsatz von *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 170 weist zutreffend auf die bestehende Problematik formfreier Vertragsänderungen und formloser Anteilsübertragungen im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hin, woraus sich die Gefahr einer aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen und auch sonst nicht erkennbaren Veränderung des Gesellschafterbestandes und der Vertretungsverhältnisse der GbR ergeben kann. Schon unter diesem Gesichtspunkt ist es jedenfalls bei Übertragung des Grundstücks an einen Dritten unumgänglich, den Nachweis des Eigentumsübergangs von der GbR auf den Dritten in der Form des § 29 GBO zu fordern. Aus diesen Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu OLG München, Mitt-BayNot 2011, 224 (in diesem Heft) –

1. In den Entscheidungen des OLG München vom 11.10.2010¹ und vom 14.1.2011² wird ein fast gleicher Sachverhalt völlig unterschiedlich beurteilt. In der Entscheidung vom 14.1.2011 (Fall „Verbleib eines Gesellschafters“) hatte der vorletzte Gesellschafter der GbR seinen Anteil an den verbleibenden abgetreten. In der Entscheidung vom 11.10.2010 (Fall „Übertragung aller Anteile“) hatten die Gesellschafter alle Anteile auf einen Erwerber übertragen. In beiden Fällen ist materiellrechtlich das Vermögen der Gesellschaft dem Erwerber angewachsen. Im Fall „Verbleib eines Gesellschafters“ hat das OLG München die Grundbuchberichtigung auf Bewilligung des ausscheidenden und des verbleibenden Gesellschafters für zulässig erachtet. Im Fall „Übertragung aller Anteile“ dagegen hat das OLG München die Eintragung dagegen abgelehnt. Auch hier lag aber – das hat eine Rückfrage bei dem den Fall betreuenden Kollegen ergeben – eine Berichtigungsbewilligung der ehemaligen Gesellschafter der GbR bzw. ihrer Erben (samt Erbnachweis) sowie des Erwerbers vor.

2. Grundsätzlich erfolgt die Grundbucheintragung auf Bewilligung der Betroffenen (formelles Konsensprinzip).³ § 22 GBO gewährt bei Unrichtigkeit des Grundbuchs davon insoweit eine Erleichterung, als diese nicht nur durch Bewilligung, sondern auch durch sonstigen Nachweis bewiesen werden kann.⁴ Selbstverständlich bedürfen bei der Unrichtigkeit rechtlicher Verhältnisse sowohl die Bewilligung als auch der sonstige Nachweis der Form des § 29 GBO. Anders ist das bei Änderung bloß tatsächlicher Verhältnisse, z. B. bei Namensänderungen. Wenn es bloß um solche Angaben geht, ist eine Richtigstellung von Amts wegen vorzunehmen und alle Beweismittel sind zulässig.

Auch der Gesellschafterbestand gehört bei Rechtsinhaberschaft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aber zu den rechtlichen und nicht bloß tatsächlichen Verhältnissen in Bezug auf das Recht. Einerseits werden die Gesellschafter als Berechtigte behandelt (§ 47 Abs. 2 Satz 2 GBO), andererseits kann sich die Wirkung des § 899 a BGB auch auf den Gesellschafterbestand erstrecken.⁵ Gleiches gilt natürlich für das Bestehen der GbR und ihr Fortbestehen.⁶ Und Gleiches gilt erst recht für die Änderung der Rechtsinhaberschaft, wenn sie kraft Gesetzes bei Vollbeendigung der Gesellschaft dadurch eintritt, dass sich alle Anteile an der Gesellschaft in der Hand eines Erwerbers vereinigen.

3. Im Fall „Verbleib eines Gesellschafters“ begründet das OLG München die Eintragungsfähigkeit des Grundbuchberichtigungsantrags in Anwendung dieser Grundsätze etwas vereinfacht wie folgt:

¹ MittBayNot 2011, 225 (in diesem Heft).

² MittBayNot 2011, 224 (in diesem Heft).

³ Statt aller *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 95.

⁴ Statt aller *Schöner/Stöber*, Rdnr. 369.

⁵ Daher hat auch beispielsweise das OLG Zweibrücken seine ursprünglich gegenteilige Auffassung (Beschluss vom 28.8.2008, 3 W 68/08 = Rpfleger 2009, 17) inzwischen im Licht der neuen Rechtslage korrigiert (Beschluss vom 20.10.2009, 3 W 116/09 = NJW 2010, 384).

⁶ Daher scheint mir auch bei der Namensänderung der GbR immer eine Berichtigungsbewilligung nötig. Auch bei Personenhandels-gesellschaften greift man für entsprechende Änderungen auf die Handelsregistereintragung, also öffentliche Register zurück. Und eine Prüfung, ob die Gesellschaft identisch mit der bisherigen ist und ob der Name wirklich wirksam geändert wurde ist dem Grundbuchamt nicht zumutbar.

§ 899 a BGB begründet die auch im Grundbuchverfahren zu beachtende Vermutung, dass die eingetragene Gesellschaft besteht und dass der Gesellschafterbestand richtig wiedergegeben ist. (Auch) daher hat der Gesetzgeber in § 47 GBO angeordnet, dass die Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen sind. Veränderungen bei vom Gesetzgeber vorgegebenem Grundbuchinhalt haben immer unmittelbaren Bezug zum eingetragenen Recht. Die unmittelbaren und mittelbaren Vermutungen des § 899 a BGB sind im Grundbuchverfahren daher zu beachten. Das Grundbuchverfahren wirkt immer „in Ansehung des eingetragenen Rechts“, wie es § 899 a BGB ausdrückt. Dies gilt auch dann, wenn die beantragte Eintragung nicht im Zusammenhang mit einer Verfügung steht, für die § 899 a BGB materiellrechtlich Gutgläubensschutz gewähren würde, wie beispielsweise in den hier zu besprechenden Fällen der Verfügung über Gesellschaftsanteile.

Eintragungsvoraussetzung sei entweder ein Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO (der nach Auffassung des OLG jedoch nicht zu führen sein wird) oder die Berichtigungsbewilligung der betroffenen Gesellschafter nach §§ 19, 22 GBO.

Besonders zu begrüßen ist in der Entscheidung „Verbleib eines Gesellschafters“ der Hinweis des OLG München auf den Willen des Gesetzgebers, die – rechtsfähige – GbR und ihre Gesellschafter im Grundbuchverfahren so zu behandeln wie bisher.⁷ Auch stimmt das OLG – zumindest für den entschiedenen Fall – der Aussage des BGH in seiner Leitentscheidung vom 4.12.2008⁸ zu, dass Verfahrensrecht den Rechtserwerb der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht verhindern darf, da es insoweit nur dienende Funktion hat. Sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber haben mit ihren Aussagen aber jeden denkbaren Rechtserwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemeint. So beginnt der nächste Absatz in der Gesetzesbegründung⁹ mit der Aussage „Satz 2 gewährleistet insbesondere ein Regelungsregime für die grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung von Änderungen im Gesellschafterbestand.“ Es handelt sich also bei der Veränderung im Gesellschafterbestand nur um ein Beispiel des Gesetzgebers. Der BGH¹⁰ hat unter anderem Folgendes betont: „Das Grundbuchrecht soll den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem nach bürgerlichem Recht möglichen Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken nämlich auf sichere und verlässliche Weise ermöglichen, aber nicht verhindern. Die fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen.“ Es geht dem Gesetzgeber und dem BGH also gerade nicht bloß um Grundbuchberichtigungen bei Gesellschafterwechseln, sondern um jeden denkbaren Rechtserwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Umso bedauerlicher ist daher, dass derselbe Senat des OLG München wiederholt¹¹ zum Ergebnis gekommen ist, der Eigentumserwerb bereits bestehender Gesellschaften bürgerlichen Rechts sei de lege lata nicht möglich. Denn Fälle, in denen Rechtserwerb materiellrechtlich nur daran scheitert, dass der Grundbuchvollzug nicht möglich ist, soll es nach Auffassung des BGH („darf nicht“) und dem Willen des Gesetzgebers eigentlich nicht geben.¹²

⁷ BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

⁸ BGHZ 179, 102, 109 = MittBayNot 2009, 225.

⁹ a. a. O. (Fn. 7).

¹⁰ a. a. O. (Fn. 8).

¹¹ Zuletzt MittBayNot 2011, 60.

¹² Kritisch auch *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 34.

4. Ganz anders dagegen die Begründung im Fall „Übertragung aller Anteile“, freilich durch einen anderen Senat des OLG. Hier hatte das Grundbuchamt zunächst einen Nachweis für den Übergang aller Anteile in Form des § 29 GBO verlangt, im Nichtabhilfebeschluss über die Beschwerde des Notars jedoch hervorgehoben, ein Nachweis in dieser Form sei nicht zu führen. Der Gesetzgeber müsse daher Abhilfe schaffen. Zur Berichtigungsbewilligung führt das Grundbuchamt aus, der Fall unterscheide sich vom „Verbleiben eines Gesellschafters“, eine Anwendung der dafür geltenden Grundsätze scheide daher aus. Worin der Unterschied liegen soll, teilt das Grundbuchamt nicht mit. Auf die Verfahrenswirkung des § 899 a BGB geht das Grundbuchamt nicht ein, die Intentionen des BGH und der Regelungswille des Gesetzgebers werden ignoriert. Das Grundbuchamt geht vielmehr davon aus, die beantragte Grundbuchberichtigung sei derzeit schlicht nicht vollzugsfähig. Das Grundbuchamt gibt dann noch den Rat, die GbR möge doch einfach den Grundbesitz an den Erwerber auflassen. Man fragt sich, wie das gehen soll, denn eine GbR, die Partei der Auflassung sein kann, besteht nach der Übertragung aller Anteile auf einen Empfänger nicht mehr und die Rechtslage vor Übertragung der Anteile kann auch nicht mehr hergestellt werden. Das Grundbuchamt ist kurz gesagt nicht bereit, eine beantragte Eintragung zu vollziehen, die alle Beteiligten bewilligt haben, will dafür aber eine Rechtsänderung eintragen, die es nach den in öffentlicher bzw. öffentlich beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen der Beteiligten so gar nicht mehr geben kann.

Das OLG München schließt sich dem an und stellt fest, der entscheidende Unterschied zwischen der Anwachsung bei Verbleib eines einzigen Gesellschafters und der Übertragung aller Anteile auf einen Dritten sei, dass das Grundstück „aus dem Gesellschaftsvermögen der GbR insgesamt herausgelöst“ (sic!) werde. Bei einer „Übertragung des Grundstücks an einen Dritten“ (sic!) handle es sich um keinen Fall der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO. Auch das formelle Konsensprinzip gilt offenbar nicht, denn die Berichtigungsbewilligung (§ 22 GBO wird vom OLG für die Grundbuchberichtigung *pars pro toto* verwendet) wird gar nicht erwähnt. Das OLG fordert vielmehr einen Nachweis für die Rechtsänderung in der Form des § 29 GBO, der aber in der Berichtigungsbewilligung eigentlich vorlag. Das OLG wendet – ohne das offenzulegen – letztlich § 20 GBO an, weil es eine Übertragung „des Grundstücks“ sieht. § 20 GBO gilt aber nur für die Auflassung, Bestellung, Änderung und Aufhebung von Erbbaurechten, nicht aber für sonstige rechtsgeschäftliche Übertragungsakte und erst recht nicht für Rechtsänderungen, die gesetzliche Folge von anderen Rechtsgeschäften sind.

Die Begründung des OLG hat nichts mit dem zu tun, was materiellrechtlich tatsächlich geschehen ist. Die verfahrensrechtlichen Folgerungen des Gerichts können daher nur falsch sein. Die Lektüre eines einzelnen Aufsatzes¹³ kann die Beachtung von Grundlagen des Personengesellschaftsrechts auch

¹³ Sowohl das Grundbuchamt als auch das OLG München berufen sich ausschließlich auf *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169 ff., der zwar intellektuell anregende Denkaufgaben zu den durch Entscheidungen des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR und durch die darauf erfolgten gesetzlichen Änderungen aufgeworfenen Probleme stellt, aber nicht zur Kenntnis nehmen will, dass sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber der Auffassung sind, der Grundbuchvollzug habe zu funktionieren. Aufgabe von Wissenschaft und Praxis kann es daher nicht sein, nur die vermeintliche Lückenhaftigkeit gesetzlicher Regelungen aufzuzeigen, um dann die Gefolgschaft zu verweigern, sondern die möglicherweise vorhandenen Lücken dem Willen des Gesetzgebers (Grundbuchverkehr mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts möglichst wie vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit) entsprechend zu füllen.

im Grundbuchverfahren einfach nicht ersetzen. Richtig wäre – natürlich – gewesen, den Fall so zu lösen, wie der 34. Zivilsenat den Fall „Verbleib eines Gesellschafters“ entschieden hat.¹⁴ Die Bewilligung der ausscheidenden Gesellschafter und des Erwerbers genügt, um die kraft Gesetzes eingetretene Änderung der Eigentumslage nachzuweisen.

5. Auch wenn man eigentlich die Entscheidung des OLG München zum Fall „Übertragung aller Anteile“ so schnell wie möglich vergessen sollte, ist doch ein Hinweis des OLG richtig: Es ist ein Problem, dass (auch) nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR Gesellschaftsanteile unabhängig von der Zusammensetzung ihres Vermögens formfrei übertragen werden können. Da die Anerkennung der Rechtsfähigkeit die Begründung der Formfreiheit der Abtretung der Anteile jedoch eher erleichtert als erschwert, könnte man weitergehend darüber nachdenken, ob nicht das Dogma der Abtretbarkeit der Gesellschaftsanteile selbst aufgegeben werden kann.¹⁵ Beide Gedanken sind aber letztlich unnötig, wenn man dem Übel an die Wurzel geht. Daher schließe ich auch hier wieder mit meinem *ceterum censeo*: Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR schafft mehr Probleme, als sie löst. Dieser Irrweg sollte daher so schnell wie möglich verlassen werden.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

¹⁴ Und bereits am 7.9.2010 (MittBayNot 2011, 63) den Fall „Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen Dritten bei Fortbestand der Gesellschaft“ gelöst hatte.

¹⁵ Näher *Ruhwinkel* in FS Wolfsteiner, 2008, 175, 184 ff.

9. WEG § 3 Abs. 1; GBO §§ 7, 18 Abs. 1, § 28 (*Diskrepanz zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan*)

1. **Zur Auslegung der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchs, wenn sich der Inhalt des Teilungsvertrags (der Teilungserklärung) und die Darstellung im Aufteilungsplan nicht decken (hier: „vergessener“ Hobbyraum).**
2. **Gegenstand einer Zwischenverfügung kann es sein, die Bezeichnung des veräußerten Wohnungseigentums mit dem im Grundbuch eingetragenen Wohnungseigentum in Übereinstimmung zu bringen.**

OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 115/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind als Mitglieder einer Erbengemeinschaft Eigentümer zweier Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 28 sowie an dem Tiefgaragenstellplatz Nr. 13 laut Aufteilungsplan. Zu notarieller Urkunde vom 6.8.2010 veräußerten sie das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 4. Die Urkunde führt an, dass zum Vertragsobjekt gehört:

ein Keller und ein Hobbyraum mit der Nr. 28.

Die Vertragsteile erklärten die Auflassung. Zur Sicherung des Anspruchs des Erwerbers auf Übertragung des Eigentums bewilligten die Veräußerer und beantragten beide Vertragsteile die Eintragung einer Vormerkung für den Erwerber.

Im Teilungsvertrag vom 7.7.1993 ist das Sondereigentum Wohnung Nr. 28 wie folgt beschrieben:

4-Zimmer-Wohnung im 2. Obergeschoss mit ca. 83,71 m² Wohnfläche. Weiter: Zu allen Wohnungen ... Sondereigentumseinheiten Nr. 24 bis 30 gehört jeweils ein Kellerabteil, das mit der Sondereigentumsnummer bezeichnet ist.

Im beigefügten Aufteilungsplan enthält der Grundriss Kellergeschoss einen mit Nr. 28 als Keller bezeichneten Raum, ferner einen weiteren Raum, versehen mit der Nr. 28, jedoch ohne Funktionsbezeichnung.

Unter dem 9.8.2010 hat der Notar gemäß § 15 GBO u. a. den Vollzug der Eigentumsvormerkung beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 24.8.2010 unter Fristsetzung beanstandet, dass zur Wohnung Nr. 28 kein Hobbyraum gehöre. Die Teilungserklärung weise einen solchen nicht aus. Auch wenn der Aufteilungsplan einen Hobbyraum mit der Nr. 28 bezeichne, gehöre dieser nicht automatisch zur Wohnung Nr. 28. Wegen der fehlenden Übereinstimmung von Teilungserklärung und Aufteilungsplan hinsichtlich des Hobbyraums Nr. 28 sei Sondereigentum hieran nicht entstanden; der Raum gehöre vielmehr zum Gemeinschaftseigentum. Die Urkunde sei demzufolge dahingehend abzuändern, dass der im Aufteilungsplan mit Nr. 28 bezeichnete Hobbyraum nicht Kaufgegenstand sei. Andernfalls müsste vor Eintragung der Eigentumsvormerkung die Teilungserklärung durch Begründung von Sondereigentum an dem Raum Nr. 28 entsprechend geändert werden.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde vom 3.9.2010 hat das Grundbuchamt am 6.9.2010 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des AG – Grundbuchamt – vom 10.8.2010 wird zurückgewiesen.

Die gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) gerichtete und namens sämtlicher Verfahrensbeteiligter erhobene zulässige Beschwerde (§ 71 Abs. 1 GBO) hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht beanstandet das Grundbuchamt die fehlerhafte Beschreibung des Sondereigentums (vgl. § 28 Satz 1 GBO; § 7 Abs. 1 WEG; § 3 Abs. 1 Buchst. c WGV; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 28 Rdnr. 42, 165). Insoweit geht der Senat, dem Grundbuchamt folgend, davon aus, dass der Gegenstand der Übertragung neben dem Stellplatz das im Grundbuch verlaubliche Eigentum an der Wohnung Nr. 28 sein soll und lediglich die urkundliche Beschreibung insoweit unrichtig ist, als zu diesem ein Hobbyraum gehören soll. Wäre der vertraglichen Erklärung hingegen die Bedeutung zuzumessen, die Wohnung habe unter Einschluss gerade des Hobbyraums veräußert werden sollen, so hätte nämlich eine Zwischenverfügung nicht ergehen dürfen. Denn mit dieser darf nicht aufgegeben werden, das einzutragende Recht inhaltlich zu verändern (vgl. BayObLG, FGPrax 1998, 6), etwa so, dass der zu sichernde Anspruch auf Eigentumsübertragung den fraglichen Raum nicht mit umfassen solle.

Ob die Beanstandung des Grundbuchamts zu Recht ergangen ist, bemisst sich danach, was Gegenstand des fraglichen Wohnungseigentums geworden ist, insbesondere, welche sondereigentumsfähigen Räume dazu zählen (§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 WEG).

Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums ergeben sich aus der Eintragung im Grundbuch. In dieser wird auf die Bewilligung vom 7.7.1993 (zulässig) Bezug genommen (§ 7 Abs. 3 WEG, § 874 BGB). Teil der Eintragungsbewilligung ist der als Anlage regelmäßig beigefügte Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 4 WEG). Auf ihn verweist der Teilungsvertrag, was die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und die Größe der im Sondereigentum stehenden Räume angeht. Durch die Bezugnahme nach § 7 Abs. 3 WEG wird damit nicht nur der Teilungsvertrag nach § 3 WEG, sondern der Aufteilungsplan zum Inhalt des Wohnungsgrundbuchs (sog. doppelte Bezugnahme; vgl. BayObLGZ 1980, 226; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2872). Deshalb nimmt auch der Aufteilungsplan am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Sowohl der Aufteilungsplan als auch die Eintragungsbewilligung bzw. Teilungserklärung sind gleichermaßen für die Auslegung eines nicht eindeutigen Grundbucheintrags heranzuziehen. Stimmen diese nicht überein und lässt sich der Widerspruch nicht durch Auslegung (§ 133 BGB) ausräumen,

dann ist weder die Eintragungsbewilligung noch der Aufteilungsplan für die Auslegung der Grundbucheintragung vorrangig. Sondereigentum ist dann nicht entstanden (BGHZ 130, 159 f., 167 ff.) und der durch Vormerkung zu sichernde Auflassungsanspruch ginge hinsichtlich des Hobbyraums über das im Grundbuch verlaubliche Wohnungseigentum hinaus. Hier besteht ein derart unauflöslicher Widerspruch. Die Bewilligung vom 7.7.1993 führt in der Beschreibung des Sondereigentums zur Wohnung Nr. 28 einen Hobbyraum nicht auf. Entsprechend der Bewilligung dem Sondereigentum zugehörig ist im Untergeschoss lediglich ein Kellerabteil, wie dieses auch im Plan ausgewiesen ist. Der Teilungsvertrag kann nicht dahin ausgelegt werden, dass ein weiterer Raum mit derselben Nummer, sei es als Keller, sei es als Hobbyraum, im Untergeschoss noch der Wohnung Nr. 28 zugehört. Dem steht die textliche Beschreibung des Sondereigentums entgegen. Insbesondere ergibt sich aus der Legende der Teilungsurkunde (zu Wohnungen Nr. 2 bis Nr. 4), dass für diese die entsprechenden Hobbyräume ausdrücklich als solche aus- und nummernmäßig dann auch damit übereinstimmend im Plan zugewiesen sind.

Zwar bezeichnet der Aufteilungsplan einen weiteren Raum – ohne Zweckbestimmung – mit derselben Nummer (28) wie die Wohnung. Weil aber der Erklärungsgehalt der Eintragungsbewilligung dies nicht mit abdeckt, ihr vielmehr widerspricht, kann eine Zuordnung zu einem Sondereigentum nicht durchgeführt werden (vgl. auch OLG Stuttgart, OLGZ 1981, 160/162) mit der Folge, dass der Raum im Gemeinschaftseigentum verblieben ist. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass der Raum nach dem Willen der teilenden Eigentümer nicht dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet, sondern einem Sondereigentum zugewiesen werden sollte.

(...)

10. WEG §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 4 (*Grundbuchlicher Vollzug bei Tausch von Garagen oder Kellerräumen*)

1. **Tauschen Wohnungseigentümer in einer bestehenden Eigentümergemeinschaft Kellerräume oder Garagen bzw. ordnen sie derartige Räume einem anderen Sondereigentum zu, ist für den grundbuchamtlichen Vollzug der Änderung der Teilungserklärung ein neuerlicher Aufteilungsplan mit entsprechender Neu Nummerierung nicht erforderlich.**
2. **Das Grundbuchamt kann in diesem Fall jedoch verlangen, die neu zugeordneten Räume so umzubenennen, dass nicht Räume mit gleicher Nummer zu unterschiedlichen Einheiten gehören.**

OLG München, Beschluss vom 13.8.2010, 34 Wx 105/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar *Walter Lederer*, Rosenheim

Die drei Beteiligten sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage. Diese besteht aus vier Einheiten, im Aufteilungsplan bezeichnet mit den Nummern 1 bis 4. Zu notarieller Urkunde vom 18.5.2010 änderten die Beteiligten u. a. die Teilungserklärung vom 31.3.1998 ab. So tauschten die Eigentümer der Einheiten Nr. 1 (= Beteiligter zu 1) und Nr. 2 (= Beteiligte zu 2) das Sondereigentum an den Kellerräumen. Demnach wurde das Sondereigentum an dem bisherigen Keller Nr. 1 von der Einheit Nr. 1 abgetrennt und neu verbunden mit dem Sondereigentum der Einheit Nr. 2, und das Sondereigentum an dem bisherigen Keller Nr. 2 von der Einheit Nr. 2 abgetrennt und neu verbunden mit dem Sondereigentum der Einheit Nr. 1. Außerdem spalteten die Eigentümer der Einheit Nr. 4 (= Beteiligter zu 1) die dazugehörige Garage Nr. 4 ab und wiesen dieses Sondereigentum der Einheit Nr. 2 zu; ferner veränderten sie die Miteigen-

tumsanteile der beiden Einheiten im Hinblick auf die vorgenannte Abspaltung um 4/1.000stel. Die Beteiligten einigten sich über die Eigentumsübergänge und bewilligten und beantragten den Grundbuchvollzug. Wegen der neu zum Sondereigentum zugewiesenen Räume wurde auf einen der notariellen Urkunde beigefügten Plan verwiesen, in dem die betroffenen Räume unter ihrer bisherigen Benennung aufgeführt und mit dem Zusatz: „künftig zu ...“ versehen sind. Des Weiteren änderten die Beteiligten Sondernutzungsrechte und begründeten solche neu. Auf den Vollzugsantrag vom 13.7.2010 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 20.7.2010 unter Fristsetzung bis 1.9.2010 beanstandet, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG nicht eingehalten sei. Es fehle ein Aufteilungsplan, welcher die zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer kennzeichne. Sämtliche Einzelräume, die zur selben Einheit gehörten, müssten auch die gleiche Nummer tragen. Dies sei durch Vorlage eines geänderten Aufteilungsplans mit den betroffenen Räumen erreichbar, in dem die getauschten Räume so umbenannt würden, dass die jeweiligen Räume dieselben Nummern wie die restlichen Räume derselben Einheit trügen.

Der Beschwerde vom 26.7.2010 hat das Grundbuchamt am 29.7.2010 mit der Maßgabe nicht abgeholfen, dass die ausgetauschten Räume so umzubenennen seien, dass nicht Räume mit gleicher Nummer zu unterschiedlichen Einheiten gehörten.

Aus den Gründen:

II.

(...) Die im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die gemäß § 18 Abs. 1 GBO getroffene Zwischenverfügung des Grundbuchamts in der Fassung des Teilabhilfebefehles (§ 75 GBO), mit dem nur noch die fehlende Umbenennung der ausgetauschten Räume als Vollzugshindernis beanstandet wird, bleibt ohne Erfolg.

1. Dem Grundbuchamt ist zuzustimmen, dass der Beschluss des Senats vom 30.7.2008 (34 Wx 49/08 = ZWE 2009, 25) sich nicht mit dem gegenständlichen Problem befasst. Dort ging es darum, inwieweit beibehaltene Nummerierungen Einfluss auf die materielle Eigentumslage haben. Ob das Grundbuchamt hingegen im Rahmen seiner Amtspflichten bei der Eintragung auf die Vorlage bestimmter Unterlagen (vgl. § 7 Abs. 4 WEG) hinwirken muss (vgl. z. B. BayObLG 1994, 716, 717 zu 3.), war dort nicht zu erörtern.

2. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG schreibt für die Begründung von Wohnungseigentum (§ 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und 2 WEG) vor, dass der Eintragungsbewilligung als Anlage ein amtlicher Aufteilungsplan beizufügen ist, in dem alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer zu kennzeichnen sind. Sicherergestellt werden soll damit, dass das Sondereigentum auf die dafür vorgesehenen und geeigneten Räume beschränkt bleibt und die Grenzen des Sondereigentums untereinander und des Gemeinschaftseigentums, auch im Verhältnis zum Sondereigentum, klar abgesteckt werden. Durch zulässige (doppelte) Bezugnahme wird der Aufteilungsplan Inhalt des Wohnungsgrundbuchs und nimmt daher am öffentlichen Glauben teil. Der Zweck des Grundbuchs, sichere Rechtsverhältnisse an Grundstücken zu schaffen und zu erhalten, verlangt klare und eindeutige Erklärungen der Beteiligten und dementsprechende Eintragungen. Der Inhalt eines dinglichen Rechts muss sich deshalb mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Eintragungsvermerk und den dort zulässigerweise in Bezug genommenen Unterlagen ergeben. Diesen Anforderungen trägt die im Jahr 1973 eingefügte Änderung in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG Rechnung (dazu BayObLG Rpfleger 1991, 414 m. w. N.).

In dem Beschluss des BayObLG vom 1.8.1991 (Rpfleger 1991, 414) bleibt ausdrücklich offen, wie nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft der Tausch von Räumen

(Kellerabteilen) grundbuchrechtlich zu vollziehen ist. Für die gegenständliche Fallgestaltung verneint der Senat mit der inzwischen ganz herrschenden Meinung (*Staudinger/Rapp*, Bearb. 2005, § 7 WEG Rdnr. 21; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 99; *Schneider* in Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 91; *Timme/Kral*, WEG, § 7 Rdnr. 58; *Hügel/Kral*, GBO, WEG Rdnr. 61; *von Oefele* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., V Rdnr. 348; *Grziwotz*, DNotZ 2009, 405, 407; siehe schon OLG Celle DNotZ 1975, 42/44) die Notwendigkeit, einen Aufteilungsplan mit neuer Nummerierung vorzulegen. Aus dem Teilabhilfebescheid des Rechtspflegers ergibt sich, dass auch das Grundbuchamt an seiner ursprünglich geäußerten Auffassung nicht mehr festhält.

a) Dafür spricht zunächst das formale Argument, dass § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG nur die (Erst-)Begründung von Wohnungseigentum betrifft. Dies folgt aus § 7 Abs. 1 Satz 1 WEG, der die (erstmalige) vertragliche Einräumung von Sondereigentum regelt.

b) Aber auch der Sache nach bedarf es keines geänderten Aufteilungsplans. Bei späteren Veränderungen tritt das Erfordernis des § 7 Abs. 4 WEG hinter den Grundsatz zurück, dass es möglich sein muss, aus dem Grundbuch alle Veränderungen des Gegenstands und des Umfangs des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums nachzuvollziehen (vgl. *Staudinger/Rapp*, § 7 WEG Rdnr. 21). Dies erfordert keinen geänderten Aufteilungsplan, wenn Keller- oder Garagenräume ausgetauscht werden (vgl. auch OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 318 f.). Denn bei derartigen Übertragungen verändern sich die Grenzen nicht. Die neue Zuteilung lässt die Abgrenzung des jeweiligen Sondereigentums vom anderen Sondereigentum sowie vom Gemeinschaftseigentum unberührt (vgl. auch *Westermeier*, MittBayNot 2004, 265). Die dingliche Zuordnung ergibt sich aus der Beschreibung in der geänderten Teilungserklärung (vgl. *Grziwotz*, DNotZ 2009, 405, 408). Der ursprüngliche Aufteilungsplan mag damit zwar an Aussagekraft verlieren, weil er durch nachträgliche Veränderungen erfahren hat; andererseits ist der Bestimmtheitsgrundsatz nicht berührt, weil die neue Zuordnung sich aus der Änderungsurkunde in Verbindung mit den dortigen Anlagen zu ergeben hat, die ihrerseits dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsanforderung genügen müssen.

4. Dem trägt die Teilabhilfeentscheidung des Grundbuchamts Rechnung, indem nur noch eine Umbenennung der ausgetauschten Räume dahingehend verlangt wird, dass nicht Räume mit gleicher Nummer zu unterschiedlichen Einheiten gehören. Auch wenn eine Neuordnung von Nebenräumen einen geänderten Aufteilungsplan nicht erfordert, schließt dies eine Heranziehung des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Hs. 2 WEG auf derartige Änderungen nicht aus. In dieser Bestimmung kommt vielmehr der allgemeine Grundsatz des Grundbuchrechts zum Ausdruck, dass durch Bestimmtheit der Eintragung eine Verwirrung weitestgehend ausgeschlossen sein soll. Deshalb ist es ausreichend, aber auch geboten, dass der ausgetauschte oder neu zugeordnete Nebenraum nicht die gleiche Nummer beibehält wie das Sondereigentum, zu dem er bisher gehörte. Dies kann durch eine vollständige Umnummerierung, aber etwa auch durch eine wohnungsabweichende (neue) Nummer in der beigefügten Teilzeichnung zum Ausdruck gebracht werden (vgl. *Grziwotz*, DNotZ 2009, 405, 408, ferner *Röll*, MittBayNot 1979, 218, dort auch zur technischen Umsetzung).

Anmerkung:

1. WEG – Das Schnittstellenrecht

Das Wohnungseigentumsrecht bereitet mit seiner Verknüpfung von sachenrechtlichen, grundbuchrechtlichen und bau-

rechtlichen Komponenten den damit befassten Stellen immer wieder Probleme. Dies betrifft nicht nur die Abgeschlossenheitsbescheinigungen der Baubehörden, die häufig nicht den kaum noch verständlichen Kriterien für zwingendes Gemeinschaftseigentum und der Zugänglichkeit von Gemeinschaftseigentum entsprechen,¹ so dass der damit bezweckte Entlastungseffekt der Notare und Grundbuchämter verfehlt wird. Auch die Praxis mancher Grundbuchämter, die vor Ort die Übereinstimmung des bestätigten Aufteilungsplanes mit der tatsächlichen Bauausführung überprüfen und bei geringfügigen Abweichungen (zu Unrecht)² die Eintragung ablehnen, belegt dies. Welcher Grundbuchbeamte würde bei einer Teilflächenvermessung auf die Idee kommen, mit Maßband oder Meterstab die tatsächlichen Grenzen in der Natur mit den Katastergrenzen zu überprüfen? Auch ein nicht zutreffender Beschrieb des Katasters wird regelmäßig ungeprüft übernommen, wobei man dies wenigstens mit dessen fehlender Gutgläubenswirkung begründen kann.³

2. Der Aufteilungsplan als Katasterersatz

Zutreffend haben das OLG und auch das Grundbuchamt entgegen seiner ursprünglichen Zwischenverfügung keinen Aufteilungsplan für einen Kellertausch mehr gefordert. Ändert sich die Abgrenzung einzelner sondereigentumsfähiger Räume vom Gemeinschaftseigentum nicht, ist ein Aufteilungsplan nicht erforderlich, auch wenn die Räume anderen Wohnungseigentumseinheiten zugeordnet werden. Niemand würde dementsprechend hinsichtlich katastermäßig gebildeter Flurstücke eine neue Vermessung fordern, wenn diese vertauscht und mit anderen Grundstücken vereinigt werden. Insoweit ist die Klarstellung durch das OLG München zu begrüßen. Erstaunlich ist, dass es dieser überhaupt bedurfte.

3. „Tekturplan“ für Kellertausch?

Ein Kellertausch ist, da er nur zwischen zwei Wohnungseigentumseinheiten stattfindet, nur bei diesen im Grundbuch einzutragen.⁴ Das Problem, wie der Kellertausch auch unter Wahrung des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsanfordernisses im Einzelnen zu verlautbaren ist, ist damit noch nicht gelöst. *Röll*⁵ hat vorgeschlagen, dass das Grundbuchamt ebenso verfährt wie die Baubehörde beim „Tekturplan“.⁶ Es soll die von den Parteien gestellten Planteile mit den neuen Nummern in den amtlichen Aufteilungsplan einkleben, so dass diese die geänderten Teile des Aufteilungsplans überlappen, aber gleichzeitig die ursprüngliche Aufteilung ersichtlich bleibt. Manche Grundbuchämter fordern demgegenüber einen neuen Gesamtaufteilungsplan mit einer neuen Nummerierung und verweisen mit einem Bleistiftvermerk auf dem ursprünglichen amtlichen Aufteilungsplan hierauf. Das OLG fordert eine Umnummerierung unter Hinweis auf eine Veröffentlichung von mir in DNotZ 2009, 405, 408, wo es allerdings heißt: „So können bei einem Keller-, Speicher- und Stellplatztausch später für diese ‚Außenräume‘ wohnungsabweichende Nummern bestehen. Ein zusätzlicher Nummerntausch im ge-

¹ Vgl. einerseits *Armbrüster* in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, § 5 Rdnr. 25 ff. und andererseits krit. *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 2. Aufl. 2010, § 5 Rdnr. 27 ff.

² Vgl. BGHZ 177, 338 = DNotZ 2009, 50 = ZfIR 2008, 734.

³ Siehe nur *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 26.

⁴ Siehe nur *Meikel/Morvilius*, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. C, Rdnr. 187.

⁵ MittBayNot 1979, 218, 219.

⁶ Vgl. dazu *Gafner* in Simon/Busse, BayBO, Stand: Mai 2010, Art. 64 Rdnr. 46.

änderten Aufteilungsplan ist nicht erforderlich.“ Hintergrund dieser Aussage war, dass dem sachenrechtlichen Bestimmtheiterfordernis entsprochen werden muss. Insoweit ist es problematisch, wenn ein zusätzlicher, nicht mit einer neuen Abgeschlossenheit versehener Plan eingereicht wird, in dem die betreffenden Kellerräume mit nunmehr vertauschten Nummern bezeichnet sind. Der Grundbuchverkehr wird hinsichtlich der Information über die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nämlich auf den amtlichen Aufteilungsplan abstellen. Ergibt sich aus dem Beschrieb des Grundbuchs, dass die Kellerräume getauscht wurden und mit der Wohnungseigentumseinheit Nr. 1 nunmehr der Keller- raum mit der Nr. 2 verbunden ist, so dürften hierüber weniger Missverständnisse entstehen, als wenn mit der Wohnungseigentumseinheit Nr. 1 der frühere Kellerraum Nr. 2, der nunmehr die Nr. 1 trägt, verbunden wird. Zum Vergleich soll noch einmal der Teilflächentausch herangezogen werden: Sind im Grundbuch das vereinigte Grundstück, bestehend aus Flurstück 1/1 und 1/2, sowie das vereinigte Grundstück, bestehend aus Flurstück 2/1 und Flurstück 2/2, vorgetragen und werden die Flurstücke 1/1 und 2/2 vertauscht, wird niemand fordern, dass nunmehr das Grundstück Flurstück 2/2, welches mit Flurstück 1/2 vereinigt vorgetragen ist, die Bezeichnung 1/1 erhalten muss. Warum beim Tausch von realen Grundstücksflächen keine Grundbuchverwirrung zu befürchten ist, während dies beim Kellertausch der Fall sein soll und eine Umnummerierung diese Verwirrung beseitigen soll, bleibt unerfindlich. Die neue Nummerierung ist sicher zulässig, sie ist jedoch keinesfalls geboten.

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

11. BGB § 883 (*Sicherung eines Anspruchs des Versprechensempfängers auf Bestellung von Dienstbarkeiten für noch zu benennende Dritte*)

Die Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Versprechensempfänger, mehrere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen Inhalts zugunsten beliebiger vom Versprechensempfänger benannter Dritter zu bestellen, kann durch eine Vormerkung gesichert werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10; eingeklagt von Notar *Arnold Voran*, Memmingen

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet. In der Nachtragsurkunde vom 26.5.2010 verpflichten sich die Eigentümer unter Ziffer II. gegenüber M als Betreiber, weitere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Reallasten mit dem in der Vorurkunde vereinbarten Inhalt zu bestellen, wobei der Berechtigte die Person des Dienstbarkeitsberechtigten bzw. des Berechtigten der Reallast benennen darf. Zur Sicherung dieser Ansprüche bestellen die Eigentümer dem Betreiber der Anlage entsprechende Vormerkungen als alleinigem Berechtigten auf Eintragung weiterer beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten und Reallasten.

Das AG Memmingen – Grundbuchamt – hat die Eintragungsanträge vom 31.3.2010 bzw. 1.6.2010 zurückgewiesen mit der Begründung, dass zwar die Ansprüche der Versprechensempfängerin M sicherbar sind – allerdings nicht für beliebig viele

Rechtsnachfolger, sondern nur jeweils eine Vormerkung für einen Benennungsanspruch. Gleiches gelte für die für die M Bank zu bestellenden Vormerkungen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Grundsätzlich ist der Anspruch des Versprechensempfängers, der auf Leistung an einen bereits benannten oder noch zu benennenden Dritten gerichtet ist, durch eine Vormerkung sicherbar (BGH, NJW 2009, 356).

Der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit/Reallast ist auch zugunsten mehrerer aufeinander folgender Personen zulässig (BGHZ 28, 99, 103 = NJW 1958, 1677; OLG Naumburg, Urteil vom 18.12.2001, 11 U 213/01). Dass Person und Zahl der Begünstigten zur Zeit der Bewilligung und Eintragung der Vormerkung noch nicht bekannt wird, steht der wirksamen Begründung der Vormerkung nicht entgegen, da jedenfalls der Versprechensempfänger feststeht und damit dem grundbuchmäßigen Bestimmtheiterfordernis entsprochen wird (BGH a. a. O.). Damit steht der Eintragung der Vormerkung auch hinsichtlich der M Bank zumindest aus den im Beschluss genannten Gründen nichts entgegen.

Anmerkung:

1. Ergibt sich aus einem Vertrag zugunsten Dritter ein Anspruch des Versprechensempfängers, der auf dingliche Rechtsänderung gerichtet ist, dann kann dieser Anspruch des Versprechensempfängers durch eine Vormerkung gesichert werden.¹ Handelt es sich um einen unechten Vertrag zugunsten des Dritten, kommt mangels eines eigenen Forderungsrechts des Dritten sogar ausschließlich eine solche Sicherung des Anspruchs des Versprechensempfängers in Betracht, so dass nur dieser, nicht aber der letztendlich begünstigte Dritte sich auf die Sicherungswirkungen der Vormerkung berufen kann.² Für die Sicherung des Anspruchs des Versprechensempfängers ist es unerheblich, dass der begünstigte Dritte noch nicht benannt ist³ oder dass dem Versprechensempfänger vorbehalten bleibt, die Benennung vor der Erfüllung des Anspruchs noch zu ändern.

2. An diese Grundsätze knüpft der Senat mit seiner Entscheidung an, die allerdings eine besondere Vertragsgestaltung zum Gegenstand hat, die in der Handbuchliteratur als „Ausweichstrategie“ empfohlen wird, um der fehlenden Übertragbarkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu begegnen.⁴ Aus einem Vertrag zugunsten Dritter sollte der Versprechensempfänger Ansprüche jeweils auf Bestellung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten respektive Reallasten zugunsten von seinerseits zu benennenden Dritten erlangen. Ein solcher Anspruch sollte aber nicht nur zugunsten des ersten Dienstbarkeitsberechtigten, sondern auch zugun-

¹ Vgl. BGH, NJW 1958, 1677; NJW 1983, 1543, 1544; BayObLG, DNotZ 1987, 101, 102; DNotZ 1989, 370, 372; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 883 Rdnr. 11; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 883 Rdnr. 75; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1494; MünchKommBGB/*Kohler*, 5. Aufl., § 883 Rdnr. 29, 30.

² BGH, NJW 2009, 356, 357 m. Anm. *Kesseler*.

³ Eine Sicherung des künftigen Anspruchs des noch zu benennenden Dritten ist nach h. M. nicht möglich, BGH, NJW 1983, 1543, 1544; BayObLG, DNotZ 1997, 153, 154; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 71; *Haegele*, BWNotZ 1971, 1, 3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1494; MünchKommBGB/*Kohler*, § 883 Rdnr. 30; a. A. *Ludwig*, NJW 1983, 2792, 2797; *ders.*, Rpfleger 1986, 345, 348.

⁴ Vgl. *Munzig* in *Würzburger Notar-Handbuch*, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kap. 8 Rdnr. 161.

ten nachfolgender Dienstbarkeitsberechtigter begründet und durch eine Vormerkung gesichert werden. Dabei wurde rechtstechnisch keine dingliche Lösung gewählt,⁵ sondern angesichts der noch zu benennenden Berechtigten eine schuldrechtliche Lösung.

Das Grundbuchamt ging von hintereinandergeschalteten „Benennungsansprüchen“ aus, genau genommen von hintereinandergeschalteten Ansprüchen des Versprechensempfängers auf Bestellung von Dienstbarkeiten. Dahinter steht die Überlegung, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeit für einen benannten Dritten erlischt, wenn die Dienstbarkeit bestellt wurde und die Vormerkung insoweit ihre Sicherungsfunktion erfüllt hat. Wie bei einer Sukzessivberechtigung verschiedene Anspruchsinhaber aufeinander folgen, so sollte in der vorliegenden Konstellation nach dem Verständnis des Grundbuchamtes mit der Erfüllung des Anspruchs des Versprechensempfängers zugunsten des ersten Benannten sogleich ein neuer Anspruch des Versprechensempfängers zugunsten des nun zu benennenden Dritten entstehen. Ob bei einer Sukzessivberechtigung die hintereinandergeschalteten Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert werden können,⁶ ist zumindest als allgemeiner Grundsatz durchaus zweifelhaft. Das Grundbuchamt hatte sich auf die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung hintereinandergeschalteter Ansprüche des Versprechensempfängers von vornherein nicht eingelassen, sondern Vormerkungen „für jeden Benennungsfall“ verlangt. Das von den Vertragsparteien angestrebte Ziel konnte damit faktisch nicht erreicht werden.

Für eine vergleichbare Vertragsklausel hatte der BGH bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 entschieden, dass sich ein vorgemerkter Anspruch des Versprechensempfängers nicht nur auf einen einzigen Fall bezog (und mit Eintritt dieses Falles erschöpft war), sondern sich ebenfalls auf weitere Drittbegünstigungen erstreckte.⁷ Dem folgend wurden in Formular- und Handbüchern entsprechende Formulierungsvorschläge unterbreitet,⁸ auf die sich auch der beurkundende Notar in der vorliegenden Grundbuchsache beziehen konnte. Dabei lässt *Munzig* allerdings noch offen, ob die Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Versprechensempfänger, mehrere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen Inhalts zugunsten beliebiger vom Versprechensempfänger benannter Dritter zu bestellen, durch eine Vormerkung oder mehrere Vormerkungen gesichert werden kann.⁹

Das OLG schließt sich vorliegend der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1958 im Ergebnis wie in der Begründung an. Für die notarielle Praxis ergibt sich mithin keine Neuerung. Begründet wird die Sicherung durch lediglich eine Vormerkung damit, dass der Gläubiger des Anspruchs, der Versprechensempfänger, feststehe und sich im Übrigen ungeachtet

des Austauschs des Begünstigten nicht ändere. Der Austausch des begünstigten Dritten spielt hiernach keine Rolle. Auf den faktischen Sukzessionsmechanismus ging bereits der BGH nicht ein und dieser Gesichtspunkt ist auch für das OLG München ohne Bedeutung. Der gesicherte Anspruch des Versprechensempfängers wird vielmehr als ein „Daueranspruch“ verstanden, der durch die Bestellung der Dienstbarkeit zugunsten eines Benannten eben nicht erlischt und durch einen nachfolgenden Anspruch abgelöst wird, sondern erfüllbar bleibt, solange nach den Vertragsbedingungen Drittbegünstigte in Betracht kommen. Die Kontinuität der Gläubigerstellung des Versprechensempfängers und der gleichlautende Anspruchsinhalt bei einem derartigen Vertrag zugunsten Dritter rechtfertigen es, hier von einem durch eine Vormerkung sicherbaren „Daueranspruch“ des Versprechensempfängers auszugehen. Auf andere Fallkonstellationen der Sukzessiv- oder Alternativberechtigung lässt sich diese auf die Besonderheit des Vertrags zugunsten Dritter zugeschnittene Argumentation nicht übertragen.

Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf

12. BGB §§ 1578 b, 1573 Abs. 2 (*Ehebedingter Nachteil auch bei nicht einvernehmlicher Aufgabe des Arbeitsplatzes durch den Unterhaltsberechtigten*)

- Für das Bestehen ehebedingter Nachteile kommt es vor allem darauf an, ob aus der tatsächlichen, nicht notwendig einvernehmlichen Gestaltung von Kinderbetreuung und Haushaltsführung Erwerbsnachteile entstanden sind (im Anschluss an BGH, NJW 2010, 3653 = FamRZ 2010, 2059).**
- Gab der unterhaltsberechtigte Ehegatte während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft seinen Arbeitsplatz auf, ist es jedenfalls grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob der unterhaltspflichtige Ehegatte damit einverstanden war oder nicht, so dass daraus entstandene Erwerbsnachteile ehebedingt sind. Etwas anderes gilt, wenn die Aufgabe (oder der Verlust) der Arbeitsstelle ausschließlich auf Gründen beruhte, die außerhalb der Ehegestaltung liegen.**

BGH, Urteil vom 16.2.2011, XII ZR 108/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.

Sie lebten zunächst vier Jahre in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen und heirateten im Dezember 1987. Aus der Ehe ist ein im Juni 1988 geborener Sohn hervorgegangen. Die Parteien trennten sich im Juni 2006. Auf den im Juni 2007 zugestellten Scheidungsantrag ist die Ehe im vorliegenden Verbundverfahren – insoweit rechtskräftig seit dem 1.12.2008 – geschieden worden.

Der Antragsteller ist bei der VW-AG tätig. Er leidet unter psychischen Störungen und war für längere Zeiträume krankgeschrieben. Die Antragsgegnerin war ebenfalls bei der VW-AG beschäftigt. Sie gab ihre Stelle 1993 auf und erhielt dafür eine Abfindung von brutto 70.000 DM, welche die Parteien zur Tilgung eines Kredits für die gemeinsame Immobilie verwendeten. Seither war sie zeitweise selbstständig tätig, anschließend arbeitete sie als Verkäuferin. Die Parteien veräußerten nach der Trennung die gemeinsame Immobilie. Aus dem Erlös erhielt jeder von ihnen 50.000 €.

Die Antragsgegnerin macht nachehelichen Unterhalt geltend. Der Antragsteller ist vom AG zu einem – unbefristeten – Unterhalt von monatlich 502 € (Elementarunterhalt) und 124,80 € (Altersvorsorgeunterhalt) verurteilt worden. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Antragstellers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Antragstellers, mit welcher er allein die Befristung des Unterhalts auf ein Jahr nach der Scheidung erstrebt.

⁵ Zur Konstruktion einer Sukzessivberechtigung bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vgl. *Staudinger/J. Mayer*, 2009, § 1090 Rdnr. 7 m. w. N.; *MünchKommBGB/Joost*, § 1092 Rdnr. 4.

⁶ Vgl. zur Problematik der Sukzessivberechtigung *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 84 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261a ff.; *Streuer*, Rpfleger 1994, 397, 399 ff.; *DNNotl-Report* 2001, 113 ff.

⁷ BGH, NJW 1958, 1677.

⁸ Siehe etwa *Munzig* in *Würzburger Notar-Handbuch*, Teil 2 Kap. 8 Rdnr. 61 (Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für einen vom Betreiber benannten Dritten); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1202 (Rechtsnachfolgefälle – im Anschluss an BGHZ 28, 99).

⁹ *Munzig* in *Würzburger Notar-Handbuch*, Teil 2 Kap. 8 Rdnr. 161: Vormerkung(en).

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsanspruch auf § 1573 Abs. 2 BGB gestützt. Die Unterhaltshöhe richte sich nach den aktuellen Einkünften der Parteien, wobei es die Krankheitszeiten des Antragstellers berücksichtigt hat. Hinsichtlich des Veräußerungserlöses hätten sich die Parteien in zulässiger Weise darauf geeinigt, dass dieser bei der Unterhaltsberechnung unberücksichtigt bleibe, da auf beiden Seiten ein etwa gleicher Vorteil zu berücksichtigen sei, der sich damit aufhebe. Der Unterhalt für den volljährigen Sohn, der allein vom Antragsteller entrichtet wird, sei allein bei ihm abzuziehen. Das gelte auch für die Zukunft. Zwar hätten die Parteien nicht ausdrücklich erklärt, dass der Antragsteller die Antragsgegnerin auch künftig vom Unterhalt wenigstens in der gezahlten Höhe freistelle. Darauf komme es aber nicht an, weil vom Antragsteller jedenfalls kein geringerer als der ausgerichtete Unterhalt für die Antragsgegnerin geschuldet werde. Dadurch, dass sie nur im Umfang von 35 Wochenstunden tätig sei, verletze sie ihre Erwerbsobliegenheit nicht. Die Arbeitgeberin, ein Personaldienstleistungsunternehmen, biete grundsätzlich Arbeitsverträge mit 35 Wochenstunden an. Auch der Antragsteller sei mit deutlich weniger als 40 Wochenstunden beschäftigt. Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin in Schichtarbeit tätig sei, so dass ihr eine weitere Nebentätigkeit nicht zuzumuten sei.

Der Unterhalt sei nicht nach § 1578 b BGB zu befristen oder zu begrenzen. Die Ehezeit betrage 19,5 Jahre. Außerdem hätten die Parteien vor der Eheschließung mindestens vier Jahre zusammengelebt. Im Ergebnis habe nicht abschließend geklärt werden können, ob die Antragsgegnerin auf Veranlassung des Antragstellers, mit seinem Einverständnis oder gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen den Aufhebungsvertrag mit der VW-AG im Jahr 1993 abgeschlossen habe. Darauf komme es im Ergebnis jedoch nicht entscheidend an. Denn die Parteien hätten ihre Ehe danach noch 13 Jahre fortgesetzt. Die Abfindung sei beiden Eheleuten zugute gekommen. Die Antragsgegnerin habe während des Erziehungsurlaubs und nach Aufgabe des Arbeitsplatzes den gemeinsamen Sohn überwiegend betreut. Damit werde deutlich, dass die Aufgabe des Arbeitsplatzes im Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe erfolgt sei. Hätte die Antragsgegnerin weiterhin bei der VW-AG gearbeitet, läge ihr heutiges Nettoeinkommen um mindestens 700 € höher als das von ihr derzeit erzielte Einkommen. Angesichts ihres Alters könne sie bei einem anderen Arbeitgeber kein höheres Einkommen erzielen. Ihr Arbeitsplatz bei der VW-AG wäre in jedem Falle gesichert gewesen. Ihr heutiger Arbeitsplatz sei dagegen wesentlich gefährdeter.

Weil die ehebedingten Nachteile auf unabsehbare Zeit fortwirkten, komme eine Befristung nicht in Betracht. Auch eine Begrenzung der Höhe nach scheide aus. Denn die Antragsgegnerin müsste mehr als den titulierten Unterhalt erhalten, um die ehebedingten Nachteile ausgleichen zu können.

II.

Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

1. Nach dem Berufungsgericht beruht der Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin auf § 1573 Abs. 2 BGB, was zu Beanstandungen keinen Grund gibt und von der Revision nicht angegriffen wird.

2. Die Unterhaltsbemessung nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB wird von der Revision ebenfalls nicht angegriffen und

steht mit der Rechtsprechung des Senats wie auch des BVerfG im Einklang.

a) Wie das Berufungsgericht das Erwerbseinkommen der Parteien ermittelt hat, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Allerdings kann aus dem Umstand, dass der Unterhaltspflichtige nur eine Tätigkeit ausübt, die die für eine vollschichtige Tätigkeit übliche Stundenzahl nicht erreicht, noch nicht ohne weiteres eine entsprechende Reduzierung auf Seiten des Unterhaltsberechtigten hergeleitet werden. Wenn das Gesetz keine generellen Regelungen vorsieht, die für beide Ehegatten gleichermaßen gelten (wie etwa hinsichtlich des Alters, vgl. Senat, Urteil vom 12.1.2011, XII ZR 83/08, NJW 2011, 670), so bestimmt sich der Umfang der regelmäßig erforderlichen Erwerbstätigkeit und eventuelle Abweichungen davon vielmehr nach den individuellen Verhältnissen des jeweiligen Ehegatten. Dabei sind die konkreten Gründe für eine herabgesetzte Stundenzahl, etwa der Gesundheitszustand der Ehegatten oder die Besonderheiten des jeweiligen Arbeitsverhältnisses, zu berücksichtigen.

Diesen Anforderungen genügt indessen das Berufungsurteil, weil es maßgeblich nicht auf eine Gleichbehandlung der Ehegatten, sondern darauf abgestellt hat, dass die Antragsgegnerin in Schichtarbeit tätig und ihr deswegen eine Nebentätigkeit nicht zumutbar ist. Diese auf tatrichterlichen Feststellungen beruhende Würdigung greift die Revision nicht an.

b) Die von beiden Parteien gezogenen Nutzungen aus dem nach der Trennung hälftig aufgeteilten Immobilienvermögen sind vom Berufungsgericht aufgrund der entsprechenden Einigung der Parteien als gleichwertig angesehen und daher rechnerisch nicht berücksichtigt worden. Die Kürzung der beiden Vorteile im Rahmen der Bedarfsermittlung beim Ehegattenunterhalt ist deswegen auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats (BGH, FamRZ 2005, 1159) nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht gerügt (vgl. BGH, FamRZ 2008, 2104 Rdnr. 30).

c) Das Berufungsgericht hat den Unterhalt für den volljährigen Sohn vom Einkommen des Antragstellers abgezogen. Der Senat hat es gebilligt, wenn der Ehegattenunterhalt entsprechend der einvernehmlich geübten Praxis der Ehegatten so berechnet wird, dass nur der Ehegatte mit dem höheren Einkommen den Kindesunterhalt zahlt und sich der Ehegattenunterhalt dadurch entsprechend verringert (BGH, FamRZ 2009, 1300 Rdnr. 44 und NJW 2011, 670). Für künftige Zeiträume kommt es auf eine etwaige Beteiligung der Antragsgegnerin am Kindesunterhalt schon deswegen nicht an, weil sich dadurch – zu Ungunsten des Antragstellers als Revisionskläger – der Ehegattenunterhalt folgerichtig erhöhen würde.

3. Das Berufungsgericht hat eine Befristung und eine Herabsetzung des Unterhalts nach § 1578 b BGB vor allem deswegen nicht für begründet erachtet, weil auf Seiten der Antragsgegnerin ehebedingte Nachteile bestünden. Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

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

aa) Ehebedingte Nachteile sind vor allem Erwerbsnachteile, die durch die von den Ehegatten praktizierte Rollenverteilung während der Ehe entstanden sind. Dazu genügt es, wenn ein Ehegatte sich entschließt, seinen Arbeitsplatz aufzugeben, um die Haushaltsführung und Kinderbetreuung zu übernehmen. Ab welchem Zeitpunkt die Rollenverteilung praktiziert wird, ist nicht von Bedeutung. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob die Ehegatten die Rollenverteilung zu Beginn der Ehe, bei Geburt eines Kindes oder erst später planten oder praktizierten. Einem ehebedingten Nachteil steht demnach nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin den Entschluss zur Aufgabe ihres Arbeitsplatzes erst traf, als der gemeinsame Sohn bereits vier oder fünf Jahre alt war. Da die Antragsgegnerin anschließend – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts – trotz diverser Nebentätigkeiten die überwiegende Betreuung des Sohnes und des Haushalts übernahm, ist das Berufungsgericht mit Recht von einem auf der praktizierten Rollenverteilung beruhenden Erwerbsnachteil der Antragsgegnerin ausgegangen.

Ob die Aufgabe des Arbeitsplatzes gegen den Willen des Antragstellers erfolgte, ist jedenfalls im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung. Das Berufungsgericht hat es offen gelassen, ob der Entschluss der Antragsgegnerin, das Arbeitsverhältnis bei der VW-AG aufzugeben, im Einverständnis des Antragstellers oder aber gegen dessen Willen umgesetzt wurde. Demnach ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, dass der Antragsteller mit der Arbeitsplatzaufgabe nicht einverstanden war.

Nach der Gesetzesformulierung kommt es darauf an, ob sich die Nachteile (vor allem) aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe ergeben (§ 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB). Wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, ist somit auf die tatsächliche Gestaltung von Kinderbetreuung und Haushaltsführung abzustellen. Bei den in § 1578 b BGB aufgeführten Kriterien handelt es sich zudem um objektive Umstände, denen kein Unwerturteil und keine subjektive Vorwerfbarkeit anhaften, weshalb im Rahmen der Abwägung nach § 1578 b BGB nicht etwa eine Aufarbeitung ehelichen Fehlverhaltens stattfindet (BGH, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 27 m. w. N.). Daher kann der unterhaltspflichtige Ehegatte nicht einwenden, dass er den Unterhaltsberechtigten während der Ehe zur Berufstätigkeit angehalten habe (BGH, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 27).

Ähnlich verhält es sich im vorliegenden Fall, denn die Arbeitsplatzaufgabe ist der unterlassenen Erwerbstätigkeit vergleichbar. Auch die Arbeitsplatzaufgabe erfolgte im Zusammenhang mit der Ehegestaltung. Selbst wenn man im Rahmen des § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB – darüber hinausgehend – eine einvernehmliche Regelung der Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit entsprechend § 1356 BGB verlangen wollte, so würde dies im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ehe der Parteien nach der Arbeitsplatzaufgabe durch die Klägerin über 13 Jahre fortgesetzt wurde. Außerdem investierten die Ehegatten die für die Arbeitsplatzaufgabe erhaltene Abfindung in das gemeinsame Einfamilienhaus. Schon aus diesem Grund kann der Argumentation der Revision nicht gefolgt werden, dass der Erwerbsnachteil der Antragsgegnerin durch die Abfindung ausgeglichen worden sei.

Ein ehebedingter Nachteil liegt bei einer solchen Fallgestaltung nur dann nicht vor, wenn die Ehegestaltung für den Erwerbsnachteil nicht ursächlich geworden ist. Das wäre der Fall, wenn die Antragsgegnerin ihren Arbeitsplatz ausschließ-

lich aus Gründen aufgegeben oder verloren hätte, die außerhalb der Ehegestaltung liegen, so etwa aufgrund einer von ihr persönlich beschlossenen beruflichen Neuorientierung oder wegen einer betriebs- oder krankheitsbedingten Kündigung seitens des Arbeitgebers. In diesem Fall würde es an einem ehebedingten Nachteil fehlen, wenn der Erwerbsnachteil auch ohne die Ehe und die mit ihr verbundene Rollenverteilung eingetreten wäre.

Dafür bestehen im vorliegenden Fall aber keine Anhaltspunkte. Das Arbeitsverhältnis der Antragsgegnerin war vielmehr nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts auch für die Zukunft gesichert. Demnach kann kein Zweifel bestehen, dass die Gestaltung der Haushaltsführung den Anforderungen des § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB entspricht und zu dem vom Berufungsgericht im Umfang von monatlich 700 € festgestellten Erwerbsnachteil der Antragsgegnerin geführt hat.

bb) Bei bestehenden ehebedingten Nachteilen ist eine Befristung des nachehelichen Unterhalts regelmäßig nicht auszusprechen. Eine Befristung trotz fortbestehender ehebedingter Nachteile kommt nur unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht, wofür nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nichts ersichtlich ist. Dass das Berufungsgericht zudem das voreheliche Zusammenleben als weiteren Billigkeitsaspekt neben der Ehedauer angesprochen hat (dazu Senat, Urteil vom 2.2.2011, XII ZR 11/09 – zur Veröffentlichung bestimmt m. w. N.), ist schließlich ersichtlich kein tragender Grund der Entscheidung.

b) Hinsichtlich einer Herabsetzung hat das Berufungsgericht zutreffend darauf abgestellt, dass durch den titulierten Unterhalt das Einkommen nicht erreicht wird, das die Antragsgegnerin ohne ehebedingte Nachteile erzielen könnte. Demnach ist der angemessene Unterhalt nach § 1578 b Abs. 1 BGB nicht erreicht (vgl. BGH, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 23), so dass für eine Herabsetzung nach § 1578 b Abs. 1 BGB kein Raum besteht.

13. BGB §§ 1573, 1574, 1578, 1578 b; ZPO a. F. §§ 287, 323; EGZPO § 36 Nr. 1 (*Bemessung des ehebedingten Nachteils und Darlegungslast bei der Begrenzung des nachehelichen Unterhalts*)

1. **Um den ehebedingten Nachteil der Höhe nach bemessen zu können, muss der Tatrichter Feststellungen zum angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten i. S. d. § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB und zum Einkommen treffen, das der Unterhaltsberechtigte tatsächlich erzielt bzw. gemäß §§ 1574, 1577 BGB erzielen könnte. Die Differenz aus den beiden Positionen ergibt grundsätzlich den ehebedingten Nachteil.**
2. **Der Unterhaltsberechtigte kann im Einzelfall seiner – sekundären – Darlegungslast genügen, wenn er vorträgt, dass in dem von ihm erlernten Beruf Gehaltssteigerungen in einer bestimmten Höhe mit zunehmender Berufserfahrung bzw. Betriebszugehörigkeit üblich sind.**
3. **Bei feststehenden Nachteilen ist eine exakte Feststellung zum hypothetisch erzielbaren Einkommen des Unterhaltsberechtigten nicht notwendig. Die Tatsachengerichte können sich bei geeigneter Grundlage einer Schätzung entsprechend § 287 ZPO bedienen. Das Gericht muss in der Entscheidung jedoch die tat-**

sächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise angeben.

4. Bei den in § 1578 b BGB aufgeführten Kriterien handelt es sich um objektive Umstände, denen kein Unwerturteil bzw. keine subjektive Vorwerfbarkeit anhaftet, weshalb im Rahmen der Abwägung des § 1578 b BGB keine Aufarbeitung ehelichen Fehlverhaltens stattfindet.

BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 53/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger begehrt die Abänderung eines Urteils über die Zahlung von Aufstockungsunterhalt.

Die am 1.6.1973 geschlossene Ehe der Parteien wurde am 26.9.2000 rechtskräftig geschieden. Aus der Ehe sind drei Töchter hervorgegangen, die 1974, 1977 und 1981 geboren sind. Die 1951 geborene Beklagte lernte nach ihrem Schulabschluss den Beruf der Erzieherin und übte diese Tätigkeit bis 1974 aus. Die folgenden 24 Jahre war die Beklagte Hausfrau und Mutter ohne eigene Berufstätigkeit. Von 1998 bis Sommer 2000 arbeitete sie im Bereich der Hausaufgabenbetreuung stundenweise. Im August 2000 nahm sie eine Teilzeitbeschäftigung als Erzieherin auf, die sie im Jahre 2001 auf eine Tätigkeit mit einer 35-Stunden-Woche aufstockte. Aus betriebsbedingten Gründen wurde ihr zum 31.3.2007 gekündigt. Vom 1.4.2007 bis zum 17.10.2007 war sie befristet in Vollzeit als Erzieherin eingestellt. Anschließend arbeitete sie mit einer 87%-Stelle, befristet bis zum 31.8.2009.

Das AG Duisburg hatte den Kläger mit Urteil vom 17.11.2004 verpflichtet, an die Beklagte monatlichen Unterhalt i. H. v. gerundet 564 € zu zahlen. Dem Urteil liegen die Renteneinkünfte des Klägers mit bereinigt 2.189 € und die damaligen Einnahmen der Beklagten mit bereinigt 1.061 € zugrunde.

Auf die Abänderungsklage des Klägers hat das AG den titulierten Aufstockungsunterhalt bis 31.12.2008 befristet. Auf die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision ist zulässig und begründet. (...)

B.

Im Revisionsverfahren steht nur noch der Unterhaltsanspruch der Beklagten für die Zeit nach dem 31.12.2008 im Streit. Denn wegen des davor liegenden Zeitraums ist das amtsgerichtliche Urteil, gegen das allein die Beklagte Berufung eingelegt hatte, rechtskräftig.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 11.8.2010, XII ZR 102/09 – juris Rdnr. 8 und vom 25.11.2009, XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192 Rdnr. 5).

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Hinsichtlich der Einkommensverhältnisse sei seit der Entscheidung des AG Duisburg keine wesentliche Änderung eingetreten. Soweit der Beklagten nach dem Vortrag des Klägers bei einer Vollbeschäftigung ein Nettoeinkommen von 1.426 € zuzurechnen wäre, verblieben nach Abzug der berufsbedingten Aufwendungen von 5 % und des Erwerbstätigenbonus von

^{1/7} nur 1.161,42 €. Unter Berücksichtigung eines unbestrittenen Nettoeinkommens des Klägers von 2.316 € errechne sich ein den titulierten Betrag sogar übersteigender Aufstockungsunterhalt von 577 €. Zinseinkünfte seien der Beklagten nicht fiktiv zuzurechnen, da diese bereits bei der Ausgangsentscheidung des AG keine Berücksichtigung gefunden hätten. Eine Befristung oder Beschränkung des im Jahr 2004 vom AG titulierten Aufstockungsunterhalts komme nicht in Betracht, wobei der Kläger mit dem Einwand der Befristung nicht bereits gemäß § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert sei. Zwar führe nach der neuen Rechtslage allein die Annahme einer langen Ehe nicht dazu, dass eine Begrenzung der Unterhaltsansprüche ausgeschlossen wäre. Entscheidend sei vielmehr das Vorliegen ehebedingter Nachteile. Die Dauer der Ehe sei aber gleichwohl von Bedeutung, da sich der (berufliche) Nachteil, der sich nach der Scheidung für den sich der Kinderbetreuung und der Haushaltsführung widmenden Ehegatten ergebe, in aller Regel mit zunehmender Dauer der Ehe erhöhe.

Dass auf Seiten der Beklagten ehebedingte Nachteile eingetreten seien, stehe fest. Die 27 Jahre bestehende Ehe der Parteien sei geprägt durch die klassische Aufteilung in einen haushaltsführenden und einen erwerbstätigen Teil. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beklagte nach der Scheidung wieder eine Anstellung als Erzieherin und zum Teil auch in Vollzeit habe finden können. Der derzeitige Vertrag der Beklagten sei bis Ende August 2009 befristet; eine nachhaltige Sicherung ihres Einkommens aus Berufstätigkeit könne damit nicht angenommen werden. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte einen gesicherten Arbeitsplatz hätte, wenn sie durchgängig berufstätig gewesen wäre.

Ein ehebedingter Nachteil sei aber auch darin zu sehen, dass der berufliche Werdegang der Beklagten anders verlaufen wäre, wenn sie ihre Berufstätigkeit nicht über mehrere Jahrzehnte unterbrochen hätte. Bei einer derart langen Berufspause wie im vorliegenden Fall dürften keine überspitzten Anforderungen an die Darlegungslast des Unterhaltsberechtigten gestellt werden. Wenn eine abgeschlossene Schulausbildung und eine abgeschlossene Berufsausbildung mit anschließender Übernahme zur weiteren Beschäftigung gegeben sei, indiziere eine Berufspause von über 25 Jahren auch den ehebedingten Nachteil im beruflichen Fortkommen. Die Beklagte habe substantiiert dargelegt, welche Aufstiegschancen sie ohne Berufspause gehabt hätte und über welches Einkommen sie dann verfügen könnte. Der titulierte Unterhalt entspreche danach auch in der Höhe dem erlittenen Nachteil. Die Beklagte habe ohne Probleme ihre Schul- und Berufsausbildung abgeschlossen. Anschließend habe sie ihren Beruf ausgeübt und binnen kürzester Zeit eigenverantwortlich eine Gruppe geleitet. Sie habe sich dann engagiert der Versorgung ihrer Familie und der Erziehung der drei kurz hintereinander geborenen Töchter gewidmet. Dass ihr später der Einstieg in ihrem erlernten Beruf trotz ihres fortgeschrittenen Alters gelungen sei, spreche dafür, dass sie engagiert, zielstrebig und leistungsbereit sei. Diese Eigenschaften hätten der Beklagten zu einem beruflichen Aufstieg verholfen. Dies zeige sich auch darin, dass ihr nach der Kündigung der ersten Tätigkeit noch eine Anstellung bei einer anderen Einrichtung in einer völlig anderen Region gelungen sei. Ihr Vortrag, sie hätte bei fortgesetzter Tätigkeit Aufstiegschancen gehabt, sei damit schlüssig und nachvollziehbar.

Zudem ergebe sich aus dem Rechtsgedanken des § 36 EGZPO ein schützenswertes Vertrauen der Beklagten auf den Bestand ihres Unterhaltsanspruchs. Für die Bemessung der „Schonfrist“ könne im Sinne dieser Vorschrift nicht auf die Scheidung im Jahre 2000 abgestellt werden. Insofern sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte bereits zwei unbefristete Unter-

haltstitel seit der Trennung erstritten habe und ihre Einkünfte bis zur Rente nicht mehr steigern könne. Sie arbeite nahezu vollschichtig. Aufstiegschancen habe sie nicht. Aufgrund ihres Alters und aufgrund der langen Ehe und bisher geleisteten Unterhaltszahlung sei eine derartige wirtschaftliche Verflechtung eingetreten, dass der Beklagten eine Änderung nicht zumutbar erscheine.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

1. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und im Übrigen von der Revision auch nicht gerügt ist, dass das Berufungsgericht hinsichtlich des Erwerbseinkommens und der Zins-einkünfte eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse i. S. v. § 323 ZPO a. F. abgelehnt hat.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht zudem ausgeführt, dass der Kläger mit seinem Befristungsverlangen nicht präkludiert sei.

Eine wesentliche Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse i. S. v. § 323 Abs. 2 ZPO a. F. kann sich auch aus einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof ergeben (BGH, FamRZ 2010, 538 Rdnr. 22 und BGHZ 171, 206 = FamRZ 2007, 793 Rdnr. 36). Eine solche Änderung liegt hier vor. Die Rechtsprechung des Senats hat sich mit Urteil vom 12.4.2006 (XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006), also nach Abschluss des Vorprozesses, dahin geändert, dass es schon bei der nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. anzustellenden Billigkeitsabwägung nicht mehr vorrangig auf die Dauer der Ehe ankam, sondern auf die dem Unterhaltsberechtigten entstandenen ehebedingten Nachteile (BGH, FamRZ 2010, 111 Rdnr. 60 und FamRZ 2010, 538 Rdnr. 22).

Auf das Fehlen solcher Nachteile hat der Kläger seine Abänderungsklage vorwiegend gestützt.

3. Jedoch rechtfertigen die vom Berufungsgericht vorgenommenen Feststellungen die Ablehnung einer Begrenzung nach § 1578 b BGB nicht.

a) Ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ist nach § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Nach § 1578 b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus § 1578 b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Danach ist bei der Billigkeitsabwägung vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung oder Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Ehe ergeben.

aa) Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578 b Abs. 1 BGB die Grenze für die Herabsetzung des nahehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich dabei nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Erzielt der Unterhaltsberechtigte eigene Einkünfte, die diesen angemessenen Unterhaltsbedarf erreichen, oder könnte er solche Einkünfte erzielen, kann dies im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach einer Übergangszeit,

in der er sich nach gescheiterter Ehe von den ehelichen Lebensverhältnissen auf den Lebensbedarf nach den eigenen Einkünften umstellen kann, zum vollständigen Wegfall des nahehelichen Unterhalts in Form einer Befristung führen (BGH, FamRZ 2009, 1990 Rdnr. 14 f.). Erzielt der Unterhaltsberechtigte nach einer ehebedingten Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit hingegen lediglich Einkünfte, die den eigenen angemessenen Unterhaltsbedarf nach § 1578 b BGB nicht erreichen, scheidet eine Befristung des Unterhaltsanspruchs regelmäßig aus. Auch dann kann der Unterhalt nach einer Übergangszeit aber bis auf den ehebedingten Nachteil herabgesetzt werden, der sich aus der Differenz des angemessenen Unterhaltsbedarfs mit dem erzielten oder erzielbaren eigenen Einkommen ergibt (Senat, Urteil vom 14.10.2009, XII ZR 146/08, FamRZ 2009, 1990 Rdnr. 16), was freilich voraussetzt, dass der eheangemessene Bedarf den angemessenen Lebensbedarf übersteigt.

Um den ehebedingten Nachteil der Höhe nach bemessen zu können, muss der Tatrichter Feststellungen zum angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten i. S. d. § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB und zum Einkommen treffen, das der Unterhaltsberechtigte tatsächlich erzielt bzw. gemäß §§ 1574, 1577 BGB erzielen könnte. Die Differenz aus den beiden Positionen ergibt den ehebedingten Nachteil.

bb) Der Umstand, dass der Unterhaltsberechtigte eine vollschichtige Tätigkeit in seinem erlernten Beruf ausübt, ist ein Indiz gegen fortdauernde ehebedingte Nachteile (vgl. BGH, FamRZ 2008, 1325 Rdnr. 41). Hat der Unterhaltsschuldner, der die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der für eine Begrenzung sprechenden Tatsachen trägt, eine solche Beschäftigung behauptet, trifft daher den Unterhaltsberechtigten die sogenannte sekundäre Darlegungslast. Er muss die Behauptung, es seien keine ehebedingten Nachteile entstanden, substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen, welche konkreten ehebedingten Nachteile entstanden sein sollen (BGH, FamRZ 2010, 875 Rdnr. 23). Erst wenn das Vorbringen des Unterhaltsberechtigten diesen Anforderungen genügt, müssen die vorgetragenen ehebedingten Nachteile vom Unterhaltspflichtigen widerlegt werden (BGH, FamRZ 2010, 875 Rdnr. 23).

cc) Die Feststellung aller für die Billigkeitsentscheidung nach § 1578 b BGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist – ebenso wie die entsprechende Billigkeitsabwägung – Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob dieser wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen oder Beweisregeln verkannt hat. Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgesetze verstößt (Senat, Urteil vom 11.8.2010, XII ZR 102/09 – juris Rdnr. 42 u. 47).

b) Diesen Maßstäben wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

aa) Entgegen der Auffassung der Revision kann dem Berufungsgericht nicht vorgehalten werden, dass es nicht auf den Vortrag des Klägers eingegangen ist, wonach er die Beklagte schon während bestehender Ehe angehalten habe, berufstätig zu sein. Zu Recht verweist die Revisionserwiderung insoweit auf die Begründung zum Gesetzesentwurf, wonach es sich bei den in § 1578 b BGB aufgeführten Kriterien um objektive Umstände handelt, denen kein Unwerturteil bzw. keine subjektive Vorwerfbarkeit anhaftet, weshalb im Rahmen der Abwägung des § 1578 b BGB nicht etwa eine Aufarbeitung ehelichen

Fehlverhaltens stattfinde (BT-Drucks. 16/1830, S. 20; BGH, FamRZ 1986, 886, 888 zu §§ 1573, 1578 BGB a. F.).

bb) Jedoch begegnen die vom Berufungsgericht im Rahmen des § 1578 b BGB gezogenen Schlussfolgerungen rechtlichen Bedenken, weil ihnen keine entsprechenden Feststellungen zugrundeliegen.

(1) Das Berufungsgericht hat zum einen in der Befristung der Arbeitsverhältnisse der Beklagten einen „erheblichen Nachteil“ erblickt. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte einen gesicherten Arbeitsplatz hätte, wenn sie durchgängig berufstätig gewesen wäre.

Es hat bei seinen Ausführungen unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte bereits im August 2000 eine Beschäftigung als Erzieherin im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung aufgenommen hat, die sie im Jahr 2001 auf eine 35-Stunden-Woche aufstocken konnte. Diese ersichtlich unbefristete Stelle ist ihr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus betriebsbedingten Gründen zum 31.3.2007 gekündigt worden. Erst danach erhielt die Beklagte wiederholt befristete Anstellungen. Der vom Berufungsgericht hieraus gezogene Schluss, die nunmehr eingetretene unsichere Beschäftigungslage seitens der Beklagten sei Folge der während der Ehe eingelegten Berufspause, ist nicht zwingend. Denn immerhin hat die Beklagte nach der Ehescheidung rund sieben Jahre in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gearbeitet. Zu Recht rügt die Revision, dass die Beklagte dem Risiko einer betriebsbedingten Kündigung auch ausgesetzt gewesen wäre, wenn sie durchgehend gearbeitet hätte. Zwar mag es sein, dass sie in diesem Fall wegen ihrer langen Betriebszugehörigkeit eher eine betriebsbedingte Kündigung hätte abwenden können. Damit und mit der Frage, wie dieser Nachteil unterhaltsrechtlich im Rahmen des § 1578 b BGB zu berücksichtigen ist, hätte sich das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen.

(2) Ferner hat das Berufungsgericht einen ehebedingten Nachteil darin gesehen, dass der berufliche Werdegang der Beklagten anders verlaufen wäre, wenn sie ihre Berufstätigkeit nicht über mehrere Jahrzehnte unterbrochen hätte. Zwar erscheint es vor dem Hintergrund der vom Berufungsgericht vorgenommenen Würdigung der Persönlichkeit und des Lebenslaufs der Beklagten durchaus möglich, dass die Beklagte heute ein – über ihren tatsächlich erzielten Lohn hinausgehendes – Einkommen bezöge, wenn sie keine Berufspause eingelegt hätte. Jedoch sind die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Bemessung des ehebedingten Nachteils nicht hinreichend konkret, obgleich die Beklagte – wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend gemacht hat – zu ihren möglichen Aufstiegschancen und der damit einhergehenden Bezahlung unter Vorlage entsprechender Entgelttabellen im Einzelnen vorgetragen hat.

Dem Berufungsgericht ist zwar dahin recht zu geben, dass bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden Art keine überspannten Anforderungen an die Darlegungslast des Unterhaltsberechtigten gestellt werden dürfen. Deshalb kann der Unterhaltsberechtigte im Einzelfall seiner – sekundären – Darlegungslast genügen, wenn er vorträgt, dass in dem von ihm erlernten Beruf Gehaltssteigerungen in einer bestimmten Höhe mit zunehmender Berufserfahrung bzw. Betriebszugehörigkeit üblich sind.

Anders verhält es sich indes bei einem behaupteten beruflichen Aufstieg. Hier muss der Unterhaltsberechtigte darlegen, aufgrund welcher Umstände (wie etwa Fortbildungsbereitschaft, bestimmte Befähigungen, Neigungen Talente usw.) er eine entsprechende Karriere gemacht hätte. Im Übrigen hat der Senat bereits ausgeführt, dass bei feststehenden Nachteilen eine exakte Feststellung zum hypothetisch erzielbaren Einkommen des Unterhaltsberechtigten nicht notwen-

dig ist; die Tatsachengerichte können sich vielmehr insoweit bei geeigneter Grundlage einer Schätzung entsprechend § 287 ZPO bedienen. Für die Billigkeitsbetrachtung wird es dann in der Regel genügen, wenn das ungefähre Ausmaß der Einbuße feststeht (BGH, FamRZ 2010, 1633 Rdnr. 39). Dies entbindet das Gericht indes nicht davon, in seiner Entscheidung die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise anzugeben (BGHZ 6, 62, 63; BGH, NJW-RR 2003, 873, 874; *Laumen* in Prütting/Gehrlein, ZPO, § 287 Rdnr. 21).

Demgegenüber hat das Berufungsgericht lediglich ausgeführt, dass sich die Beklagte in ihrem erlernten Beruf weiter entwickelt hätte und damit über Einkommen aus einer höheren Lohngruppe verfügen würde; dabei entspreche der titulierte Unterhalt in der Höhe dem erlittenen Nachteil. Zwar lässt sich daraus schließen, dass das Berufungsgericht von einem ehebedingten Nachteil i. H. v. 564 € ausgegangen ist. Welchen angemessenen Lebensbedarf es auf Seiten der Beklagten zugrunde gelegt hat, bleibt indessen offen. Seinen Ausführungen lässt sich schon nicht entnehmen, welches Einkommen es ihr tatsächlich zugerechnet hat; den Einwand des Klägers, bei einer Vollbeschäftigung könne ihr ein Nettoeinkommen von 1.426 € zugerechnet werden, hat das Berufungsgericht ersichtlich dahin stehen lassen. Ebenso wenig wird deutlich, ob es der Beklagten – in diesem Fall zu Unrecht (vgl. BGHZ 178, 43 = FamRZ 2009, 406 Rdnr. 17) – einen Erwerbstätigenbonus zugebilligt hat. Nach alledem hat das Berufungsgericht die Grundlagen seiner Schätzung nicht konkretisiert. Allein durch die pauschale Bezugnahme auf den Vortrag der Beklagten kann sich das Gericht diesem Erfordernis nicht entziehen.

cc) Ebenso wenig vermögen die Feststellungen des Berufungsgerichts zu einer wirtschaftlichen Verflechtung der Parteien und zum Vertrauensschutz die angefochtene Entscheidung zu rechtfertigen. Beides hat das Berufungsgericht ausweislich der Urteilsgründe unter dem Rechtsgedanken des § 36 EGZPO geprüft. Beide Gesichtspunkte sind bereits Bestandteil der nach § 1578 b BGB durchzuführenden Billigkeitsabwägung.

(1) Die wirtschaftliche Verflechtung der Eheleute stellt einen eigenen Gesichtspunkt der Billigkeitsprüfung dar. Die Ehedauer gewinnt hierdurch insbesondere bei Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder der Haushaltsführung besonderes Gewicht. (BGH, FamRZ 2010, 1637 Rdnr. 48). Soweit das Berufungsgericht jedoch sinngemäß ausgeführt hat, dass aufgrund des Alters der Beklagten, der langen Ehe und der bisher geleisteten Unterhaltszahlungen eine derartige wirtschaftliche Verflechtung eingetreten sei, so dass der Beklagten eine Änderung nicht zumutbar erscheine, fehlt es bereits an einer zutreffenden Feststellung der Ehedauer. Ersichtlich hat das Berufungsgericht auf die Rechtskraft der Ehescheidung abgestellt. Für die Ehedauer ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Senats auf die Zeit von der Eheschließung bis zur Zustellung des Scheidungsantrags abzustellen (BGH, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 30 m. w. N.). Feststellungen zur Zustellung des Scheidungsantrags enthält weder das Berufungsurteil noch das Urteil des AG.

(2) Soweit das Berufungsgericht ferner unter Bezugnahme auf § 36 EGZPO ausführt, die Beklagte habe ein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand ihres Unterhaltsanspruchs, vermag dies die getroffene Entscheidung schließlich ebenso wenig zu rechtfertigen.

Voraussetzung für die Abänderung eines vor dem 1.1.2008 rechtskräftig gewordenen Urteils gemäß § 36 Nr. 1 EGZPO

ist u. a., dass die Änderung dem anderen Teil – hier also der Beklagten – unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist. Dabei ist dieser Gesichtspunkt bereits bei der Prüfung der Unbilligkeit nach § 1578 b BGB zu berücksichtigen (BGH, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 32). Das Vertrauen des Unterhaltsberechtigten auf den Fortbestand eines titulierten Unterhalts ist danach insbesondere dann schutzwürdig, wenn sich die unterhaltsberechtigte Person auf den Fortbestand der Regelung eingestellt hat (BT-Drucks. 16/1830, S. 33). Gewiss können im Rahmen der am Maßstab des § 36 Nr. 1 EGZPO vorzunehmenden Zumutbarkeitsprüfung der Dauer der Ehe und der Pflege oder Erziehung gemeinschaftlicher Kinder sowie der Gestaltung von Haushaltsführung indizielle Bedeutung für einen Vertrauensschutz zukommen. Entscheidend geht es aber um die Frage, wie sehr sich der Unterhaltsberechtigte auf den – zur Überprüfung gestellten – Unterhaltstitel verlassen darf. Dabei ist schließlich zu beachten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Unabänderbarkeit eines Titels nicht den Regelfall darstellt (BGH, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 34).

Diesen Anforderungen werden die vom Berufungsgericht gemachten Ausführungen nicht gerecht. (...)

14. BGB §§ 873 Abs. 1, 1030 Abs. 1, 1643 Abs. 1, 1821, 1822, 1823 (*Keine familiengerichtliche Genehmigung bei Vollzug der Bestellung eines Quotennießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen*)

Wird zugunsten eines Minderjährigen ein (Quoten-)Nießbrauch als Parkplatz kommerziell genutzten Grundstück des Sorgeberechtigten bestellt, bedarf der dingliche Vollzug der Bestellung (neben der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers) nicht der familiengerichtlichen Genehmigung.

OLG München, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München, und eingesandt von Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Im Grundbuch war zugunsten der Beteiligten zu 1 und deren Ehemann am als kommerzieller Großparkplatz genutzten Grundstück der Beteiligten zu 2, der gemeinsamen Tochter, seit 5.2.1999 ein Nießbrauch eingetragen.

Der Nießbrauch für den Ehemann der Beteiligten zu 1 ist aufgrund Todesnachweises inzwischen gelöscht.

Soweit hier erheblich gab die Beteiligte zu 1 zu notarieller Urkunde vom 4.11.2010 von dem zu ihren Gunsten bestellten Nießbrauch einen $\frac{83}{100}$ Anteil auf, so dass ihr noch eine Nießbrauchsquote von $\frac{17}{100}$ zusteht. Die Beteiligte zu 2 wendete zur selben Urkunde ihren Kindern, den Beteiligten zu 3 bis 5, Quotennießbrauchsrechte in Höhe von $\frac{28}{100}$ (den Beteiligten zu 3 und 4) bzw. $\frac{27}{100}$ (dem Beteiligten zu 5) als Schenkung zu. Der Beteiligte zu 5, der 1994 geboren und noch nicht volljährig ist, wurde vom familiengerichtlich bestellten Ergänzungspfleger „vorbehaltlich Genehmigung des Familiengerichts“ vertreten. Die Eintragung der Nießbrauchsrechte im Grundbuch wurde bewilligt. Bei Erstellung der Urkunde gingen der Notar und die Beteiligten noch davon aus, dass die Zuwendung des Nießbrauchs an den Minderjährigen der Genehmigung des Familiengerichts bedarf.

Unter dem 7.12.2010 hat der beurkundende Notar namens aller Antragsberechtigten Vollzug seiner Urkunde beantragt. Nunmehr hat er die Meinung vertreten, dass eine Genehmigungsbedürftigkeit durch das Familiengericht nicht gegeben sei. Es stehe kein entgeltlicher Erwerb inmitten. Die Tatsache,

dass dem Minderjährigen bei dem erworbenen Recht bzw. Erwerbsgeschäft selbst eine persönliche Haftung treffe, sei keine Frage der Entgeltlichkeit und insofern allein vom Ergänzungspfleger zu prüfen.

Mit Zwischenverfügung vom 9.12.2010 hat das Grundbuchamt unter Fristsetzung die fehlende familienrechtliche Genehmigung nebst Mitteilungsnachweis beanstandet. Die Genehmigungspflicht ergebe sich direkt aus § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB und indirekt aus § 1822 Nr. 3 und 5 sowie § 1823 BGB, da der Quotennießbrauch an dem Großparkplatz solche Verträge wohl unwillkürlich als Nebeneffekt mit sich bringe. Bei einer Nießbrauchsbestellung habe der Berechtigte wesentlich mehr Verpflichtungen als bei einer Grundstücksschenkung. Er müsse außerordentliche Lasten und auch Lasten tragen, die auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen seien. Vorliegend sei eine Entgeltlichkeit gegeben. Der Nießbrauchsberechtigte habe laufend Lasten zu tragen, die beim Tod der Großmutter dem Nießbrauchsbesteller (Grundstückseigentümer) zugute kämen. Hierin sei eine Gegenleistung zu sehen.

Hinsichtlich der weiteren den Quotennießbrauch betreffenden Anträge wurde die Urkunde inzwischen vollzogen.

Unter dem 20.1.2011 haben die Beteiligten zu 1 und 5 gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt und beantragt, diese aufzuheben sowie das AG anzuweisen, unter Abnahme von den geäußerten Bedenken die Urkunde vom 7.12.2010 durch Eintragung des Beteiligten zu 5 als Quotennießbrauchsberechtigten endgültig zu vollziehen. Es wird die Meinung vertreten, dass die Zuwendung des Rechts keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe. Die maßgeblichen Bestimmungen erfassten allenfalls das obligatorische, indessen nicht das dingliche Geschäft.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

II.

Auf die zulässige Beschwerde (§ 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO) ist die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben, weil das Geschäft auch ohne familiengerichtliche Genehmigung vollzugsfähig ist. Der Eintragungsantrag selbst ist nicht Gegenstand der Beschwerde (BayObLGZ 1990, 56). Deshalb hat der Senat nicht über ihn selbst zu entscheiden. Dies ist vielmehr Sache des Grundbuchamts, an das die Akten – ohne Zurückverweisung – zurückgegeben werden (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 77 Rdnr. 15 m. w. N.).

1. Bei der Bestellung des (Quoten-)Nießbrauchs nach §§ 873 Abs. 1, 1030 Abs. 1 BGB (*Palandt/Bassenge*, BGB, 70. Aufl., Einf. vor § 1030 Rdnr. 5) stellt sich die Frage einer ausreichenden Vertretungsmacht des für den Beteiligten zu 5 handelnden Vertreters – in deren Rahmen das Erfordernis familiengerichtlicher Genehmigung zu prüfen ist – nicht, weil grundbuchrechtlich nur die Bewilligung der Beteiligten zu 2 als betroffener Grundstückseigentümerin erforderlich ist (§ 19 GBO). Jedoch darf das Grundbuchamt nicht eine Eintragung vornehmen, wenn sicher feststeht, dass sie das Grundbuch unrichtig machen würde (BayObLG, NJW-RR 1990, 87 m. w. N.). Dies ist jedoch auch ohne familiengerichtliche Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, §§ 1821 f. BGB nicht der Fall. Denn das gegenständliche Geschäft bedarf – über die Beteiligung des Ergänzungspflegers hinaus (vgl. BFH, NJW 1981, 141; NJW-RR 1990, 1035; *Palandt/Ellenberger*, § 107 Rdnr. 4) – nicht auch der Genehmigung durch das Familiengericht (vgl. dazu jüngst BGH, NJW 2010, 3643, 3644 bei Rdnr. 17).

Abzustellen hat das Grundbuchamt nach dem Abstraktionsprinzip („isolierte“ Betrachtung) nicht auf das schuldrecht-

liche Grundgeschäft, sondern auf das Erwerbsgeschäft (BayObLG, NJW-RR 1990, 87; vgl. auch BGH, NJW 2010, 3643). Dieses ist nicht gerichtlich genehmigungspflichtig.

a) Der Erwerb des Quotenneißbrauchs enthält keine Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen, die nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig wäre; gemeint ist nämlich das Grundstücksrecht des Minderjährigen (BGH, NJW 2010, 3643, 3644; *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 7).

b) Es handelt sich auch nicht um einen nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB genehmigungspflichtigen Vorgang, weil die Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Übereignung von der Norm nicht erfasst wird (BGH, a. a. O.; RGZ 108, 356, 364; *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 12).

c) Unter § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB fällt das Rechtsgeschäft schon deshalb nicht, weil dingliche Erwerbsgeschäfte davon nicht erfasst werden (BayObLG, NJW-RR 1990, 87; *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 15). Der Genehmigung unterliegt allenfalls die schuldrechtliche Vereinbarung. Auf die Frage der Entgeltlichkeit kommt es hinsichtlich der dinglichen Seite des Rechtsgeschäfts nicht an.

d) Die Fälle des § 1822 Nr. 3 bzw. § 1823 BGB betreffen ebenfalls nicht die dingliche Rechtsänderung. Der Fall des § 1823 BGB wird im Übrigen nicht von der Genehmigungspflicht gemäß § 1643 Abs. 1 BGB umfasst.

e) Ob das Kausalgeschäft (Schenkung) familiengerichtlicher Genehmigung bedarf, hat das Grundbuchamt regelmäßig nicht zu prüfen. Es darf die Eintragung einer Rechtsänderung selbst dann nicht ablehnen, wenn es dieses Rechtsgeschäft für nichtig hält (BayObLG, NJW-RR 1990, 87). Dass eine etwaige Unwirksamkeit des Grundgeschäfts auch das dingliche Geschäft erfassen könnte, ist nicht ersichtlich.

2. Soweit die Erklärungen des Ergänzungspflegers „vorbehaltlich Genehmigung des Familiengerichts“ abgegeben werden, ist dies nach den obigen Ausführungen (zu 1. vor a) für den Grundbuchvollzug unerheblich. Im Übrigen ist die Einschränkung ersichtlich – nämlich nach Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 92, 351/355; *Demharter* § 19 Rdnr. 28) – dahin zu verstehen, dass sie die rechtliche Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung voraussetzt, aber nicht (konstitutiv) für den Fall begründen soll, dass eine solche gar nicht besteht.

15. BGB §§ 107, 181, 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 1909 Abs. 1, § 2174; GBO §§ 19, 20 (*Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers zur Erfüllung eines Vermächtnisses zugunsten eines Minderjährigen, dessen Elternteil zugleich Erbe ist*)

Zur Erfüllung eines Vermächtnisses, dessen Inhalt ein vermietetes Grundstück ist und das der Erblasser zugunsten seines minderjährigen Enkels ausgesetzt hat, bedarf die Auflassung der Bestellung eines Ergänzungspflegers, wenn Erbin des Nachlasses die sorgeberechtigte Mutter ist.

OLG München, Beschluss vom 8.2.2011, 34 Wx 18/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligte zu 1 ist die Tochter und testamentarische Erbin des am 19.2.2010 verstorbenen Erblassers J. B. Die Beteiligte zu 1 und der Beteiligte zu 2 sind die Eltern des am 31.12.2007 geborenen Kindes T., des Beteiligten zu 3. Der Erblasser hatte in seiner letztwilligen Verfügung vom 17.2.2010 zugunsten seines Enkels ein Vermächtnis

des Inhalts ausgesetzt, dass die Erbin sein – vermietetes – Wohnhaus in K. an T. herauszugeben und zu übereignen habe.

Im Zuge der Erfüllung des Vermächtnisses erklärten die Beteiligten zu 1 und 2 auch als Inhaber der elterlichen Sorge für den gemeinsamen Sohn T. zu notarieller Urkunde am 30.9.2010 die Annahme des Vermächtnisses. Die Auflassung zugunsten des Beteiligten zu 3 wurde erklärt, die Eintragung der Auflassung bewilligt und beantragt.

Auf den Vollzugsantrag vom 13.10.2010 hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 1.12.2010 beanstandet, dass die Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, §§ 181, 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB fehle. Es hat sich im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des BGH berufen, nach der ein auf den Erwerb eines vermieteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei; daran ändere nichts, dass sich dieser Erwerb in Erfüllung einer Verbindlichkeit vollziehe. Auf den Rechtsgrund des Erwerbs komme es nämlich nicht an.

Auch wenn sich die Verpflichtung aus einer letztwilligen Verfügung ergebe, so ließen sich mögliche Rechtsnachteile des Erfüllungsgeschäfts nicht durch ein unter unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung des Vertretenen zustande gekommenen schuldrechtliches Rechtsgeschäft „ausfiltern“ oder bewusst hinnehmen. Das minderjährige Kind könne demnach von seinen Eltern bei der Auflassung nicht wirksam vertreten werden und es bedürfe der Genehmigung der Auflassungsurkunde durch einen vom Familiengericht zu bestellenden Ergänzungspfleger.

Der Beschwerde vom 14.1.2011 hat das Grundbuchamt am 25.11.2010 nicht abgeholfen und die Akten dem Senat als Beschwerdegerecht vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die im Namen aller Urkundsbeteiligter vom Notar eingelegte zulässige Beschwerde (§ 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO) hat keinen Erfolg. Das Grundbuchamt verlangt für das zu vollziehende Grundstücksgeschäft zutreffend die Genehmigung der Auflassung (§§ 19, 20 GBO) durch einen Ergänzungspfleger.

1. Nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413) ist ein auf den Erwerb eines vermieteten (oder verpachteten) Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB. Denn in dessen Folge wird der Minderjährige mit Verpflichtungen belastet, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Eine solche persönliche Haftung ist mit dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks verbunden, weil gemäß § 566 Abs. 1 BGB der Erwerber mit dem Eigentumsübergang in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietverhältnis eintritt. Den Erwerber treffen vielfältige Pflichten aus diesem Schuldverhältnis; ihm erwachsen daraus nicht nur typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, die bei der Anwendung des § 107 BGB von vornherein außer Betracht bleiben können, wie etwa die mit dem Eigentumserwerb einhergehende Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten. Die Pflichten sind ihrem Umfang nach auch nicht begrenzt; ihre wirtschaftliche Bedeutung hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Ob sie für das Vermögen des Minderjährigen hinnehmbar sind, kann nicht abstrakt beurteilt werden, sondern erfordert eine entsprechende einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter (BGHZ 162, 137, 140 f.; ebenso BayObLG, NJW 2003, 1129; siehe auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3610 k; *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1795 Rdnr. 13).

2. Schon nach einer älteren Entscheidung des BGH vom 9.7.1980 (BGHZ 78, 28) war dann, wenn das schuldrechtliche

Geschäft dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, der gesetzliche Vertreter nicht etwa im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten, sofern mit der Übertragung des dinglichen Rechts rechtliche Nachteile verbunden sind. Damit sollte ein Insihgeschäft und der damit verbundene Interessenkonflikt in Fällen verhindert werden, in denen das Grundgeschäft zwar lukrativ, das Erfüllungsgeschäft hingegen mit rechtlichen Nachteilen für den Minderjährigen verbunden ist. Legt man diese Meinung zugrunde, bedarf es wegen Ausschlusses der Eltern von der gesetzlichen Vertretung der Bestellung eines Ergänzungspflegers.

3. Die Entscheidung des BGH vom 25.11.2004 (BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408) ist teilweise als Abkehr von der Gesamtbetrachtungslehre verstanden worden (vgl. *Wojci*, DNotZ 2005, 655, 659). Der BGH erachtete sie hingegen insoweit nur als Klarstellung bzw. „Abgrenzung“; für die der Entscheidung vom 9.7.1980 zugrundeliegende Fallgestaltung wurde sie bei dieser Gelegenheit nicht (siehe auch *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 22 a. E.), wohl aber dann im Beschluss vom 3.2.2005 (BGHZ 162, 137, 143 f.) aufgegeben. Dies hat der BGH jüngst ausdrücklich so bestätigt (BGH, NJW 2010, 3643).

4. Würde man eine Gesamtbetrachtung aus rechtssystematischen Gründen nämlich nicht anstellen, ergäbe sich nichts anderes über eine dann gebotene teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB: die Ausnahme („es sei denn, dass...“) greift dann nicht ein, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (vgl. BGHZ 162, 137, 142 f.; auch BGHZ 161, 170, 174; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 75). Damit ist die dingliche Übertragung eines Grundstücks an einen Minderjährigen isoliert zu betrachten und zu bewerten. Auf den Schuldgrund kommt es nicht an. Zwar ist das der Eigentumsübertragung zugrundeliegende Vermächtnis (§ 2174 BGB) für den Beteiligten zu 3 lediglich rechtlich vorteilhaft und die Auflassung dient ausschließlich der Erfüllung einer durch das Rechtsgeschäft von Todes wegen wirksam begründeten Verbindlichkeit. Gleichwohl können die Eltern des Beteiligten zu 3 die Auflassung für diesen nicht erklären, weil die in § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB geregelte Ausnahme von dem Vertretungsverbot nicht gilt. Zu berücksichtigen ist der Zweck der zitierten Bestimmungen, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden, wenn das in Erfüllung der Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führt. In diesem Fall trifft die Ausnahme vom Verbot des Insihgeschäfts, nämlich dass dieses ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 181 letzter Halbsatz BGB) und es deshalb zu keiner Interessenkollision kommen kann, nicht zu, so dass es bei dem grundsätzlichen Vertretungsverbot zu verbleiben hat. Dies gilt für die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit (§ 2174 BGB) gleichermaßen wie für die Erfüllung von Rechtsgeschäften unter Lebenden (*Feller*, DNotZ 1989, 66, 80). Damit bedarf es einer Genehmigung der Auflassung durch einen zu bestellenden Ergänzungspfleger gemäß § 1909 Abs. 1 BGB.

5. Die von der Beschwerde herangezogene Entscheidung des BayObLG vom 8.4.2004 (2Z BR 068/04 = Rpfleger 2004, 564) ist jedenfalls im Hinblick auf den Beschluss des BGH vom 3.2.2005 (BGHZ 162, 137 – Leitsatz c –) überholt.

16. BGB §§ 1796, 1909 Abs. 1 (*Vertretung eines minderjährigen Kindes durch seine Eltern im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren*)

Will die sorgeberechtigte Kindsmutter für ihr Kind eine Erbschaft ausschlagen, so kann für die Vertretung im gerichtlichen Genehmigungsverfahren nicht automatisch ein Interessenkonflikt angenommen werden. Soll ein Ergänzungspfleger bestellt werden, so müssen Feststellungen dazu getroffen werden, worin der konkrete Interessengegensatz zwischen Kindsmutter und Kind besteht und aufgrund welcher Umstände nicht zu erwarten ist, dass die Kindsmutter unabhängig vom Ausgang des Genehmigungsverfahrens die Interessen des betroffenen Kindes wahrzunehmen bereit und in der Lage ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.12.2010, 9 UF 61/10

Das betroffene minderjährige Kind steht unter alleiniger elterlicher Sorge der Kindsmutter. Nach Versterben der Frau S. L., der Großmutter väterlicherseits des Kindes, hat die Kindsmutter nach Erbausschlagung durch den Kindesvater und weitere mögliche Erben für das Kind A. M. ebenfalls die Erbausschlagung wegen Überschuldung des Nachlasses erklärt. Für diese Erklärung hat die Kindsmutter am 23.6.2009 beim AG Senftenberg um Genehmigung des Familiengerichts nachgesucht. Nach Durchführung verschiedener Ermittlungen zum Umfang des Nachlasses und zur Erbausschlagung weiterer möglicher Erben hat das AG Senftenberg – die Rechtspflegerin – die Kindsmutter schriftlich am 9.4.2010 und das Jugendamt mündlich am selben Tag davon informiert, dass eine Pflegerbestellung für A. M. für notwendig gehalten werde. Der Kindsmutter wurde mitgeteilt, sie könne im Genehmigungsverfahren ihre Tochter nicht wirksam vertreten. Es sei beabsichtigt, das Jugendamt als „Verfahrenspfleger“ zu bestellen. Dem hat die Kindsmutter mit Schreiben vom 21.4.2010 zugestimmt. Nach einem Vermerk der Rechtspflegerin soll eine Mitarbeiterin des Jugendamtes telefonisch geäußert haben, man könne sich dagegen nicht sperren.

Mit Beschluss vom 30.4.2010 hat sodann die Rechtspflegerin des AG Senftenberg das Jugendamt des Landkreises ... zum „(Verfahrens-)Ergänzungspfleger“ bestellt und zur Begründung angegeben, zur Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte der Minderjährigen sei ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Im Übrigen seien die Ermittlungen hinsichtlich des Nachlasswertes „ziemlich schwierig“.

Eine Grundlage für die Entscheidung ist in dem Beschluss genauso wenig benannt, wie eine Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist.

Gegen diesen Beschluss hat das Jugendamt des Landkreises ... mit am 20.5.2010 eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und in diesem Schriftsatz mitgeteilt, der Beschluss sei am 6.5.2010 zugestellt worden. Das Jugendamt ist der Ansicht, es bedürfe der Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht, weil die Kindsmutter nicht gehindert sei, das betroffene Kind im Verfahren zu vertreten.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Auf das Verfahren sind die Vorschriften des FamFG anzuwenden, da das Verfahren betreffend die Einsetzung eines Ergänzungspflegers nicht bereits mit dem vor dem 1.9.2009 eingeleiteten Verfahren auf Genehmigung der Erbausschlagung eingeleitet worden ist, sondern erst durch Verfügung der Rechtspflegerin vom 9.4.2010. Es handelt sich um eine Kindersache gemäß § 151 Nr. 5 FamFG. Das Rechtsmittel der Beschwerde ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft, da das Verfahren zur Anordnung einer Ergänzungspflegschaft mit dem Beschluss abgeschlossen worden ist, so dass eine Endentscheidung vorliegt (so auch KG, FamRZ 2010, 117).

Das Jugendamt hat die Beschwerde mangels abweichender Erklärung im eigenen Namen erhoben. Dass im Interesse des Kindes Beschwerde eingelegt werden sollte, wozu das

Jugendamt als bestellter Ergänzungspfleger befugt gewesen wäre, kann der Begründung im Schriftsatz vom 18.5.2010 jedenfalls nicht entnommen werden. Das Beschwerderecht des Jugendamtes ergibt sich aus § 59 Abs. 3 i. V. m. § 162 Abs. 3 Satz 2 FamFG. Die Monatsfrist gemäß § 63 Abs. 1 FamFG ist eingehalten worden, auch wenn sich die förmliche Zustellung des Beschlusses nicht feststellen lässt. Auch die Voraussetzung der Zulässigkeit nach § 61 FamFG liegt vor. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob das Verfahren für die Pflegerbestellung als solches eine vermögensrechtliche Angelegenheit ist, weil sie hier im Wesentlichen wirtschaftlichen Interessen dienen soll, nämlich der Prüfung, ob die Erbausschlagung wegen Überschuldung des Nachlasses genehmigungsfähig ist, oder ob es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt. Sollte es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handeln, ist von einem Wert i. H. v. 3.000 € auszugehen, da Anhaltspunkte für eine abweichende Wertfestsetzung nicht bestehen.

Der kaum begründete und in sich widersprüchliche Beschluss vom 30.4.2010 bedarf zunächst der Auslegung, um seinen Inhalt feststellen zu können. Aus dem letzten Satz der Entscheidung ergibt sich im Gegensatz zu dem Anschreiben an die Kindesmutter und zu dem Klammerzusatz im Entscheidungstenor, dass das AG einen Ergänzungspfleger gemäß § 1909 Abs. 1 BGB hat bestellen wollen. Die Reichweite der damit verbundenen Entziehung des elterlichen Sorgerechts der Kindesmutter und der Ergänzungspflegschaft lässt sich allerdings dem angefochtenen Beschluss selbst nicht entnehmen. Aus dem Anschreiben an die Kindesmutter und dem Vermerk der Rechtspflegerin vom 31.5.2010 lässt sich entnehmen, dass die Interessensvertretung des Kindes im Genehmigungsverfahren sowie die Entgegennahme von Zustellungen in diesem Verfahren durch den Pfleger wahrgenommen werden sollen. Der Wirkungskreis des Pflegers ist damit die Vertretung des Kindes im Genehmigungsverfahren über die Erbausschlagung.

Angesichts der äußerst dürftigen Begründung des Beschlusses und der Möglichkeit, ihn ausschließlich anhand im Beschluss nicht genannter Vermerke und Schreiben auslegen zu können, bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, ob er überhaupt Wirkung entfalten kann oder jedenfalls wegen erheblicher Mängel aufzuheben ist. Diese Frage kann aber dahinstehen, weil in der Sache ohnehin eine Pflegerbestellung zu Unrecht erfolgt ist.

Im Genehmigungsverfahren für die Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB, das zu den Angelegenheiten der elterlichen Sorge gemäß § 151 Nr. 1 FamFG gehört (*Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, 2. Aufl., § 151, Rdnr. 6) ist das Kind Verfahrensbeteiligter gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG. Das minderjährige Kind wird grundsätzlich durch die sorgeberechtigten Eltern bzw. den sorgeberechtigten Elternteil im gerichtlichen Verfahren einschließlich der Zustellungen vertreten, § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ein Ausschluss der Kindesmutter von der Vertretung des Kindes im vorliegenden Verfahren gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1795 BGB liegt hier nicht vor. Die Kindesmutter ist damit nicht von Gesetzes wegen an der Ausübung der elterlichen Sorge gehindert.

In Betracht kommt jedoch die Entziehung der Vertretungsmacht gemäß § 1629 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 1796 BGB. Nach diesen Vorschriften kann dem Elternteil die Vertretungsmacht für das Kind als Bestandteil der elterlichen Sorge insoweit entzogen werden, als ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Kind und vertretungsberechtigter Mutter vorliegt. Von einem solchen Interessengegensatz scheint das AG hier ausgegangen zu sein. In der Rechtsprechung wird dazu teil-

weise vertreten, im Genehmigungsverfahren betreffend einer Erbausschlagung bestünde grundsätzlich ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Elternteil und Kind, so dass immer die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Wahrnehmung der Verfahrensrechte des Kindes geboten sei (KG, FamRZ 2010, 1171). Dieser Bewertung vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen.

Die Vertretung des Kindes kann dem sorgeberechtigten Elternteil nur dann und nur insoweit entzogen werden, als ein erheblicher Interessengegensatz besteht und wenn zusätzlich nicht zu erwarten ist, dass die Kindesmutter trotz des Interessengegensatzes im Interesse des Kindes handelt (*Palandt/Diederichsen*, 69. Aufl., § 1629 Rdnr. 24; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 51; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 831; Münch-KommBGB/Huber, § 1629 Rdnr. 63). Derartige Interessengegensätze dürfen nicht allgemein vermutet werden, sondern müssen jeweils im Verfahren konkret festgestellt werden. § 1796 BGB setzt einen sich aus dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus (BGH, FamRZ 2008, 1156; OLG Stuttgart, FamRZ 2010, 223; FamVerf Schael; a. a. O. Rdnr. 93).

Zwar hat das BVerfG anlässlich einer Entscheidung, in der es im Wesentlichen um den gerichtlichen Schutz gegen Entscheidungen des Rechtspflegers bei nachlassgerichtlichen Genehmigungen ging, ausgeführt, im Regelfall könne das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden solle (BVerfGE 101, 397). Diese nicht in Bezug auf die gesetzliche Vertretung eines Kindes durch seine Eltern getroffene Entscheidung mag insoweit auch hier von Bedeutung sein, als in entsprechenden Genehmigungsverfahren ein besonderes Augenmerk auf die Feststellung eines evtl. Interessengegensatzes zwischen gesetzlichem Vertreter und Kind gerichtet werden muss. Allein die Annahme eines „typischen Interessengegensatzes“ besagt jedoch nicht, dass es auch im Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann. Sie kann nicht zwangsläufig zur Anordnung einer Pflegschaft führen, wie der BGH im Rahmen einer Entscheidung betreffend die Testamentsvollstreckung durch einen Elternteil ausgeführt hat (BGH, FamRZ 2008, 1156). Es sind vielmehr in jedem Einzelfall die Umstände zu ermitteln, die für einen Interessengegensatz sprechen können. Sodann sind diese gegen das Elternrecht auf Vertretung des Kindes und das Kindesinteresse abzuwägen, was im Einzelfall zur Entziehung der Vertretungsmacht und zur Bestellung eines Pflegers führen kann (anders KG, a. a. O., ohne Interessenabwägung im Einzelfall).

Im vorliegenden Fall hat das AG keinerlei Feststellungen dazu getroffen, worin der konkrete Interessengegensatz zwischen Kindesmutter und Kind bestehen soll und aufgrund welcher Umstände nicht zu erwarten sein soll, dass die Kindesmutter unabhängig vom Ausgang des Genehmigungsverfahrens die Interessen des betroffenen Kindes wahrzunehmen bereit und in der Lage ist. Insbesondere ist es hier nicht ersichtlich, dass andere als wohlverstandene wirtschaftliche Interessen des Kindes eine Rolle für die Entscheidung spielen könnten. So haben bereits der Witwer der Verstorbenen, deren drei Kinder, darunter der Vater des hier betroffenen Kindes, sowie die Mutter eines weiteren Kindes des Kindesvaters die Erbschaft wegen Überschuldung ausgeschlagen. Dass irgendwelche Erwägungen nicht wirtschaftlicher Art die Kindesmutter geleitet haben könnten, die Erbschaft auszuschlagen, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist über das persönliche Verhältnis von A. M. zur Familie ihres Vaters nichts bekannt. Dass sie im Falle der Annahme der Erbschaft überhaupt mit Mitgliedern der väterlichen Familie in Erbengemeinschaft erben könnte, ist nach dem derzeitigen Sachstand ebenfalls nicht ersichtlich. Anhaltspunkte

für die Feststellung eines erheblichen Interessengegensatzes bestehen danach über eine allgemeine typische Risikolage hinaus nicht. Jedenfalls sind irgendwelche Feststellungen dazu vor der Entscheidung nicht getroffen worden. Sie war deshalb aus formellen und materiellen Gründen aufzuheben. (...)

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 FamFG zugelassen, da dies zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. Das KG geht angesichts der bereits zitierten Entscheidung von einer grundsätzlichen Pflicht zur Bestellung eines Ergänzungspflegers aus. Gleiches dürfte für das OLG Oldenburg gelten, das grundsätzlich die Bestellung von Ergänzungspflegern für an Familienverfahren beteiligte Kinder für notwendig hält (vgl. OLG Oldenburg, FamRZ 2010, 660). Die Rechtsfrage ist im Übrigen auch in der Literatur umstritten (vgl. nur: DIJuF Rechtsgutachten vom 16.12.2009, JAmt 2010, 79).

17. BGB § 1812 Abs. 1 (*Betreuungsgerichtliche Genehmigung bei der Eigentümerzustimmung für die Löschung einer Hypothek*)

1. **Der Betreuer bedarf, wenn er für den Betroffenen die Eigentümerzustimmung zur Löschung einer Hypothek erklärt, nach § 1812 Abs. 1 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts.**
2. **Ein vom Betreuungsgericht im Hinblick auf das Rechtsgeschäft des Betreuers bereits erteiltes Negativattest bindet das Grundbuchamt nicht.**

OLG Hamm, Beschluss vom 25.10.2010, I-15 W 334/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Für den Beteiligten besteht eine bei dem AG Essen (74 XVII L 1191) geführte Betreuung, welche die Bereiche der Vermögensangelegenheiten, Gesundheitsfürsorge, Aufenthaltsbestimmung, Behörden- und Versicherungsangelegenheiten sowie Wohnungs- und Heimangelegenheiten umfasst. Betreuerin ist Rechtsanwältin O in F. Der Beteiligte ist als Eigentümer des im Grundbuch von Z1 Blatt ... verzeichneten Grundstücks (Ifd. Nr. 11 des Bestandsverzeichnisses) eingetragen. Das Grundstück ist mit einer in Abt ... Nr. ... des Grundbuchs verzeichneten Hypothek über 92.400 DM (47.243,37 €) zugunsten der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes O belastet. Am 24.3.2010 bewilligte die X Girozentrale in E als Rechtsnachfolgerin die Löschung des Grundpfandrechts. Rechtsanwältin O erklärte am 22.4.2010 in notariell beglaubigter Form (UR-Nr. ... des Notars X1 in F-T) als Betreuerin namens des Beteiligten die Zustimmung zur Löschung und beantragte die Löschung des Rechts.

Unter dem 23.4.2010 reichte der Notar X1 seine Urkunde vom 22.4.2010 nebst Löschungsbewilligung der Bank und einer beglaubigten Ablichtung der Betreuerbestellungsurkunde vom 17.9.2008 bei dem AG – Grundbuchamt – Essen ein und stellte den Antrag auf Löschung der Hypothek gemäß § 15 GBO. Mit Schriftsatz vom 19.5.2010 legte er ein Schreiben des Betreuungsgerichts vom 4.5.2010 vor, nach dem die Löschung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB nicht bedürfe.

Das Grundbuchamt beanstandete mit Zwischenverfügung vom 8.6.2010 die fehlende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, die nach §§ 1812, 1908 i BGB für die Zustimmung zu der Löschung des Grundpfandrechts erforderlich sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich Beschwerde des Beteiligten vom 10.6.2010.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 18.6.2010 nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts gerichtete Beschwerde ist nach §§ 71 Abs. 1, 73 GBO statthaft

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

Der Senat legt die Beschwerde dahingehend aus, dass diese im Namen des Beteiligten erhoben sein soll, der im Eintragungsverfahren gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt ist und seinen Antrag im Beschwerdewege weiter verfolgen kann. Die Bank hat auf eine Benachrichtigung über die Durchführung ihrer Löschungsbewilligung verzichtet und insoweit ersichtlich kein Beschwerdeinteresse. Demjenigen, der als Vertreter eines Beteiligten im Verfahren auftritt, steht kein eigenes Beschwerderecht zu. Dieser Grundsatz gilt für den Betreuer in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Betreuten und auch für den nach § 15 GBO mit vermunteter Vollmacht ausgestatteten Notar (*Budde* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 81; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdnr. 20, § 71 Rdnr. 63 ff.).

Die mithin zulässige Beschwerde des Beteiligten ist unbegründet.

Verfahrensrechtlich ist die angefochtene Zwischenverfügung zulässig. Im grundbuchrechtlichen Eintragungsverfahren kann eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO ergehen, wenn einem Eintragungsantrag ein Hindernis entgegen steht, welches der Antragsteller rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung beheben kann (BayObLGZ 1990, 6, 8; *Wilke* in *Bauer/von Oefele*, a. a. O., § 18 Rdnr. 9; *Demharter*, a. a. O., § 18 Rdnr. 8). Die nach Ansicht des Grundbuchamts erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist nachholbar, kann mithin Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

In der Sache beanstandet das Grundbuchamt die fehlende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Löschungszustimmung zu Recht.

Gemäß § 27 GBO darf eine Hypothek, außerhalb der Berichtigung bei nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs, nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks gelöscht werden. Die Eigentümerzustimmung ist ein Unterfall der Bewilligung nach § 19 GBO und unterliegt wie diese der grundbuchamtlichen Prüfung ihrer Wirksamkeit (*Kohler* in *Bauer/von Oefele*, a. a. O., § 27 Rdnr. 27 ff.). Wird der Eigentümer bei der Erklärung der Zustimmung (gesetzlich) vertreten, erstreckt sich die Prüfungspflicht des Grundbuchamts deshalb auch auf die Vertretungsbefugnis und etwaige behördliche oder gerichtliche Genehmigungserfordernisse.

Gemäß § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf der Betreuer in den Fällen der in Bezug genommenen Vorschriften der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Geht es um die Verfügung über eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, ergibt sich ein Genehmigungserfordernis aus § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zwar wegen Absatz 2 der Vorschrift nicht. Die Verfügung über ein Grundpfandrecht fällt jedoch in den Anwendungsbereich des § 1812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann der Betreuer über ein Recht, kraft dessen der Betreute eine Leistung verlangen kann, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen, wenn, wie es hier der Fall ist, kein Gegenvormund bestellt ist. Zu den Rechten, kraft deren eine Leistung verlangt werden kann, gehören u. a. die Hypo-

thehen, Grund- und Rentenschulden (vgl. MünchKommBGB/*Wagenitz*, 5. Aufl., § 1812 Rdnr. 18; *Staudinger/Engler*, Neub. 2004, § 1812 Rdnr. 23, jeweils m. w. N.).

Eine Vermögensverfügung in diesem Sinne ist vorliegend dem Löschantrag der Betreuerin vom 22.4.2010 zu entnehmen. Ist die Hypothek aufgrund Erlöschens der persönlichen Forderung auf den Beteiligten mit der Folge übergegangen, dass sie ihm als Eigentümerrecht zusteht (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB), so ist in dem Löschantrag die materiellrechtliche Aufhebungserklärung nach § 875 BGB zu sehen. Sollte die Löschantragbewilligung der Gläubigerin ihren Grund nicht in einer Befriedigung der persönlichen Forderung, sondern etwa in einer Aufhebung des Hypothekenrechts gemäß § 875 BGB haben, ist der mit dem Löschantrag zugleich erklärten Eigentümerzustimmung nach § 27 GBO die materiellrechtliche Zustimmung nach § 1183 BGB zu entnehmen. Dem Betreuten wird in beiden Fällen eine vermögenswerte Position entzogen, indem der Betreuer entweder die Eigentümergrundschuld oder die Anwartschaft auf Erlangung einer Eigentümergrundschuld zum Erlöschen bringt. Mit Blick auf den Schutz des Betreuten bedarf der Betreuer deshalb jedenfalls dann, wenn es – wie hier – um die Verfügung über ein nicht rangletztes Recht geht, der vorgeschriebenen Genehmigung (OLG Hamm, Rpfleger 1976, 309 m. w. N.; vgl. insbesondere auch BayObLGZ 1984, 218 = DNotZ 1985, 161, das dieselbe Auffassung weitergehend auch für rangletzte Grundpfandrechte vertritt; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3711, 3723).

Der vorgelegte Bescheid des Vormundschaftsgerichts vom 4.5.2010, nach dem eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (sog. Negativtest), bindet das Grundbuchamt in dem hier vorliegenden Fall nicht. Denn das Genehmigungserfordernis nach § 1812 Abs. 1 Satz 1 BGB dient gerade dem Schutz der Interessen des Betreuten und erfordert mithin zwingend eine sachliche Prüfung der Zweckmäßigkeit durch das Vormundschaftsgericht. Hat das Vormundschaftsgericht die Genehmigungsbedürftigkeit verneint, so hat es in erster Linie nur die Frage geprüft, ob das vorgelegte Rechtsgeschäft überhaupt einer Genehmigung bedarf, regelmäßig jedoch nicht, ob dadurch konkret schutzwürdige Interessen des Betreuten gefährdet werden (vgl. BGHZ 44, 325 = NJW 1966, 625; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1174 = FamRZ 2000, 117).

18. FamFG § 68, NEheG Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 2, EMRK Art. 14, 8 (*Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Abkömmlings*)

Aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes verbleibt es beim Ausschluss des Erbrechts vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Abkömmlinge, wenn ansonsten dem Erblasser nahe gestandene Erbprätendenten – hier die Ehefrau und eine Erbin zweiter Ordnung – in ihrem Erbrecht beschränkt bzw. vollständig verdrängt würden (Abgrenzung zu EGMR, Urteil vom 28.5.2009, Individualbeschwerde Nr. 3545/04, DNotZ 2010, 136).

KG, Beschluss vom 29.6.2010, 1 W 161/10

Die am ...1948 geborene Antragstellerin ist das nichteheliche Kind des Erblassers W. G., geb. am ... 1922, der am 1.5.2009 verstorben ist. Der Erblasser hatte entsprechend der Geburtsurkunde vom ... 1957 die Vaterschaft zu dem Kinde vor dem Notar Dr. L. in B.-S. anerkannt. Er war in zweiter Ehe mit Frau H. G., geb. H., verheiratet, die kinderlos geblieben ist. Eine Verfügung von Todes wegen wurde nicht hinterlassen.

Auf Antrag der Ehefrau hat das AG Wedding unter dem 17.12.2009 einen gemeinschaftlichen Erbschein erlassen, der als Erben seine Ehefrau zu $\frac{3}{4}$ und seine Nichte Frau M. E. D., geb. H., zu $\frac{1}{4}$ ausweist.

Die Antragstellerin beantragte mit Schriftsatz vom 18.1.2010 beim AG Wedding für sich einen Teilerbschein, der sie als Erbin zu $\frac{1}{2}$ ausweist. Ferner beantragte sie, den bereits erteilten Erbschein wegen Unrichtigkeit einzuziehen.

Das Nachlassgericht hat die Anträge mit Beschluss vom 4.2.2010 zurückgewiesen. Hiergegen hat die Antragstellerin am 3.3.2010 Beschwerde eingelegt, der das Nachlassgericht nicht abgeholfen hat. Es hat die Akten am 16.3.2010 dem KG zur Entscheidung vorgelegt. In seiner Nichtabhilfeentscheidung hat das AG unter Berücksichtigung des Urteils des EGMR vom 28.5.2009 (3545/04, DNotZ 2010, 136 ff.) darauf hingewiesen, dass nach einem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz vom 1.12.2009 für Erbfälle vor dem 28.5.2009 weiterhin die Vorschriften des BGB i. V. m. Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheG anzuwenden sind.

Aus den Gründen:

II.

(...) Die Beschwerde ist im Ergebnis nicht begründet.

Der Antragstellerin steht als nichtehelicher Tochter nach ihrem Vater kein Erbrecht zu. Dies folgt aus Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NEheG), da sie vor dem 1.7.1949 geboren wurde. Ihr konnte daher weder der beantragte Erbschein erteilt werden, noch konnte der den Beteiligten zu 1 und 2 erteilte Erbschein eingezogen werden.

Der Senat hat unter Berücksichtigung des Urteils des EGMR vom 28.5.2009–3545/04, DNotZ 2010, 136 ff. geprüft, ob die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheG im Lichte der EGMR-Entscheidung auch in dem vorliegenden zur Beurteilung anstehenden Fall gegen Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i. V. m. Art. 8 EMRK verstößt.

Er hat hierzu entsprechend der Verfügung des Senats vom 6.4.2010 zunächst Folgendes erwogen:

„(...) Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (veröffentlicht bei www.bmj.bund.de zu Zivilrecht/Erbrecht/Gesetzgebung Gleichstellung nichtehelicher Kinder) sieht als Folge der Entscheidung des EGMR nur eine Gleichstellung der nichtehelichen Kinder, die vor dem 1.7.1949 geboren sind, für Erbfälle nach dem Stichtag vom 28.5.2009 (Entscheidungsdatum) vor. Der vorliegende Erbfall datiert vom 1.5.2009. Für diese sieht der Referentenentwurf aus Gründen des Vertrauensschutzes keine Gesetzesänderung vor. Dies wird damit begründet, dass eine rückwirkende Entziehung der Erbenstellung verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre.

Das BVerfG (Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3408) hat hinsichtlich der Reichweite von Entscheidungen des EGMR u. a. ausgeführt:

„(...) Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – im Range eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427; BVerfGE 82, 106, 120 = NJW 1990, 2741 = NSTz 1990, 598). Diese Rangzuweisung führt dazu, dass deutsche Gerichte die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben. Die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sind allerdings in der deutschen Rechtsordnung aufgrund dieses Rangs in der Normenhierarchie kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1

BVerfGG). Ein Beschwerdeführer kann insofern vor dem BVerfG nicht unmittelbar die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen (vgl. BVerfGE 74, 102, 128 = NJW 1988, 45 = NSTz 1987, 275 m. w. N.; BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2004, 852 = EuGRZ 2004, 317, 318). Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427; BVerfGE 83, 119 [128] = NJW 1991, 1043 = NSTz 1991, 181; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 2001, 2245).“

Wenn nach dem Urteil des EGMR feststehen sollte, dass der Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf, dann ist das Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich i. S. v. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.11.2008, 1 BvL 4/08, BeckRS 2008 41121), was Voraussetzung für eine Richtervorlage an das BVerfG wäre. Die notwendige Prüfung der eventuellen Unanwendbarkeit der Vorschrift wegen Unvereinbarkeit mit Europarecht obliegt danach dem Senat.

(...) Hierbei ergeben sich Bedenken des Senats, ob die Erwägungen des Referentenentwurfs zum Vertrauensschutz mit der Entscheidung des EGMR zu vereinbaren ist, aus folgender Formulierung der Entscheidung (a. a. O., Tz. 44):

„Er (der EGMR, Anmerkung des Senats) ist insbesondere der Auffassung, dass unter Berücksichtigung des sich verändernden europäischen Umfelds, das er bei seiner notwendigerweise dynamischen Auslegung der Konvention (s. o. Tz. 40) nicht außer Acht lassen kann, der Gesichtspunkt des Schutzes des „Vertrauens“ des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen ist. Der EGMR hat bereits 1979 in seinem Urteil in der Sache Marckx (siehe EGMR, 1979, Serie A, Bd. 31 Nr. 54–59, NJW 1979, 2449) festgestellt, dass die Unterscheidung zwischen „nichtehelichen“ und „ehelichen“ Kindern im Erbrecht eine Frage nach Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK aufwirft.“

Diese Formulierung deutet darauf hin, dass dem im Referentenentwurf herausgehobenen Vertrauensschutz kein entscheidendes Gewicht zuzumessen ist. Zu prüfen ist daher, ob eine konventionskonforme einschränkende Auslegung zulässig ist, wonach die Ausschlussvorschrift nicht anzuwenden ist, wenn anderenfalls gegen die EMRK verstoßen würde (in diesem Sinne *Leipold*, ZEV 2009, 488, 492).

(...) Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht jedoch darin, dass im Gegensatz zu dem vom EGMR entschiedenen Fall, vorliegend eine Ehefrau und eine Erbin 2. Ordnung vorhanden sind. Die Nichtanwendung der Ausschlussvorschrift würde, wie dies von der Antragstellerin in ihrem Erbscheinsantrag vom 15.1.2010 beantragt wurde, bei gesetzlicher Erbfolge zu einem $\frac{1}{2}$ Anteil der Antragstellerin neben der Ehefrau führen. Im Ergebnis würde damit der Ehefrau ein $\frac{1}{4}$ Anteil und der Erbin 2. Ordnung ihr gesamter $\frac{1}{4}$ Anteil entzogen.

Hiergegen könnten im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.“

Nach Ansicht des Senats ist nach erneuter Beratung im vorliegenden Fall die vom EGMR beanstandete Bestimmung aus Vertrauensgesichtspunkten weiter anzuwenden.

Insoweit weist der Referentenentwurf zunächst zutreffend darauf hin, dass der EGMR mit Verweis auf das dem Konventionsrecht innewohnenden Prinzip der Rechtssicherheit nicht verlangt, dass Rechtslagen vor Verkündung des Urteils in Frage gestellt werden. Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung auch ausgeführt, dass die mit der umstrittenen Vorschrift verfolgten Ziele, nämlich die Gewährleistung von Rechtssicherheit und der Schutz des Erblassers und seiner Familie, berechtigt sind (a. a. O., Tz. 41).

Er hat dann weiter ausgeführt, dass unter Berücksichtigung des sich verändernden europäischen Umfeldes, das er bei seiner notwendigen dynamischen Auslegung der Konvention nicht außer Acht lassen kann, der Gesichtspunkt des „Vertrauens“ des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen ist (a. a. O., Tz. 43).

Der EGMR stellt ferner für die Bestimmung eines angemessenen Verhältnisses zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel auf drei für ihn entscheidungserhebliche Erwägungen ab: Auf die familiäre Verbindung zwischen dem Erblasser und seiner nichtehelichen Tochter, die er unmittelbar nach der Geburt anerkannte, zu der er trotz der durch die Teilung der beiden deutschen Staaten bedingten schwierigen Umstände immer regelmäßigen Kontakt gehabt habe und neben der weder eine Ehefrau noch Abkömmlinge ersten Grades vorhanden seien, sondern nur Erben dritter Ordnung, die er nicht gekannt habe, so dass der Gesichtspunkt des Schutzes des Vertrauens dieser fernen Angehörigen nicht in Betracht komme. Weiter wird auf die Problematik der Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern in der ehemaligen DDR eingegangen und als letztes auf die Nichtgewährung jeglicher finanzieller Entschädigung für den Ausschluss vom gesetzlichen Erbrecht durch Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG.

Im vorliegenden Fall ist der Sachverhalt nahezu identisch mit dem vom EGMR entschiedenen Fall, insbesondere was den Bezug zur in der ehemaligen DDR bestehenden Rechtslage angeht. Der entscheidende Unterschied ist jedoch vorliegend die Existenz einer Ehefrau und einer Erbin zweiter Ordnung, die nach der bisherigen Rechtslage als Erben berufen sind. Insoweit ist dem Gedanken des Vertrauensschutzes des Erblassers in die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage Rechnung zu tragen (vgl. eingehend OLG Stuttgart, FamRZ 2010, 674, 675 unter Hinweis auf die Rspr. des BVerfG). Das BVerfG sah einen sachlichen Grund für die Benachteiligung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder darin, dass das Vertrauen auf die Weitergeltung des alten Rechtszustands aus der Sicht des nichtehelichen Vaters und seiner Familie umso eher verständlich erschien, je älter die nichtehelichen Kinder und demgemäß die Väter und andere präsumtive Erblasser aus der väterlichen Familie waren (vgl. BVerfGE 44, 1, 34).

Zutreffend hat das OLG Stuttgart (a. a. O.) daher erhebliche Bedenken geäußert, ob überhaupt eine „völkerrechtskonforme“ Auslegung von Art. 12 Abs. 1 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheLG möglich ist, der eine klare Aussage und Entscheidung des Gesetzgebers enthält und keine Regelungslücke aufweist, die einer Auslegung zugänglich wäre. In diesem Falle trifft aber die deutschen Gerichte nicht die vorrangige Pflicht zur konventionsgemäßen Auslegung einer Vorschrift, die gerade keine Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet, sondern der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, diese zu ändern (BVerfG, NJW 2004, 3407).

Es muss daher im vorliegenden Fall hinsichtlich der Erbenstellung der Beschwerdeführerin bei der bisherigen Rechtslage bleiben.

Es bedarf keiner Entscheidung des Senats, ob den vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindern nicht eine „finanzielle Entschädigung“ zuerkannt werden könnte, deren Fehlen der EGMR ebenfalls gerügt hat. Insoweit hat der Deutsche Anwaltsverein durch den Erbrechtsausschuss in seiner Stellungnahme von April 2010, Nr. 18/10, angeregt, zu prüfen, ob die Benachteiligung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder nicht schon rückwirkend zum 1.4.1998 gemindert werden kann. Weiter heißt es: „Denkbar wäre etwa die Einführung eines Anspruchs gegen die Erben, der in Höhe und Ausgestaltung dem Pflichtteilsanspruch entspricht. Dieser ließe die Eigentumsstellung des Erben unberührt und belastet sie nur mit einem Geldanspruch. Dabei könnte dieser Anspruch ähnlich § 2329 BGB auf den Wert des noch vorhandenen Nachlasses beschränkt werden, um den auf die bisherige Rechtslage vertrauenden Erben Dispositionsschutz zu gewähren.“

Auch wenn eine entsprechende oder an einem Erbersatzanspruch orientierte schuldrechtliche Lösung vermeiden würde, dass weitere Anrufungen des EGMR in vergleichbaren Fällen erfolgen, obliegt eine diesbezügliche Gesetzesänderung dem Gesetzgeber. Der Senat hat hierüber vorliegend nicht zu befinden.

19. BGB § 2314 (*Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis*)

Eine notarielles Verzeichnis i. S. d. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB genügt den dort statuierten Anforderungen nur dann, wenn der Notar den Nachlassbestand eigenständig ermittelt hat und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, für den Inhalt verantwortlich zu sein.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10

Die Gläubiger haben gegen den Schuldner im August 2008 beim LG Saarbrücken eine Stufenklage erhoben und mit dieser auf der ersten Stufe Auskunftsansprüche als Pflichtteilsberechtigte gemäß § 2314 BGB geltend gemacht. Mit für vorläufig vollstreckbar erklärtem Teilerkenntnisurteil des LG Saarbrücken vom 12.2.2009 wurde der Schuldner verurteilt, Auskunft zu erteilen über den Bestand des Nachlasses des am ... 2008 verstorbenen R. W. durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses. Den Gläubigern wurde eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, welche dem Schuldner zugestellt wurde. Der Schuldner blieb untätig, und mit Schriftsatz vom 4.4.2009 beantragten die Gläubiger erstmals die Festsetzung eines Zwangsgelds. Der Schuldner legte hierauf ein vom Notar ... erstelltes Verzeichnis vom 8.4.2009 vor. Die Gläubiger hielten dieses für teilweise unvollständig, teilweise falsch. Das LG Saarbrücken setzte mit Beschluss vom 26.5.2009 antragsgemäß ein Zwangsgeld i. H. v. 500 € fest. Der Schuldner beglich es.

Mit Schriftsatz vom 5.10.2009 haben die Gläubiger einen erneuten Antrag gemäß § 888 ZPO gestellt. Der Schuldner hat Zurückweisung beantragt unter Verweis auf eine am 4.11.2009 notariell beurkundete Ergänzung. Das LG Saarbrücken hat mit Beschluss vom 19.1.2009 gegen den Schuldner ein weiteres Zwangsgeld i. H. v. 2.000 €, ersatzweise für den Fall der Nichtbeitreibbarkeit für je 500 € jeweils einen Tag Zwangshaft, festgesetzt. Es hat die bislang erteilten Auskünfte für nach wie vor unvollständig gehalten.

Der Schuldner hat gegen den am 29.1.2010 zugestellten Beschluss am 12.2.2010 sofortige Beschwerde eingelegt. Er hat im Wesentlichen auf verschiedene von ihm selbst eingeholte weitere Mitteilungen anderer Stellen sowie auf (noch laufende) Anfragen an französische Banken verwiesen. Die Kläger beantragen Zurückweisung der sofortigen Beschwerde.

Das LG hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 10.3.2010 nicht abgeholfen und die Sache dem Saarländischen OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Der Rechtsbehelf des Schuldners ist als sofortige Beschwerde gemäß §§ 793, 891, 888 ZPO statthaft und zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet. (...) Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 704 Abs. 1, 724, 725, 750 Abs. 1 ZPO lagen vor.

Das LG hat dem Vollstreckungsantrag der Gläubiger nach § 888 ZPO zu Recht stattgegeben.

Die dem Beschluss zugrundeliegende Verpflichtung, Auskunft zu erteilen durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses, betrifft eine nach § 888 ZPO zu vollstreckende unvertretbare Handlung (OLG Köln, Beschluss vom 29.8.2008, 2 W 66/08).

Der Schuldner hat seine Verpflichtung nicht erfüllt (zur Berücksichtigung des Erfüllungseinwands im Zwangsvollstreckungsverfahren siehe BGH, GuT 2005, 256 betreffend § 887 ZPO; BGH, NJW 2008, 2919, betreffend § 888 ZPO). Er hat – schon im Zusammenhang mit dem ersten Vollstreckungsantrag der Gläubiger – mit Schriftsatz vom 20.4.2009 die Urkunde des Notars ... vom 8.4.2009 vorgelegt, sodann eine Ergänzung mit notarieller Urkunde vom 4.11.2009, diese wiederum ergänzt durch die Vorlage einer schriftlichen Anfrage an eine französische Notarin und durch Ausführungen im Beschwerdeschriftsatz vom 12.2.2010 mit beigefügten weiteren Schreiben u. a. zu Auskunftsanforderungen bei französischen Banken.

Die ihm mit dem Teilerkenntnisurteil auferlegte Verpflichtung, Auskunft zu erteilen durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses, hat der Schuldner mit diesen Erklärungen nicht erfüllt.

Die bloße Beurkundung von Erklärungen des Auskunftspflichtigen ist kein notarielles Verzeichnis i. S. d. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ein solches soll eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft bieten und genügt deshalb den Anforderungen des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nur dann, wenn der Notar den Nachlassbestand selbst und eigenständig – wenn auch zunächst ausgehend von Angaben des Auskunftspflichtigen – ermittelt hat und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, für den Inhalt verantwortlich zu sein (*Erman/Schlüter*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 2314 Rdnr. 5). Er darf sich nicht darauf beschränken, Angaben des Erben wiederzugeben und von diesem vorgelegte Belege auf Plausibilität zu prüfen, selbst wenn er den Erben über seine Vollständigkeits- und Wahrheitspflicht belehrt hat. Eine sich hierin erschöpfende Urkunde ist kein notarielles Nachlassverzeichnis (vgl. OLG Celle, DNotZ 2003, 62; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2314 Rdnr. 41; *Birkenheier* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 2314 Rdnr. 45).

Weder das notarielle Verzeichnis vom 8.4.2009 noch seine Ergänzung vom 4.11.2009 tragen den vorstehend definierten Anforderungen Rechnung. Schon dem Wortlaut nach enthalten die Urkunden keine eigenständige Feststellung des Notars dazu, dass weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden und weitere Verbindlichkeiten nicht festzustellen seien (hierzu OLG Köln, Beschluss vom 29.8.2008, 2 W 66/08). Der Notar beschränkt sich vielmehr auf die Auflistung dessen, was ihm vorgelegt worden ist, und stützt sich allein auf Angaben des

Erben sowie eine Einsicht in Grundbuchunterlagen bezüglich des in Deutschland belegenen Grundvermögens.

Hinzu kommt, dass die (beurkundeten) Angaben des Erben als solche der Formulierung nach gar keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. So heißt es auf Seite 10 der Urkunde vom 7.11.2009 bezüglich sieben Bankkonten bei französischen Banken sowie einer „unbekannten Bank“, der Rechtsanwalt des Schuldners habe eine Notarin beauftragt, Auskünfte einzuholen. Mit der Ankündigung, sich Informationen erst einmal selbst zu beschaffen, kann der Schuldner seiner Auskunftspflicht aber naturgemäß nicht Genüge tun. Dieser Mangel ist noch immer nicht behoben. Der Schuldner trägt in seinem Beschwerdeschriftsatz vom 12.2.2010 vor, (bislang nur zum Teil beantwortete) Anfragen an Dritte – unter anderem an französische Banken – gerichtet zu haben und räumt damit die Unvollständigkeit der Auflistung der Nachlassgegenstände in den notariellen Urkunden ein. Unabhängig davon, dass es nicht den Gläubigern obliegt, sich aus einer Mehrzahl von Erklärungen das nach dem Vollstreckungstitel vorzulegende Bestandsverzeichnis selbst zusammen zu stellen, ist all dies zur Erfüllung des titulierten Anspruchs nicht geeignet. Die vom Schuldner vorgelegten notariellen Urkunden sind unzureichend, die in der Absicht der Komplettierung abgegebenen (und zudem ihrerseits unvollständigen) weiteren schriftsätzlichen Ergänzungen wiederum sind kein notarielles Verzeichnis (in diesem Sinne für einen ähnlich gelagerten Fall OLG Köln, Beschluss vom 29.8.2008, 2 W 66/08). Soweit der Festsetzung eines Zwangsgelds entgegenstehen könnte, dass es dem Schuldner trotz intensiver Bemühungen nicht möglich gewesen wäre, der titulierten Auskunftspflicht zu entsprechen (zu diesem Aspekt siehe OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 584), sind Anhaltspunkte hierfür nicht erkennbar.

Der Anordnung eines Zwangsgelds steht nicht entgegen, dass die Gläubiger vorrangig darauf zu verweisen wären, auf der nächsten Stufe ihrer Stufenklage nunmehr eine eidesstattliche Versicherung zur vollständigen und richtigen Auskunftserteilung zu verlangen. Hier geht es nicht darum, dass Grund zu der Annahme bestünde, die Auskünfte seien unrichtig oder materiell unvollständig, vielmehr fehlt es bereits an einer formal ordnungsgemäßen Erteilung.

Die Höhe des vom LG festgesetzten Zwangsgeldes und die Dauer der für den Fall seiner Uneinbringlichkeit ersatzweise verhängten Zwangshaft begeben keinen Bedenken (zum Ermessen bei der Bestimmung der Zwangsgeldhöhe vgl. LAG Berlin, AP § 888 ZPO Nr. 9; siehe auch OLG Hamm, FamRZ 2010, 222). Kriterien für die Zwangsgeldbemessung sind insbesondere das Interesse des Gläubigers an der Durchsetzung der titulierten Forderung und die Hartnäckigkeit, mit der der Schuldner die Erfüllung der Verbindlichkeit unterlässt. Richtschnur für das Vollstreckungsinteresse bildet der Streitwert für das Hauptsacheverfahren (OLG Köln, OLGR Köln 2009, 675; zu den Kriterien der Zwangsgeldsbemessung auch OLG München, NJW-RR 1992, 704). Gemessen daran, ist der vom LG festgesetzte Betrag insbesondere im Hinblick auf das bisherige ausweichende und hinauszögernde Verhalten des Schuldners und den Umstand, dass es sich bereits um die zweite Vollstreckungsmaßnahme handelt (zu diesem Aspekt OLG Köln Beschluss vom 29.8.2008, 2 W 66/08), jedenfalls nicht unverhältnismäßig. (...)

Anmerkung:

1. Das notarielle Nachlassverzeichnis war noch vor ca. zehn Jahren in der Praxis wenig bekannt und auch nur sehr selten Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Obwohl in den letzten Jahren nun zahlreiche Entscheidungen hierzu organ-

gen sind und es sich beim vorliegenden Beschluss des OLG Saarbrücken primär um eine vollstreckungsrechtliche Entscheidung handelt, ist die Entscheidung im Hinblick auf die an ein notarielles Verzeichnis zu stellenden Anforderungen auch für den Notar von Interesse.

2. Wichtig für den Auskunftsschuldner wie den Notar ist dabei: Wird das notarielle Verzeichnis fehlerhaft errichtet, liegt unter Umständen kein notarielles Nachlassverzeichnis i. S. v. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB und damit keine Erfüllung des Auskunftsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten vor.¹ Ein derart schwerwiegender Fehler wird angenommen, wenn der wiedergegebene Nachlassbestand nicht selbst vom Notar ermittelt wurde oder wenn der Notar nicht die Vollständigkeit des Verzeichnisses überprüft hat.

Letzteres beruht in der Regel auf der Verkenning des Umstands, dass das notarielle Nachlassverzeichnis nicht die Beurkundung einer Willenserklärung des Auskunftsschuldners, sondern eine Tatsachenbeurkundung² ist, bei der den Notar eigene Ermittlungspflichten treffen und der Notar den Bestand des Nachlasses selbst zu verzeichnen hat.³ Insoweit bringt die Entscheidung des OLG Saarbrücken nichts Neues bzw. stellt keine neuen Anforderungen. Dies entspricht vielmehr dem Standpunkt der herrschenden Rechtsprechung⁴ und Literatur⁵.

3. Die Anforderungen an die Ermittlungspflichten des Notars dürfen allerdings nicht überspannt werden.⁶ Denn der Notar verfügt weder über detektivische Kenntnisse noch über prophetische Fähigkeiten. Insoweit ist es kritisch zu sehen, wenn das OLG (beiläufig) meint, der Notar dürfe sich nicht darauf beschränken, die Angaben des Erben kritisch zu hinterfragen und auf Plausibilität zu prüfen.⁷ Denn bei redlich erscheinenden Auskunftspflichtigen wird er genau dies regelmäßig tun – schon allein mangels Alternative. Legt z. B. der Erbe eine geordnete Zusammenstellung der Konten des Erblassers und der darauf befindlichen Guthaben vor, hat der Notar selbst keine besseren Erkenntnismöglichkeiten. Er kann nicht alle Banken und Kreditinstitute im In- und Ausland anschreiben, um das Vorhandensein weiterer Konten zu erfragen, ganz abgesehen davon, dass er kein eigenes Auskunftsrecht gegenüber diesen Instituten hat. Es ist dem Notar außerdem nicht zuzumuten, die Wohnung des Erblassers – sofern diese überhaupt noch vorhanden ist – zu durchforsten und nach Hinweisen auf andere Bankverbindungen zu untersuchen. Der Notar wird sich vielmehr darauf beschränken, den Verpflichteten unter Hinweis auf seine Wahrheitspflicht nach dem Vorhandensein weiterer Konten, Depots, Beteiligungen (etwa an Gesellschaften) oder privaten Forderungen des Erblassers zu befragen und im Falle einer negativen Auskunft des

¹ Vgl. Schlitt/Müller/G. Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rdnr. 167 m. w. N.

² In der Regel erfolgt die Aufnahme des Verzeichnisses in einer berichtenden Urkunde gemäß §§ 36, 37 BeurkG, wobei die weitergehende Form der §§ 8 ff. BeurkG für zulässig erachtet wird; Braun, MittBayNot 2008, 351, 354.

³ Vgl. OLG Celle, DNotZ 2003, 62 ff. m. Anm. Nieder.

⁴ OLG Celle, DNotZ 2003, 62 ff. m. Anm. Nieder; OLG Düsseldorf, RNotZ 2008, 105 ff.; LG Aurich, NJW-RR 2005, 1464.

⁵ Vgl. Nieder, ZErB 2004, 60, 63; Gutachten DNotI-Report 2003, 137 ff.; Braun, MittBayNot 2008, 351 ff.; Schreiner, RNotZ 2008, 61 ff.

⁶ Vgl. Zimmer, ZEV 2008, 365 ff.; Nieder, DNotZ 2003, 64.

⁷ Großzügiger insoweit OLG Karlsruhe, ZEV 2007, 329 ff. m. Anm. Keim, wonach sich der Notar „vorrangig auf vom Beklagten beizubringende Angaben und Unterlagen stützen kann und stützen muss.“

Auskunftspflichtigen den Vorgang entsprechend im Nachlassverzeichnis niederzulegen.⁸

Das notarielle Verzeichnis zeichnet sich folglich nicht notwendigerweise dadurch aus, dass es in jedem Fall richtiger und vollständiger ist als ein privates Nachlassverzeichnis des Erben. Der Auskunftsberechtigte kann jedoch erwarten, dass der Notar die nach den Umständen erforderlichen und möglichen Ermittlungen angestellt sowie ihm bekannte Lücken des Verzeichnisses dokumentiert hat.⁹ Dies war im vorliegenden Fall allein wegen der Konten im Ausland offensichtlich nicht gegeben.

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

⁸ Braun, MittBayNot 2008, 351, 355 mit Formulierungsbeispiel.

⁹ Braun, MittBayNot 2008, 351.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

20. AktG §§ 121, 123; EGAktG § 16 (*Hinterlegungsbestimmungen nach alter Rechtslage in der Satzung einer AG*)

Eine nicht an § 123 AktG in der Fassung der UMAG angepasste Satzung einer AG führt zur Geltung der Hinterlegungsregelungen neben den Regelungen des Record Date. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 22.12.2010, 7 U 2251/10

Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der mit seiner Berufung seinen erstinstanzlichen Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit von Tagesordnungspunkt 5 des Beschlusses vom 13.7.2006 weiterverfolgt.

Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 22.9.2010 durch Versäumnisurteil die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des LG München I vom 17.12.2009 zurückgewiesen. Gegen das am 28.9.2010 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 12.10.2010, bei Gericht eingegangen am selben Tag, Einspruch eingelegt.

Der Kläger beantragt nunmehr

- das Versäumnisurteil vom 22.9.2010 aufzuheben
- das Urteil des LG München I vom 17.12.2009 abzuändern und unter Aufhebung des Versäumnisurteils des LG München I vom 8.10.2009 festzustellen, dass der in der Hauptversammlung der Beklagten vom 13.7.2006 unter Punkt 5 der Tagesordnung gefasste Beschluss nichtig ist:

„§ 12 Abs. 1 und 2 der Satzung wird wie folgt neu gefasst:

(1) Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sind nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die sich rechtzeitig angemeldet und ihre Berechtigung durch Nachweis des Anteilsbesitzes nachgewiesen haben.

(2) Die Anmeldung und der Nachweis müssen der Gesellschaft spätestens am siebten Tag vor der Versammlung zugehen. Ist dieser Tag ein Samstag oder Sonntag oder ein am Ort des Sitzes der Gesellschaft gesetzlicher anerkannter Feiertag, müssen Anmeldung und Nachweis der Gesellschaft am vorhergehenden Werktag zugehen. Die Anmeldung erfolgt in Textform in deutscher oder englischer Sprache unter der in der Einberufung hierfür mitgeteilten Adresse. Der Nachweis des jeweiligen Aktionärs über den Anteilsbesitz ist durch eine in Textform in deutscher oder englischer Sprache erstellte Bescheinigung des depotführenden Instituts zu erbringen. Der Nachweis hat sich auf den gesetzlich festgelegten Stichtag zu beziehen.“

Die Beklagte beantragt demgegenüber die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils vom 22.9.2010.

Aus den Gründen:

Das Versäumnisurteil des OLG München vom 22.9.2010 wird aufrechterhalten, da die (zulässige) Berufung des Klägers unbegründet ist.

Der Senat hat bereits im Verfahren 7 U 2358/07 (= NZG 2008, 236) ausgeführt, dass die alten statutarischen Hinterlegungsregelungen neben die neuen zwingenden Regelungen des Record Date gemäß § 123 Abs. 3 Satz 2 und 3 AktG treten. Diesem Erfordernis habe die Einladung der Beklagten zur Hauptversammlung Rechnung getragen, so dass kein Verstoß gegen § 121 Abs. 3 Satz 2 AktG vorliege und deshalb auch die von den (dortigen) Klägern und Berufungsführern erhobenen Nichtigkeitsklagen bezüglich des in der Hauptversammlung gefassten Beschlusses keinen Erfolg haben können.

Der Senat hält an dieser Auffassung weiterhin fest, zumal auch der BGH im o. g. Verfahren die Nichtzulassungsbeschwerde u. a. mit folgender Begründung zurückgewiesen hat:

„Es ist durch die übereinstimmende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte geklärt und jedenfalls nicht mehr klärungsbedürftig, dass nach § 16 Satz 2 EGAktG neben der Regelung über den Nachweis in § 123 Abs. 3 AktG i. d. F. des UMAG bis zur Anpassung der Satzung auch eine bestehende Satzungsregelung für die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts – mit der Maßgabe, dass für den Zeitpunkt der Hinterlegung oder der Ausstellung eines sonstigen Legitimationsnachweises auf den Beginn des einundzwanzigsten Tages vor der Versammlung abzustellen ist – fortgalt ...“ (vgl. BGH, Beschluss vom 7.12.2009, II ZR 239/08). Der BGH hat diese Rechtsauffassung ausdrücklich im Beschluss vom 31.5.2010 (II ZR 105/09) bestätigt. Der BGH weist auch darauf hin, dass ein Klärungsbedarf nicht dadurch entstehe, dass der (dortige) Kläger zahlreiche Klagen mit seiner abweichenden Auffassung begründet hat.

Der Auffassung des Klägers, wonach die Regelungen des § 123 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG n. F. auch nach Inkrafttreten des UMAG am 1.11.2005 solange nicht gelten, wie die Beklagte keine dem § 123 Abs. 3 Satz 1 AktG n. F. entsprechende Satzungsklausel aufgenommen hat, ist demnach nicht zu folgen.

§ 123 Abs. 2 und 3 n. F. AktG gelten für alle Hauptversammlungen, die nach dem 1.11.2005 einberufen werden, § 16 Satz 1 EGAktG.

Wenn eine börsennotierte Gesellschaft ihre Satzung noch nicht an die neue Gesetzeslage angepasst hat, sondern diese entsprechend der vormaligen Rechtslage noch Hinterlegungsbestimmungen enthält, gilt diese Regelung mit der Maßgabe fort, dass der für die Hinterlegung maßgebliche Zeitpunkt der Beginn des 21. Tages vor dem Tag der Hauptversammlung ist, § 16 Satz 2 EGAktG. Neben der nach wie vor fakultativen (§ 123 Abs. 3 Satz 1 AktG n. F.), wenngleich ubiquitären Hinterlegungsmöglichkeit kann ein Aktionär seine Berechtigung zur Hauptversammlungsteilnahme nunmehr immer mittels eines von seinem depotführenden Institut erstellten Nachweises belegen, der den Aktienbestand zum Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung (sog. Record Date) bestätigt, § 123 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG (vgl. *Kiefner/Zetsche* ZIP, 2006, 551; *Butzke*, WM 2005, 1981). Den Aktionären sind bis zur Änderung der Satzung entsprechend der neuen Gesetzesfassung beide Legitimationsmittel zur Verfügung zu stellen (vgl. *Schmidt/Lutter*, AktG, 2008, § 123 Rdnr. 36). Dies gilt auch, wenn die bisherige Satzung nur ein Hinterlegungserfordernis

festschreibt. § 16 Satz 2 EGActG ist entgegen der Auffassung des Berufungsführers nicht so zu verstehen, dass § 123 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG n. F. nur dann eingreift, wenn die bisherige Satzung auch Regelungen über die Ausstellung eines sonstigen Legitimationspapiers enthält. Die Bestimmung des § 123 Abs. 3 AktG, die nach § 16 Satz 1 EGActG bereits für alle Hauptversammlungen gelten soll, die nach dem 1.11.2005 einberufen werden, wird durch die Regelung des § 16 Satz 2 EGActG nicht abbedungen (vgl. *Butzke*, WM 2005, 1981; *Kiefner/Zetschke*, a. a. O.; *Priester*, DNotZ 2006, 403; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 123 Rdnr. 15).

Das Versäumnisurteil vom 22.9.2010 war daher aufrechterhalten. (...)

21. HGB §§ 108, 177, BGB § 2204 (*Handelsregisteranmeldung durch Testamentsvollstrecker*)

Der lediglich mit der Aufgabe der Abwicklung des Nachlasses ernannte Testamentsvollstrecker ist zur Anmeldung des Gesellschafterwechsels im Wege der Sondererfolge in den Kommanditanteil des Erblassers nicht befugt.

OLG Hamm, Beschluss vom 10.12.2010, I-15 W 636/10

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abrufbar unter BeckRS 2011, 04512.

22. GmbHG § 58 a; AktG § 229 (*Vereinfachte Kapitalherabsetzung*)

In dem Beschluss der Gesellschafter einer GmbH über eine vereinfachte Kapitalherabsetzung muss in sinnvoller Anwendung des § 229 Abs. 1 Satz 2 AktG der Zweck der Kapitalherabsetzung angegeben werden (wie BayObLGZ 1979, 4).

OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2010, I-15 W 191/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

23. BGB §§ 138 Abs. 1, 339; GG Art. 12 Abs. 1; GWB § 1 (*Nichtigkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung*)

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit eines GmbH-Gesellschafters, der durch ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot bewirkt wird, das in gegenständlicher Hinsicht über die schützenswerten Interessen der Gesellschaft hinausgeht und den verpflichteten Gesellschafter übermäßig beschränkt, kann nicht durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung gerechtfertigt werden, wonach durch Gesellschafterbeschluss Befreiung von dem Wettbewerbsverbot erteilt werden kann.

OLG München, Urteil vom 11.11.2010, U (K) 2143/10 (n. rkr.)

Die Klägerin, eine Holdinggesellschaft mit beschränkter Haftung, macht gegen den Beklagten, der Gesellschafter der Klägerin mit einem Stammkapitalanteil von 20 % ist, einen Vertragsstrafenanspruch gemäß § 15.5 i. V. m. § 15.2 des Gesellschaftsvertrags vom 9.7.2005 wegen Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot durch Entwicklung und Vertrieb eines angeblichen Konkurrenzproduktes (Gerät P. N. -01 PC) im Zeitraum 27.10.2008 bis 31.12.2008 geltend.

§ 15 des Gesellschaftsvertrags vom 9.7.2005 lautet auszugsweise wie folgt:

„2. Alle Gesellschafter unterliegen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter nach Maßgabe der folgenden Vorschriften einem Wettbewerbsverbot; ebenso unterliegen alle Geschäftsführer – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen im Zusammenhang mit deren Anstellungs- oder Dienstverträgen – einem Wettbewerbsverbot. Dementsprechend ist es den Gesellschaftern und den Geschäftsführern nicht gestattet, unmittelbar oder mittelbar, in eigenem oder fremdem Namen, für eigene oder fremde Rechnung, selbständig oder unselbständig in einem Betrieb tätig zu sein, der dem Betrieb einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Gesellschaft gleichartig ist oder mit ihm im Wettbewerb steht oder stehen könnte oder im wesentlichen Umfang Geschäftsbeziehungen mit einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft unterhält. Wesentlich in diesem Sinne sind Geschäftsbeziehungen mit Leistungsvergütungen im Wert von mindestens € 10.000,00 p. a. Unzulässig ist insoweit auch eine freiberufliche oder beratende Tätigkeit. In gleicher Weise ist ihnen untersagt, sich an einem solchen Betrieb zu beteiligen oder einen solchen Betrieb zu beraten oder ihn in anderer Weise zu fördern, auch nicht mittelbar, nicht vorübergehend gelegentlich oder unentgeltlich.

(...)

4. Räumlich ist das Wettbewerbsverbot auf eine Tätigkeit in der Europäischen Union, Nordamerika und Asien beschränkt, da die Gesellschafter einvernehmlich davon ausgehen, dass dort die Hauptaktivitäten der Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Gesellschaft sein werden.

(...)

Durch Gesellschafterbeschluss kann Befreiung von dem vorstehenden Wettbewerbsverbot erteilt werden. Im Falle eines Verstoßes gegen das vorgenannte Wettbewerbsverbot hat der Zuwiderhandelnde für jeden Fall des Verstoßes eine Vertragsstrafe von € 50.000,00 zu zahlen. Je zwei Wochen eines fortgesetzten Verstoßes gelten als selbständiger und unabhängiger Verstoß. Das Recht, Schadensersatz oder Unterlassung zu verlangen, wird durch die Zahlung der Vertragsstrafe nicht berührt; sie wird jedoch auf den Schadensersatz angerechnet. Statt Schadensersatz und Vertragsstrafe kann die Gesellschaft nach ihrer Wahl auch die Rechte des § 113 HGB geltend machen, die insoweit ausdrücklich für anwendbar erklärt werden.“

Das LG hat die Klage mit Urteil vom 10.2.2010 mit der Begründung abgewiesen, das vereinbarte Wettbewerbsverbot sei in seiner umfassenden Wirkung nichtig, da es zum einen gegen § 1 GWB, zum anderen gegen das Grundrecht der freien Berufsausübung verstoße.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin.

Aus den Gründen:

I.

(...)

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Vertragsstrafenanspruch nicht gemäß § 339 Satz 2 BGB i. V. m. 15.5 des Gesellschaftsvertrags vom 9.7.2005 zu, weil das in § 15.2 des Gesellschaftsvertrags vereinbarte Wettbewerbsverbot gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist und dies die Nichtigkeit der Vertragsstrafenvereinbarung nach sich zieht (§ 344 BGB).

a) Grundsätzlich können allerdings Wettbewerbsverbote für Gesellschafter einer GmbH in der Satzung vereinbart werden (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 13, juris m. w. N.). Sie sind jedoch zum einen nur in den von § 1 GWB und von Art. 101 Abs. 1 AEUV (= Art. 81 Abs. 1 EG a. F.) vorgegebenen Grenzen zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 23.6.2009, KZR 58/07, Tz. 14 ff., juris – *Gratiszeitung Hallo*). Zum anderen sind gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbote am Maßstab von Art. 12 GG, § 138 Abs. 1 BGB zu messen, weil sie regelmäßig die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters berühren. Mit Rücksicht auf die insbesondere bei der Auslegung

der zivilrechtlichen Generalklauseln zu beachtenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen – hier für die freie Berufsausübung – ist ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot nur zulässig, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über die schützenswerten Interessen des Begünstigten hinausgeht und den Verpflichteten nicht übermäßig beschränkt (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 13, juris m. w. N.). Ob ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot den genannten Anforderungen entspricht, ist aufgrund einer Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere des mit dem Wettbewerbsverbot verfolgten Zwecks, zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 13, juris m. w. N.). Ist ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot wegen Überschreitung des in räumlicher oder gegenständlicher Hinsicht Zulässigen nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, kommt es auf eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung im Außenverhältnis nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 23.6.2009, KZR 58/07, Tz. 31, juris – *Gratiszeitung Hallo* m. w. N.; BGH, Urteil vom 10.12.2008, KZR 54/08, Tz. 23 f., juris – *Subunternehmervertrag II*).

b) Nach diesen Grundsätzen ist das in § 15.2 des Gesellschaftsvertrages vom 9.7.2005 vereinbarte Wettbewerbsverbot gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil es in gegenständlicher Hinsicht über die schützenswerten Interessen der Klägerin hinausgeht und den Beklagten übermäßig beschränkt. Das Wettbewerbsverbot bezieht sich auf jegliche unmittelbare oder mittelbare Tätigkeit – sei es im eigenen oder fremden Namen, für eigene oder fremde Rechnung, selbständig oder unselbständig – in einem Betrieb, der dem Betrieb einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Klägerin „gleichartig ist oder mit ihm in Wettbewerb steht oder stehen könnte oder im wesentlichen Umfang Geschäftsbeziehungen mit einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Klägerin unterhält“. Die Regelung nimmt Bezug auf den Betrieb aller derzeitigen und/oder künftigen Tochter- oder Beteiligungsgesellschaften der Klägerin mit beliebigen Unternehmensgegenständen und verwehrt dem Beklagten nicht nur jegliche Tätigkeit in einem Betrieb, der mit dem Betrieb einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Klägerin in Wettbewerb steht, sondern darüber hinaus auch jegliche Tätigkeit in einem Betrieb, der dem Betrieb einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Klägerin gleichartig ist oder mit ihm in Wettbewerb stehen könnte oder im wesentlichen Umfang Geschäftsbeziehungen mit einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft der Klägerin unterhält. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass mit dem Wettbewerbsverbot die Entwicklung und der Vertrieb sämtlicher medizinischer Analysegeräte einschließlich z. B. Fieberthermometer ausgeschlossen werden sollte, d. h. auch die Entwicklung und der Vertrieb solcher Geräte, die mit den von klägerischen Tochter- oder Beteiligungsgesellschaften entwickelten und vertriebenen Geräten nicht austauschbar (substituierbar) sind. Ein derart ausgedehntes Wettbewerbsverbot wird nicht durch den legitimen Zweck gerechtfertigt zu verhindern, dass die Gesellschaft durch einen Gesellschafter von innen her ausgehöhlt und ihrer wirtschaftlichen Existenzgrundlage beraubt wird (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 16, juris m. w. N.), sondern schaltet in zu missbilligender Weise in weitergehendem Umfang Wettbewerb aus (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 17, juris m. w. N.). Bei der gebotenen Abwägung ist ferner zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, dass es sich bei ihm – der Beklagte war weder Geschäftsführer der Klägerin noch ist er dies – nicht um einen Gesellschafter handelt, der kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Befugnisse gemäß dem Gesellschaftsvertrag in

der Lage wäre, strategisch wichtige Entscheidungen der Klägerin zu blockieren (vgl. zu diesem Kriterium BGH, Urteil vom 23.6.2009, KZR 58/07, Tz. 18, juris – *Gratiszeitung Hallo*). (...)

Daran ändert auch die Regelung des § 15.5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages vom 9.7.2005 nichts, wonach durch Gesellschafterbeschluss Befreiung von dem in § 15.2 vereinbarten Wettbewerbsverbot erteilt werden kann. Die Regelung des § 15.5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages ist nicht geeignet, den unzulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Beklagten zu rechtfertigen. Denn der Beklagte hat nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Anspruch darauf, dass im Einzelfall eine solche Befreiung erteilt wird. Die Befreiung steht vielmehr im nicht näher konturierten Ermessen der Gesellschafter. Die Klausel in § 15.5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages enthält keine sachlichen Kriterien dazu, in welchen Fällen sich das genannte Ermessen auf Null reduziert und eine Befreiung erteilt werden muss. Wird ein Antrag des Beklagten auf Befreiung von dem in § 15.2 des Gesellschaftsvertrages vereinbarten Wettbewerbsverbots durch Gesellschafterbeschluss aus sachwidrigen Gründen abgelehnt, hätte der Beklagte zwar die Möglichkeit, diesen Beschluss in einem Gerichtsverfahren anzufechten. Die Herbeiführung einer derartigen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung erfordert indessen, selbst wenn nur eine Gerichtsinstanz angerufen wird, regelmäßig mehrere Monate. Bereits durch die Last, einen solchen Prozess führen zu müssen, wird die Berufsausübungsfreiheit des Beklagten beeinträchtigt, da er bis zum rechtskräftigen Ausgang des Gerichtsverfahrens das Projekt, das Gegenstand des Befreiungsantrags ist, – zumal unter Berücksichtigung der Vertragsstrafandrohung – nicht nachhaltig verfolgen kann. Insgesamt ist deshalb die Regelung des § 15.5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages nicht geeignet, den unzulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Beklagten zu rechtfertigen.

c) Das in § 15.2 des Gesellschaftsvertrages vom 9.7.2005 vereinbarte Wettbewerbsverbot kann unbeschadet der Ersetzungsklausel in § 23.2 dieses Vertrags nicht im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion auf ein Wettbewerbsverbot im zulässigen Umfang zurückgeführt werden (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2008, KZR 54/08, Tz. 25 – *Subunternehmervertrag II*). Denn dazu wäre eine Änderung der gegenständlichen Grenzen des Verbots erforderlich. Das kommt nicht in Betracht. Nur dann, wenn das Wettbewerbsverbot das zeitlich zulässige Maß überschreitet, ist eine geltungserhaltende Reduktion auf das noch zu billigende Maß möglich (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2008, KZR 54/08, Tz. 25 – *Subunternehmervertrag II*; BGH, Urteil vom 14.7.1997, II ZR 238/96, juris, Tz. 8 ff.).

d) Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob der Beklagte durch Entwicklung bzw. Vertrieb des Gerätes P. N. gegen das Wettbewerbsverbot gemäß § 15.2 des Gesellschaftsvertrages vom 9.7.2005 verstoßen hat.

(...)

24. GmbHG § 5 a; BGB § 181 (*Befreiung von § 181 BGB im Musterprotokoll gilt nur für den Gründungsgeschäftsführer*)

1. Die im vereinfachten Verfahren nach Musterprotokoll vorgesehene Befreiung des Geschäftsführers von dem Verbot des Insigngeschäfts (§ 181 BGB) betrifft den Gründungsgeschäftsführer der Gesellschaft.

2. Wird dieser nach Beendigung des Gründungsakts abberufen, wirkt die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht für den Nachfolgegeschäftsführer.

OLG Hamm, Beschluss vom 4.11.2010, I-15 W 436/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Am 14.1.2010 meldete der Geschäftsführer C die nach Musterprotokoll (Anlage zu § 2 Abs. 1 a Satz 2 GmbHG) erfolgte Gründung der „N Verwaltung Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ mit Sitz in X und mit dem Unternehmensgegenstand „Verwaltung eigenen Vermögens“ zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthält unter II. Ziffer 1 folgende Vertretungsregelung:

„Die Gesellschaft hat nur einen Geschäftsführer, der die Gesellschaft alleine vertritt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt dieser allein. Mehrere Geschäftsführer vertreten gemeinsam.

Der Umfang der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers ist gegenüber Dritten unbeschränkt.“

Unter III. der Anmeldung heißt es:

„Zum Geschäftsführer wurde bestellt:

Herr C (...).“

Die Eintragung in das Handelsregister C2 erfolgte am 3.2.2010.

Mit notariellen Kauf- und Abtretungsverträgen vom 10.3.2010 erwarben die Beteiligte und Frau T2 die Geschäftsanteile der Gesellschaft. Sie beschlossen in notariell beurkundeter Gesellschafterversammlung am 10.3.2010 (UR-Nr. ... des Notars T in X) die Änderung der Firma in „T1-Gesellschaft Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)“, die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft nach J und die Neufassung des Unternehmensgegenstands in „Geschäftsführung der Firma V (haftungsbeschränkt) & Co. KG“. Zur neuen Geschäftsführerin wurde Frau T2 bestellt. Die Eintragung in das Handelsregister T1 erfolgte am 22.3.2010.

In der Gesellschafterversammlung am 17.5.2010 wurde die bisherige Geschäftsführerin T2 abberufen und die Beteiligte zur neuen, einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführerin bestellt. Ihre Bestellung meldete die Beteiligte in notariell beglaubigter Form (UR-Nr.... des Notars M in J) zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung vom 26.5.2010 und mit weiterer Verfügung vom 10.6.2010, dass die allgemeine Vertretungsregelung der Gesellschaft die Einzelvertretungsbefugnis und die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht vorsehe. Die Vertretungsbefugnis und Befreiung nach der Mustersatzung wirke nicht zugunsten der Beteiligten als Nachfolgerin des Gründungsgeschäftsführers. Mit Beschluss vom 15.7.2010 wies das Registergericht die Anmeldung insoweit zurück. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 29.7.2010, der das AG nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde ist nach den §§ 58 Abs. 1, 382 Abs. 3 FamFG statthaft sowie frist- und formgerecht gemäß §§ 63 Abs. 1, 64 FamFG eingelegt. Der Beteiligten steht ein eigenes Beschwerderecht zu, mit dem sie ihre Eintragung als Geschäftsführerin mit dem angemeldeten Inhalt weiter verfolgen kann, § 59 Abs. 1 FamFG (vgl. BayObLG, FGPrax 2000, 40; OLG Köln, FGPrax 2001, 214; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 16. Aufl., § 59, Rdnr. 86).

Die zulässige Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Da die betroffene Gesellschaft nach dem am 14.1.2010 geschlossenen Gesellschaftsvertrag zwei Gesellschafter hat, gilt das Musterprotokoll b) der Anlage zu § 2 Abs. 1 a Satz 2 GmbHG. Das Musterprotokoll weicht hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft von dem abstrakten Verbot von Insich-

geschäften (§ 181 BGB) ab und verlangt, dass die Gesellschaft einen namentlich benannten Geschäftsführer hat. In Nr. 4 des Musterprotokolls heißt es:

„Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wird Herr/Frau ..., geboren am ..., wohnhaft in ..., bestellt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit.“

Insoweit enthält das Musterprotokoll nach allgemeiner Ansicht keine abstrakte Regelung der Geschäftsführung für jeden auch zukünftigen Geschäftsführer der Gesellschaft, sondern nur eine Regelung der Befugnisse des bestellten, nämlich des in der Urkunde namentlich benannten Geschäftsführers. Denn mit dem vereinfachten Verfahren nach Musterprotokoll soll die Gründung einer GmbH in Standardfällen erleichtert werden (vgl. *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 19. Aufl., § 2 Rdnr. 16). Wird nach Beendigung des Gründungsakts der Gründungsgeschäftsführer abberufen und ein neuer Geschäftsführer bestellt, wirkt die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB deshalb nicht fort (OLG Rostock, GmbHR 2010, 872; GmbHR 2009, 827; *Hueck/Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 18; Gutachten DNotI-Report 2010, 16 f.). Vielmehr gelten insoweit die allgemeinen Vorschriften (§ 2 Abs. 1 a Satz 5 GmbHG) für Änderungen, die nunmehr über den Rahmen des Musterprotokolls hinaus zulässig sind (OLG Rostock, a. a. O.; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 6. Aufl., § 2 Rdnr. 61). Eine gegenteilige Auffassung lässt sich entgegen der Ansicht der Beteiligten auch nicht aus der von ihr angeführten Entscheidung des OLG Bremen (GmbHR 2009, 1210) ableiten. Denn diese Entscheidung lässt lediglich die Eintragung der dem Gesetz entsprechenden abstrakten Vertretungsbefugnis bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer zu, die Grundlage für die spätere Bestellung weiterer Geschäftsführer sein kann. Von einer Fortgeltung der für den ersten Geschäftsführer bestimmten Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für die Bestellung eines Nachfolgegeschäftsführers ist in dieser Entscheidung nicht die Rede. Diese bedürfte jedoch einer Grundlage in einer abstrakten Vertretungsregelung. Um eine solche handelt es sich bei der Vertretungsregelung für den ersten Geschäftsführer in dem Musterprotokoll jedoch gerade nicht.

Im vorliegenden Fall folgt hieraus, dass die in dem Gesellschaftsvertrag entsprechend Nr. 4 des Musterprotokolls vorgesehenen Befugnisse des namentlich benannten Gründungsgeschäftsführers C nicht fortwirken. Denn die ihm vorbehaltenen besondere Vertretungsbefugnis ist mit seiner Abberufung entfallen. Eine Befreiung der Beteiligten von dem abstrakt bestehenden Verbot von Insichgeschäften bedarf deshalb einer anzumeldenden und in das Handelsregister einzutragenden Satzungsänderung der Gesellschaft (§§ 53, 54 GmbHG). Der vorliegende einfache Beschluss zur Befreiung der Geschäftsführerin von den Beschränkungen des § 181 BGB reicht mangels einer entsprechenden Satzungsermächtigung insoweit nicht aus.

(...)

25. GmbHG §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 10 Abs. 1 Satz 1 (*Individualisierung des Unternehmensgegenstands*)

1. Der bei der Eintragung in das Handelsregister anzugebende Gegenstand des Unternehmens ist regelmäßig über allgemeine Angaben (hier: „Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern, soweit der Handel nicht einer besonderen Erlaubnis bedarf“) hinaus zu individualisieren.

2. Die Vielfalt beabsichtigter Geschäfte schließt eine Individualisierung des Unternehmensgegenstandes nicht aus, wenn der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise ohne besondere Schwierigkeiten (z. B. als „Handel mit Waren verschiedener Art, insbesondere ...“) hinreichend erkennbar gemacht werden kann.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.10.2010, I-3 Wx 231/10

Der Gesellschaftsvertrag vom 25.5.2010 (UR.-Nr.../2010 des Notars Prof. Dr. W. B. in X1.) lautet zu Ziffer 2:

„Gegenstand des Unternehmens ist die Erbringung von Dienstleistungen im Media- und Marketinggewerbe, Organisation von Events, Eingehen von Vermittlungsgeschäften, die zum direkten oder indirekten Zweck der Gesellschaft beitragen sowie der Handel mit Waren aller Art, soweit der Handel nicht einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf, die Inbetriebnahme und Wartung von EWeb- und E-Commerce-Auftritten im Internet.“

Die Gesellschaft hat unter dem 1.6.2010 (UR.-Nr.../2010 des Notars Prof. Dr. W. B. in X1.) eine Anmeldung zum Register mit u. a. diesem Inhalt eingereicht.

Unter dem 14.7.2010 beanstandete der Registerrichter u. a., dass der Unternehmensgegenstand zum Teil zu weit gefasst sei („Handel mit Waren aller Art“).

Die Gesellschaft trat dem entgegen und machte u. a. geltend, eine weitere Einschränkung des Unternehmensgegenstandes sei nicht möglich. Die Gesellschaft werde Warenbestände aller Art bei unterschiedlichen Bezugsquellen (z. B. Kaufhäusern, die ebenfalls Waren aller Art verkaufen) beziehen und sie dann über eigenen Handel vertreiben. Dabei könne es sich sowohl um Restposten, an deren Vertrieb größere Handelshäuser kein Interesse mehr haben, handeln als auch um neu gefertigte Waren aller Art.

Unter dem 9.8.2010 wies der Registerrichter darauf hin, dass der Unternehmensgegenstand so individualisiert werden müsse, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit hinreichend erkennbar sei.

Darauf konkretisierte die Gesellschaft den anzumeldenden Unternehmensgegenstand entsprechend der UR.-Nr.../2010 W vom 9.8.2010 wie folgt:

„Gegenstand des Unternehmens ist die Erbringung von Dienstleistungen im Media- und Marketinggewerbe, Organisation von Events, Eingehen von Vermittlungsgeschäften, die zum direkten oder indirekten Zweck der Gesellschaft beitragen,

die Erbringung von Consultingdienstleistungen auf dem Gebiet der Beratung und Unterstützung von Kunden bei der Entwicklung Gestaltung und Umsetzung von Strategien,

der Handel und Vertrieb von Lizenzrechten sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte, die Inbetriebnahme und Wartung von Web- und E-Commerce-Auftritten im Internet,

der Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern, soweit der Handel nicht einer besonderen Erlaubnis bedarf.“

Unter dem 27.8.2010 beanstandete der Registerrichter, die unterbliebene Einreichung eines entsprechend geänderter Gesellschaftsvertrages sowie einen – auch nach der Ersetzung der Begriffe „Handel mit Waren aller Art“ durch „Verbrauchs- und Konsumgüter ...“ nicht hinreichend konkretisierten Unternehmensgegenstand.

Die Gesellschaft reichte den geänderten Gesellschaftsvertrag nach, ohne den Unternehmensgegenstand im Sinne der Beanstandung zu ändern.

Mit Beschluss vom 1.9.2010 wies das AG – Registergericht – den Eintragungsantrag unter Hinweis auf die zuvor geäußerten Bedenken zurück.

Hiergegen beschwert sich die Gesellschaft und macht im Wesentlichen geltend, der angefochtene Beschluss gebe die Gründe der Zurückweisung nicht an; der Unternehmensgegenstand sei jetzt „ausführlich und detailliert dargelegt“.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 17.9.2010 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt, sowohl der ursprüngliche als auch der geänderte Unternehmensgegenstand sei unzulässig, da es an

der erforderlichen Individualisierung der gehandelten Waren fehle. Soweit der Begriff „Waren aller Art“ durch „Verbrauchs- und Konsumgüter“ ersetzt werde, sei dies ebenso unbestimmt. Auch der Zusatz „soweit der Handel nicht einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf“, rechtfertige eine andere Beurteilung nicht. Dass eine Präzisierung der ausgeübten tatsächlichen Tätigkeit durchaus möglich sei, zeigten die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrem Schriftsatz vom 15.7.2010, die allerdings in die (Neu-)Fassung des Unternehmensgegenstandes nicht eingeflossen seien. Die unzulängliche Spezifizierung des Unternehmensgegenstandes stelle ein Hindernis für die Eintragung der Gesellschaft (§ 9 c Abs. 2 Nr. 1 GmbHG) dar.

Aus den Gründen:

I.

Die gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und 3, 382 Abs. 3 FamFG zulässige Beschwerde der Gesellschaft bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Zutreffend geht das Registergericht davon aus, dass eine ungenügende Individualisierung des Unternehmensgegenstandes ein Eintragungshindernis darstellt und, falls es nach Beanstandung nicht beseitigt wird, zur Zurückweisung der Anmeldung führt.

1. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (vgl. auch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG) muss der Gesellschaftsvertrag den Gegenstand des Unternehmens enthalten. Dieser ist bei der Eintragung in das Handelsregister anzugeben, § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

Das Ziel der Regelung liegt darin, vor allem nach außen den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise hinreichend erkennbar zu machen (BGH, DB, 1981, 466; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 3 Rdnr. 7).

Die Angabe muss nach ihrer Zielsetzung für Dritte informativ, also entsprechend individualisiert sein (BGH, a. a. O.). Sie muss den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft in groben Zügen erkennen lassen und ihre Zuordnung zu einem Geschäftszweig als Sachbereich des Wirtschaftslebens bzw. eine entsprechende Einordnung im nichtwirtschaftlichen Bereich ermöglichen (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 8).

Leerformeln wie „Betrieb eines Kaufmannsgeschäfts“ (KGJ 34, 149), „Handel mit Waren aller Art“ (BayObLG, NJW-RR 2003, 686), „Produktion und Vertrieb von Waren aller Art“ (BayObLG, NJW-RR 1995, 31), reichen hierzu nicht aus (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O.; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 928).

Als ausreichende Bezeichnung (*Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 929) bzw. gerade noch den Anforderungen genügender Grenzfall notwendiger Individualisierung (so *Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O.) mag die vom Senat im Beschluss vom 13.1.1970, 3 W 331/69, tolerierte Beschreibung („Verwaltung von Vermögen und Beteiligung an anderen Unternehmen“) gelten (NJW 1970, 815).

Die zu verlangende Konkretisierung darf einerseits im Ergebnis nicht auf eine von den Gesellschaftern nicht gewollte Beschränkung der tatsächlich geplanten Unternehmungen hinauslaufen (Senat, a. a. O.), andererseits können allgemeinere Angaben wie „Export und Import“ allenfalls genügen, wenn tatsächlich eine sinnvollerweise nicht näher konkretisierbare Vielfalt von Geschäften getätigt wird bzw. beabsichtigt ist (vgl. *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 6 unter Hinweis auf *Ulmer* Rdnr. 17.).

2. a) Dies vorausgeschickt hat das Amtsgericht zu Recht die Eintragung des Unternehmensgegenstandes „Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern, soweit der Handel

nicht einer besonderen Erlaubnis bedarf“ ebenso abgelehnt, wie es zuvor den zur Eintragung angemeldeten Unternehmensgegenstand „Handel mit Waren aller Art, soweit der Handel nicht einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf“, beanstandet hat.

b) aa) Hierbei handelt es sich nämlich um nur allgemein gehaltene, fast beliebige Aktivitäten im Handelsverkehr erfassende, Formulierungen. Eine Erkennbarkeit des Tätigkeitsbereichs für Dritte ist hiermit nicht verbunden, wobei sich auch durch die Herausnahme erlaubnispflichtiger Geschäfte (z. B. Börsenhandel, Lotterie, Waffen) eine hinreichende Individualisierung nicht ergibt.

Handel umschreibt den Ankauf von – nicht wesentlich veränderten oder verarbeiteten – Waren verschiedener Hersteller oder Lieferanten, die Beförderung, Bevorratung sowie ihren Verkauf an gewerbliche (Großhandel) oder private Abnehmer (Einzelhandel). Konsumgüter sind sämtliche Güter, die von Endverbrauchern (Konsumenten) konsumiert bzw. verwendet werden, also Güter, die für den privaten Gebrauch oder Verbrauch hergestellt und gehandelt werden, sei es, dass sie verbraucht werden (z. B. Lebensmittel, Benzin) oder allmählicher Entwertung durch Abnutzung unterliegen (z. B. Kfz, Sofa). Verbrauchsgüter gehen im Produktionsprozess unter, sie können nur einmal eingesetzt werden. Zu ihnen gehören Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe.

bb) Diese allgemeinen Angaben sind zur notwendigen Individualisierung des Unternehmensgegenstandes allein allerdings nicht geeignet.

Sie können allenfalls genügen, wenn tatsächlich eine sinnvollerweise nicht näher konkretisierbare Vielfalt von Geschäften getätigt wird bzw. beabsichtigt ist.

Dies ist nicht schon der Darstellung der Gesellschaft, wonach sie Warenbestände aller Art bei unterschiedlichen Bezugsquellen (z. B. Kaufhäusern, die ebenfalls Waren aller Art verkaufen) beziehen und sie dann über eigenen Handel vertreiben werde, wobei es sich sowohl um Restposten, an deren Vertrieb größere Handelshäuser kein Interesse mehr haben, handeln könne als auch um neu gefertigte Waren aller Art, nicht zu entnehmen.

Gleichwohl ist auch in diesem Fall eine Individualisierung des Unternehmensgegenstandes keineswegs ausgeschlossen, sondern ohne besondere Schwierigkeiten, z. B. als „Handel mit Waren verschiedener Art, insbesondere (...)“, darstellbar (Beispiel bei *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 929), womit dem gesetzlichen Hauptziel (§§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG), nach außen den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise hinreichend erkennbar zu machen (BGH, DB, 1981, 466; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 3 Rdnr. 7), zur Geltung verholfen werden kann und muss.

Hiernach hat der Registerrichter die Eintragung zu Recht abgelehnt und war die hiergegen gerichtet Beschwerde der Gesellschaft zurückzuweisen.

(...)

26. GBO § 29; HGB § 123; BGB § 705 (*Nachweis der Existenz und Vertretungsverhältnisse einer Kommanditgesellschaft in Gründung beim Grundstückserwerb*)

Existenz und Vertretungsverhältnisse einer KG in Gründung zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung eines Grundstückserwerbsvertrags können durch die später

erfolgte Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister im Hinblick auf die Identität zwischen Vorgesellschaft und der rechtlich voll entstandenen KG nachgewiesen werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 19.2.2010, I-15 W 201 + 202/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die zu 1 beteiligte GbR ist Eigentümerin der eingangs genannten Grundstücke. Im Zuge ihrer Auflösung übertrug sie mit notariellem Vertrag vom 2.12.2009 (Urkunde 337/09 des Notars Q in I) die Grundstücke auf die Beteiligte zu 2 und ließ sie auf. Die Beteiligte zu 2 befand sich seinerzeit noch im Gründungsstadium. Sie wurde am 15.10.2009 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, die Eintragung erfolgte am 18.12.2009 (HRA 7630 AG Bad Oeynhhausen); die Eintragung ihrer Komplementärin, der W GmbH, erfolgte am 16.12.2009 (HRB 11727 AG Bad Oeynhhausen).

Der Urkundsnotar übersandte den Vertrag vom 2.12.2009 mit Schreiben vom 9.2.2010 an das Grundbuchamt und beantragte die Eintragung der Beteiligten zu 2 als neue Eigentümerin in den Grundbüchern.

Mit Beschlüssen vom 19.2.2010 wies das Grundbuchamt die Eintragungsanträge zurück. In den Gründen führte es aus, Berechtigte aus dem Kaufvertrag sei die „J GmbH & Co. KG in Gründung“, beantragt worden sei aber die Eintragung der „J GmbH & Co. KG“. Es müsse daher in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, dass die unter HRA 7630 eingetragene Gesellschaft und die „J GmbH & Co. KG in Gründung“ identisch seien. Dieser Nachweis könne nicht nachträglich erbracht werden. Außerdem sei nicht nachgewiesen, dass die Erwerberin, die im Gründungsstadium eine BGB-Gesellschaft sei, wirksam vertreten worden sei.

Gegen diese Entscheidungen legten die Beteiligten Beschwerde ein, der das Grundbuchamt nicht abhalf.

Aus den Gründen:

II.

Die namens der Beteiligten nach § 15 Abs. 2 GBO zulässig erhobene Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO statthaft und auch begründet.

Im Ausgangspunkt ist das Grundbuchamt zutreffend davon ausgegangen, dass die Kommanditgesellschaft eine Gesellschaft i. S. d. §§ 705 ff. BGB ist, sodass für sie neben den §§ 105 ff. bzw. 161 ff. HGB auch die §§ 705 ff. BGB gelten. Während die Personengesellschaften mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages entstehen, werden die Personenhandelsgesellschaften (KG und OHG) im Außenverhältnis, d. h. im Verhältnis zu Dritten, erst unter den Voraussetzungen des § 123 HGB wirksam.

Vorliegend kann offenbleiben, ob die J GmbH & Co. KG nach § 123 Abs. 1 HGB erst mit Eintragung in das Handelsregister entstanden ist oder bereits zu einem früheren Zeitpunkt nach § 123 Abs. 2 HGB. Jedenfalls war im Zeitpunkt des Eingangs des Antrags beim Grundbuchamt die KG bereits entstanden. Das Grundbuchamt hatte daher zu prüfen, ob die Auflassungserklärung in der notariellen Urkunde vom 2.12.2009 die Eintragung der Kommanditgesellschaft als Eigentümerin rechtfertigt. Das ist hier der Fall. Denn die Kommanditgesellschaft in Gründung und die Kommanditgesellschaft sind identisch (BayObLGZ 1985, 212; KG, JFG 12, 279), die Umwandlung der Personengesellschaft in die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft geschieht kraft Gesetzes. Diese rechtliche Identität wird auch von dem Grundbuchamt nicht in Zweifel gezogen. Da das Rechtsgeschäft hier ausdrücklich für die KG in Gründung abgeschlossen worden ist, beseitigt gerade die rechtliche Identität zwischen der voll entstandenen KG mit ihrer Vorgesellschaft eben die Identitätszweifel, die dem Grundbuchamt Anlass für seine Entscheidung gegeben haben.

Für eine als Kommanditgesellschaft gegründete, aber kraft Gesetzes lediglich als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft entstandene Gesellschaft gilt ebenfalls die für die Kommanditgesellschaft gewollte Geschäftsführungsregelung und Vertretungsregelung (BGH, WM 1972, 21 = BB 1972, 61; *Staub/Habersack*, HGB, 4. Aufl., § 123 Rdnr. 3; Münch-KommHGB/*Schmidt*, 2. Aufl., § 123 Rdnr. 17; *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., § 123 Rdnr. 20). Für den Nachweis der Vertretungsverhältnisse gilt bei im Handelsregister eingetragenen Kommanditgesellschaften die Verkehrserleichterung des § 32 Abs. 2 GBO. Danach kann der Nachweis auch durch die Bezugnahme auf das Register geführt werden. Aus dem vom Senat eingesehenen Registern (HRA 7630 und HRB 11727) ergibt sich, dass die Kommanditgesellschaft von dem persönlich haftenden Gesellschafter vertreten wird und die W GmbH die alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der KG ist.

Mag auch die Komplementär-GmbH ihrerseits erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister entstanden sein (§ 11 Abs. 1 GmbHG), so ist nach anerkannter Auffassung auch die GmbH-Vorgesellschaft mit der später durch Eintragung entstandenen GmbH rechtlich identisch mit der Maßgabe, dass auch hier die Vertretungsregelung bereits für die Vorgesellschaft gilt. Die Komplementär-GmbH wird, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, von zwei Geschäftsführern oder von einem Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Ihre Geschäftsführer sind F, F2 und F3, die vorliegend bei der Beurkundung auch für die Käuferseite gehandelt haben.

Kostenrecht

27. KostO § 30; KostO § 44 (*Geschäftswert einer Stillhalteerklärung beim Erbbaurecht*)

Die in einer sog. Stillhalteerklärung im Rahmen der Finanzierung eines Erbbaurechts zusammengefassten Erklärungen sind selbständige Erklärungen i. S. d. § 44 KostO.

Zur Bewertung der einzelnen Erklärungen nach § 30 KostO.

OLG Hamm, Beschluss vom 8.4.2010, I-15 Wx 120/09; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Gegenstand des Verfahrens, das auf eine Anweisungsbeschwerde des Notars zurückgeht, ist der Gebührenansatz für eine sog. Stillhalteerklärung im Rahmen der Finanzierung des Erwerbs eines Erbbaurechts. Der Präsident des LG hat unter Hinweis auf den Beschluss des Senats vom 23.11.1995 (JMBl NW 1996, 140 = MittBayNot 1997, 253) die Auffassung vertreten, dass die in der Stillhalteerklärung enthaltenen Erklärungen des Grundstückseigentümers gesondert und zwar nach § 30 Abs. 1 bzw. Abs. 2 KostO zu bewerten seien, was zu einem Gesamtwert von 21.000 € führe. Der Notar bzw. im weiteren Verfahren der Beteiligte zu 1 haben hingegen im Anschluss an Stellungnahmen der Notarkasse Bayern die Auffassung vertreten, dass eine einheitliche Erklärung vorliege, die nach § 30 Abs. 1 KostO mit 30 % des Nominalwertes der zu bestellenden Grundschuld zu bewerten sei, was einem Wert von 45.000 € entspricht.

Die angerufene Zivilkammer hat sich der Auffassung der Dienstaufsicht angeschlossen und den Gebührenansatz dementsprechend reduziert. Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der durch das LG zugelassenen weiteren Beschwerde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die nicht ergänzungsbedürftige Darstellung in dem angefochtenen Beschluss verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist infolge der Zulassung statthaft und auch im Übrigen zulässig erhoben.

In der Sache ist weitere Beschwerde unbegründet, da die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F. i. V. m. § 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG. Da eine Divergenz lediglich hinsichtlich des Wertansatzes besteht, beschränkt sich der Senat im Folgenden auf diesen Gesichtspunkt und nimmt im Übrigen auf die rechtsfehlerfreien Erwägungen des LG Bezug.

Nach der o. a. Rechtsprechung des Senats sind die in einer sog. Stillhalteerklärung zusammengefassten Erklärungen, dass nämlich

- 1) nicht ohne das Einverständnis des Grundpfandgläubigers anderen Rechten der Vor- oder Gleichrang mit den Rechten des Eigentümers eingeräumt wird,
- 2) der nicht in das geringste Gebot fallende Erbbauzins bestehen bleiben und die hierzu notwendigen Anträge gestellt oder Vereinbarungen getroffen werden sollen
- 3) sowie für den Fall der Zwangsversteigerung aus dem eingetragenen Vorkaufsrecht kein Wertersatz verlangt und auf Erlöszuteilung verzichtet wird,
- 4) der Eigentümer sein Eigentum nur unter Weitergabe der vorgenannten Verpflichtungen an den Erwerber veräußern soll,

jeweils gesondert zu bewerten, da es sich um selbstständige Erklärungen handelt. Diese Auffassung, mit der der Senat sich seinerzeit verschiedenen Veröffentlichungen von *Mümmeler* (u. a. JurBüro 1994, 523 f.) angeschlossen hat, ist in der Literatur ganz überwiegend auf Zustimmung gestoßen (vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 30 Rdnr. 32; KostO, 16. Aufl., S. 336; *Rohs/Wedewer*; KostO, Stand 12/09; § 30 Rdnr. 12 a). Eine abweichende Auffassung vertritt soweit ersichtlich allein die Bayerische Notarkasse (MittBayNot 1997, 255 f. sowie Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 474; vgl. auch *Lappe*, KostRSpr., § 30 KostO Nr. 89). Dem von der Gegenauffassung vertretenen Postulat einer einheitlichen Erklärung, das auch der Beteiligte zu 1 vertritt, vermag sich der Senat jedoch auch nach erneuter Prüfung nicht anzuschließen.

Vorliegend ist hinsichtlich der Erklärungen zu 1) bis 3) vielmehr von mehreren selbstständigen Erklärungen i. S. d. § 44 KostO auszugehen, die sich nicht auf denselben Gegenstand beziehen, da diese Erklärungen jeweils unterschiedliche Sachverhalte schuldrechtlich regeln. Der Begriff des Gegenstands bezeichnet in diesem Zusammenhang nicht die Sache, die von den beurkundeten Erklärungen wirtschaftlich betroffen wird, sondern das Rechtsverhältnis, welches sich aus den Erklärungen der Beteiligten ergibt (BGHZ 153, 22, 27). Derselbe Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO ist gegeben, wenn sich die Erklärungen auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder – sofern mehrere Rechtsverhältnisse (z. B. Kauf und Auflösung) vorliegen – wenn sich aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in einem engen inneren Zusammenhang steht. Hieraus folgt, dass weder eine einheitliche wirtschaftliche Zwecksetzung, noch ein sonstiger innerer Zusammenhang ausreichend ist, um von einer Gegenstandsgleichheit oder gar einer einheitlichen Erklärung auszugehen. Von einer einheitlichen Erklärung kann vielmehr nur dann ausgegangen werden, wenn der Erklärungsinhalt auf eine bestimmte Rechtsfolge abzielt, sei es auch, dass diese über den Gesetzesinhalt hinaus gestaltet wird (*Korintenberg/*

Bengel/Tiedke, a. a. O., § 44 Rdnr. 8). Bei der sog. Stillhalterklärung übernimmt der Grundstückseigentümer gegenüber dem Grundpfandgläubiger jedoch völlig verschiedenartige Verpflichtungen, die zu völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen führen und nur durch die einheitliche wirtschaftliche Zielsetzung verklammert werden. Da hierdurch auch kein einheitliches Rechtsverhältnis begründet wird und sich aus den Erklärungen auch kein Hauptgeschäft heraushebt, dem die anderen Rechtsgeschäfte untergeordnet wären, ist weiterhin von einer Verschiedenheit der Gegenstände auszugehen.

Auch das Argument des Beteiligten zu 1 bzw. des Notars, dass eine gesonderte Bewertung dem Erwartungshorizont des Publikums nicht gerecht werde, überzeugt den Senat nicht. Es mag sein, dass die zweifellos vorhandenen Verästelungen der Kostenordnung, die teils historisch bedingt, teils dem Bemühen um eine möglichst große Differenzierung geschuldet sind, dem mit der Materie nicht Vertrauten oft wenig eingängig oder auch nur überzeugend erscheinen. Dies ist für sich jedoch kein Grund, von der Anwendung des Gesetzes abzusehen, vielmehr ist insoweit auf die derzeit laufenden Reformbemühungen zu verweisen. Zum anderen wäre, wenn man denn die Publikumserwartung in Betracht nimmt, zu berücksichtigen, dass derjenige, der sich im Vorhinein über die zu erwartenden Kosten informieren will, als herrschenden Auffassung diejenige vorfinden wird, die auch der Senat vertritt. Da er hierauf im Zweifelsfall vertrauen wird, zeigt sich, dass die Erwartung des rechtssuchenden Publikums hier keine feststehende Größe ist, die man zur Grundlage der Gesetzesanwendung machen könnte.

Da der Senat aus den genannten Gründen an seiner Rechtsprechung festhält, wonach eine gesonderte Bewertung der einzelnen Erklärungen erforderlich ist, konnte die zu überprüfende Kostenrechnung, wie vom LG erkannt, schon deshalb keinen Bestand haben, weil sie diese Bewertung vermissen lässt. Damit konnte das LG bei der Bewertung der einzelnen Erklärungen jedoch eine eigenständige Bewertung vornehmen, auch soweit hinsichtlich der Erklärung zu 1) die Ermessensausübung nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich dem Notar zufällt. Denn infolge der einheitlichen Bewertung liegt notwendigerweise ein Ermessensfehlergebrauch vor.

Soweit das LG die Erklärungen zu 2) und 3) nach § 30 Abs. 2 KostO mit dem Regelwert angesetzt hat, entspricht dies der o. a. Entscheidung des Senats. Da die weitere Beschwerde insoweit keine spezifischen Einwendungen erhebt, nimmt der Senat auf dortige Begründung Bezug. Auch soweit das LG die Erklärung zu 1) gemäß § 30 Abs. 1 KostO mit 10 % des Nominalwertes der zu bestellenden Grundschuld bewertet hat, vermag die weitere Beschwerde einen Ermessensfehlergebrauch nicht aufzuzeigen.

Insoweit ist vorab zu bemerken, dass der Senat in seiner o. a. Entscheidung eine Bewertung mit 10 % des Nominalwertes als regelmäßig angemessen und damit als rechtsfehlerfrei gebilligt hat. Dies bedeutet im Rahmen des § 30 Abs. 1 KostO jedoch nicht, dass nicht auch eine höhere Bewertung im Einzelfall ermessensfehlerfrei sein kann. Allerdings müssten für eine höhere Bewertung im Einzelfall Besonderheiten bei den maßgeblichen Bewertungskriterien vorliegen. Die in diese Richtung zielende Argumentation der weiteren Beschwerde ist zwar sachlich nachvollziehbar und in sich schlüssig, sie bleibt jedoch zu abstrakt, um einen Ermessensfehler des LG aufzuzeigen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Senats der wesentliche Anknüpfungspunkt für die Bewertung das wirtschaftliche Interesse des Erklärenden, hier also des Grundstückseigentümers, ist. Dieses ist regelmäßig

gering und zwar auch unter Berücksichtigung der geänderten Bedingungen auf dem Kreditmarkt, auf die die weitere Beschwerde sich bezieht. Richtig ist aber, dass daneben auch das wirtschaftliche Interesse der weiteren Beteiligten berücksichtigt werden muss. Auch unter diesem Gesichtspunkt sind die Bedingungen des Kreditmarktes – bezogen auf den konkreten Fall – jedoch nicht geeignet, eine höhere Bewertung als zwingend, die Bewertung durch das LG also als fehlerhaft erscheinen zu lassen. Bereits vor Basel II und der Bankenkrise war das Verlangen der Kreditgeber nach sog. Stillhalterklärungen weitgehend üblich. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Stillhalterklärung eine konkret gesteigerte Bedeutung für die Umsetzbarkeit der beteiligten wirtschaftlichen Zielsetzungen zukommen könnte. Es handelt sich offenbar um ein privates Hausbauvorhaben auf Erbbaurechtsbasis im Rahmen eines größeren Entwicklungsprojekts, das durch einen halb-öffentlichen Träger betreut wird. Nach alledem ist die Bewertung durch das LG nicht zu beanstanden. Ob auch eine höhere Bewertung (noch) ermessensfehlerfrei gewesen wäre, hat der Senat nicht zu entscheiden.

Anmerkung:

Der entschiedene Sachverhalt ist für die Praxis relevant, wenn ein Erbbaurecht in Abteilung III belastet werden soll, das in Abteilung II insbesondere mit einer Reallast zur Sicherung des Erbbauzinses zugunsten des Eigentümers des Erbbaugrundstücks bereits belastet ist. Der Gläubiger des neu einzutragenden Grundpfandrechts wünscht eine vorrangige Eintragung im Erbbaugrundbuch, die durch den Rangrücktritt des Grundstückseigentümers mit dem Erbbauzins hinter das beantragte Grundpfandrecht erreicht wird.

Hat jedoch das Grundpfandrecht Vorrang vor den Rechten des Grundstückseigentümers, erlöschen im Fall der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts auf Betreiben des Grundpfandrechtsgläubigers die nachrangigen Rechte des Grundstückseigentümers gemäß § 52 Abs. 1 ZVG. Es besteht dann lediglich ein Anspruch auf Wertersatz nach den §§ 91 und 92 ZVG. Dies ist aus der Sicht des Grundstückseigentümers nicht wünschenswert. Zudem ist, je nach Höhe des Versteigerungserlöses, unsicher, ob überhaupt ein Wertersatz zu erzielen ist. Die Konflikte der unterschiedlichen Interessen des Grundstückseigentümers und der Grundpfandrechtsgläubiger werden in der Praxis durch die sog. Stillhalterklärung gelöst. Hierfür hat die Praxis zwei Alternativen entwickelt:¹

- Wenn der Grundstückseigentümer dem Grundpfandrecht gegenüber der Erbbauzinsreallast (und ggf. einer Vormerkung zur Sicherung von Anpassungsvereinbarungen sowie einem Vorkaufsrecht am Erbbaurecht) den Vorrang einräumt, verpflichtet sich der Grundpfandrechtsgläubiger, diese Rechte im Falle der Zwangsversteigerung ohne Kapitalisierung in das geringste Gebot aufnehmen zu lassen.
- Erhalten die Erbbauzinsreallast (und ggf. eine Vormerkung zur Sicherung von Anpassungsvereinbarungen sowie ein Vorkaufsrecht am Erbbaurecht) den Vorrang, so verpflichtet sich der Grundstückseigentümer gegenüber dem Grundpfandrechtsgläubiger im Falle der Zwangsversteigerung aus dem dann nachrangigen Grundpfandrecht auf die Kapitalisierung der künftigen Erbbauzinsraten zu verzichten.

Die Wahl der einen oder anderen Alternative ist Einzelfallentscheidung der Beteiligten.

¹ v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., 6.257 ff.

Fraglich ist der Geschäftswert, der sich nach dem Inhalt der Erklärung bestimmt. Im entschiedenen Fall hatte die Erklärung den folgenden, allgemein üblichen Inhalt:²

1. Der Grundstückseigentümer räumt ohne Einverständnis des Gläubigers keinem anderen Gläubiger den Vorrang ein.
2. Der nicht in das geringste Gebot fallende Erbbauzins bleibt bestehen; die hierzu notwendigen Anträge nach § 59 ZVG sollen gestellt oder Vereinbarungen mit einem Ersteher nach § 91 ZVG getroffen werden.
3. Der Grundstückseigentümer verlangt aus dem zu seinen Gunsten eingetragenen Vorkaufsrecht keinen Wertersatz und verzichtet auf Erlöszuteilung.
4. Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, das Grundstück nur unter der Bedingung, dass der Erwerber die Rechte und Pflichten aus der Stillhalteerklärung übernimmt, zu veräußern.

Der Notar hatte den Geschäftswert der Erklärung nach § 30 Abs. 1 KostO mit einem Teilwert von 30 % des Wertes des betroffenen Grundpfandrechts, also mit 45.000 €, angenommen. Der Notar stützt sich hierbei auf die bereits bisher von der Notarkasse vertretene Auffassung,³ wonach eine einheitliche Verpflichtung mit mehreren Regelungsinhalten vorliegt, die mit einem Teilwert von 10–30 % des Wertes des Grundpfandrechts in Anlehnung an die Gläubigerinteressen anzunehmen sei.

Die Frage des Geschäftswertes einer „Stillhalteerklärung“ mit obigem Inhalt war bereits Gegenstand einer früheren Entscheidung des OLG Hamm.⁴ Es war zu entscheiden, ob die Stillhalteerklärung wie ein Rangrücktritt nach § 23 Abs. 3 KostO zu bewerten ist. Das OLG Hamm hat dies verneint und eine Wertschätzung nach § 30 Abs. 1, notfalls § 30 Abs. 2 KostO, für zutreffend gehalten. Mangels anderer Anhaltspunkte war der Wert für

- die Verpflichtung, aus dem Vorkaufsrecht am Erbbaurecht keinen Wertersatz zu verlangen und auf Erlöszuteilung zu verzichten und
- den Erbbauzins im Falle der Versteigerung bestehen zu lassen

gemäß § 30 Abs. 2 KostO mit der Annahme des Regelwertes mit (damals) 5.000 DM je Verpflichtung zu bestimmen. Der Wert der Verpflichtung des Grundstückseigentümers, nicht ohne Einverständnis des Grundpfandrechtsgläubigers anderen Rechten in Abt. II und III den Vorrang einzuräumen, wurde mit 10 % des Wertes des Grundpfandrechts bestimmt.

Die Notarkasse hat sich dieser Auffassung weitgehend angeschlossen und hält eine Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO für richtig. Die Annahme des Regelwertes gemäß § 30 Abs. 2 KostO für die jeweilige Verpflichtung wird abgelehnt und insgesamt eine Wertschätzung im Hinblick auf das Interesse des Gläubigers unter Bezug auf den Wert des Grundpfandrechts vorgeschlagen⁵. Weitere Entscheidungen zu diesem Thema sind der Notarkasse nicht bekannt. In der Kostenrechtsliteratur wird die Auffassung der Notarkasse von *Filzek*⁶

und *Lappe*⁷ geteilt. *Korintenberg*⁸, *Rohs/Wedewer*⁹ und *Assenmacher/Mathias*¹⁰ vertreten die bisherige Auffassung des OLG Hamm.

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das OLG Hamm seine bisherige Auffassung vollumfänglich bestätigt, insbesondere auch die Annahme der Regelwerte gemäß § 30 Abs. 2 KostO mit 3.000 € für die Verpflichtungen zu vorstehend 2. und 3. Kernpunkt der Beschwerde war jedoch die Frage, ob eine einheitliche Erklärung vorliegt oder ob die mehreren Regelungsinhalte gegenstandsverschiedene Erklärungen gemäß § 44 Abs. 2 KostO darstellen und deshalb die Verpflichtungen nebeneinander bei der Wertermittlung zu berücksichtigen sind. Der Senat ist zu dem Ergebnis gelangt, dass § 44 Abs. 2 KostO anzuwenden sei, weil die mehreren Erklärungen unterschiedliche schuldrechtliche Sachverhalte regeln. Allein die Tatsache, dass mit der Erklärung die gegenläufigen Interessen des Grundstückseigentümers als Berechtigtem der Erbbauzinsrealast und des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht sowie des Grundpfandrechtsgläubigers so praktikabel gelöst werden und damit dem Erbbauberechtigtem die Beleihung seines Erbbaurechts ermöglicht wird, führt nach Auffassung des OLG Hamm nicht zu einem inneren Zusammenhang der Erklärungen i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO, der Voraussetzung für die Annahme eines einzigen Teilwertes des Grundpfandrechts wäre.

Unter Heranziehung der in der Kostenrechtsprechung und der Literatur vertretenen Grundsätze zur Gegenstandsähnlichkeit und Gegenstandsverschiedenheit, die auch vom OLG Hamm angeführt werden, kann man zu dem entschiedenen Ergebnis kommen, insbesondere weil die Stillhalteerklärung im Regelfall keine vertragliche Vereinbarung darstellt, bezüglich derer die Vertragsteile gegenseitige Verpflichtungen eingehen, die dem Vertragszweck dienen oder die Durchführung des Vertragszwecks sichern.

Für die Praxis ist die Umsetzung dieses Ergebnisses jedoch unbefriedigend. Das OLG Hamm hat sich nicht erneut mit der Frage beschäftigt, ob der Ansatz der Regelwerte gemäß § 30 Abs. 2 KostO für die Verpflichtungen gemäß vorstehender Ziffer 2. und 3. sachgerecht ist, weil die weitere Beschwerde hiergegen keine spezifischen Einwände erhoben hat.¹¹ Die damit aus der Entscheidung aus dem Jahre 1995 stammende Auffassung, es lägen hier keine Anhaltspunkte für eine Wertschätzung vor, vermag auch weiterhin nicht zu überzeugen. Die Annahme des Regelwertes kommt schließlich nur in Betracht, wenn wegen des Fehlens jedweder Anhaltspunkte eine Wertermittlung nach Abs. 1 des § 30 KostO ausscheidet.¹² Der Wert ist auch nach Abs. 1 über die Verweisung nach Abs. 2 zu bestimmen, wenn „genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung“ vorhanden sind.¹³ Hier sind genügend Anhaltspunkte für Wertschätzung gegeben, so dass der Ansatz des Regelwertes mit 3.000 € für die Regelungen zu 2. und 3. ausscheiden muss. Dies hätte folgende Konsequenzen:

Regelung zu 2.:

Wenn der Grundpfandrechtsgläubiger die Versteigerungsbedingungen dahingehend abändert, dass der nicht in das

² v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., 6.261.

³ Streifzug durch die KostO, 8. Aufl., Rdnr. 504.

⁴ JMBI NW 1996, 140 = MittBayNot 1997, 253.

⁵ Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, MittBayNot 1997, 55.

⁶ *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 4, S. 315; § 21 Rdnr. 12.

⁷ *Lappe*, KostRspr. § 30 KostO Nr. 89.

⁸ *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 23 Rdnr. 15 a; § 30 Rdnr. 32 a.

⁹ *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 30 Rdnr. 12 a.

¹⁰ *Assenmacher/Mathias*, KostO, 4. Aufl., Erbbaurecht Ziffer 12.2.

¹¹ Vgl. den drittletzten Absatz der Entscheidung.

¹² *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 30 Rdnr. 3.

¹³ *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 30 Rdnr. 3.

geringste Gebot fallende Erbbauzins bestehen bleibt, müsste der kapitalisierte Erbbauzins Bemessungsgrundlage für die Wertschätzung sein. Die Regelung betrifft einen konkreten, in der Zukunft möglicherweise entstehenden Anspruch und müsste daher an den wirtschaftlichen Folgen orientiert werden.

Regelung zu 3.:

Die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, im Fall der Zwangsversteigerung aus dem Vorkaufsrecht keinen Wertersatz zu verlangen und auf die Erlöszuteilung zu verzichten würde sich dann nach den Grundsätzen des OLG Hamm auf den Wert des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht beziehen, da auch hier die sich aus den Bestimmungen des ZVG ergebenden gesetzlichen Folgen abgeändert werden und deshalb ein Verzicht auf wertmäßig bestimmbare Ansprüche vorliegt.

Bemessungsgrundlage der Wertschätzung ist dann der Wert des Vorkaufsrechtes am Erbbaurecht bzw. der geschätzte Wert der möglichen Erlöszuteilung.

In der Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahre 1995 wurde aus der Unsicherheit, ob diese Ansprüche jemals und dann in welcher Höhe entstehen werden, darauf geschlossen, dass der Regelwert anzunehmen sei, weil objektive Anhaltspunkte für eine Schätzung fehlen. Diese Anhaltspunkte liegen vor; der Wert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen.

Berücksichtigt der Notar bei der Bewertung die vorstehenden Punkte, kann im Einzelfall sogar ein deutlich höherer Geschäftswert anzunehmen sein, als vom OLG und vom Notar bisher vorgesehen.

Hinzu kommt, dass das OLG Hamm mehrfach in der Begründung angeführt hat, dass bei der Wertschätzung der Verpflichtung zur Rangwahrung (Ziffer 1.) es durchaus nicht ausgeschlossen ist, dass ein höherer Wert als 10 % sachgerecht sein kann.

Die neuerliche Entscheidung des OLG Hamm bringt zur Wertermittlung keine neuen Erkenntnisse, da die bereits 1995 aufgestellten Grundsätze zur Wertermittlung nicht überprüft wurden. Da dem Notar, wie auch vom OLG Hamm festgestellt, ein Ermessensspielraum bei der Wertschätzung eingeräumt ist, bleibt die Entscheidung ohne Auswirkungen auf die Praxis. Schätzt der Notar, wie bisher auch, den Geschäftswert in Höhe eines Teilbetrages von ca. 10 bis 30 % des Nominalbetrages des Grundpfandrechtes, ergibt sich ein Wert, der nicht mit dem vom OLG Hamm aufgestellten Grundsätzen kollidiert und deshalb rechtens ist. Die Änderung der bisherigen Bewertungspraxis ist nicht veranlasst.

Notariatsrat *Thomas Strauß*,
Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

28. KostO §§ 50 Abs. 1, 156; GmbHG §§ 40, 47, 54 Abs. 1 (Notarbescheinigung zur Gesellschafterliste als gebührenfreies Nebengeschäft)

Die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stellt ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO dar.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.11.2010, 7 Wx 25/10

Der Beteiligte zu 2 war im Rahmen der Verschmelzung der Gesellschaft (...) mbH zur Beteiligten zu 1 beurkundend tätig. Dabei stellte er die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG

nebst der in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vorgesehenen Notarbescheinigung. Unter dem 20.7.2009 erteilte er dafür der Beteiligten zu 1 eine Kostenrechnung über insgesamt 5.281,76 € gemäß §§ 32, 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Die Beteiligte zu 1 hat mit Schreiben vom 9.12.2009, das am 11.12.2009 beim LG eingegangen ist, die gerichtliche Entscheidung über die Kostenberechnung beantragt. Die Ländernotarkasse und der Präsident des LG haben unter dem 6.1.2010, 25.2.2010 und 26.5.2010 Stellung genommen und die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2 gebilligt.

Das LG hat durch Beschluss vom 1.6.2010 den Kostenprüfungsantrag zurückgewiesen mit der Begründung, dass zugunsten des Beteiligten zu 2 die Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO entstanden sei. Der Beschluss ist der Beteiligten zu 1 am 10.6.2010 zugestellt worden. Die Beteiligte zu 1 hat mit Schreiben vom 5.7.2010, das am 7.7.2010 beim LG eingegangen ist, dagegen Beschwerde eingelegt.

Das LG hat durch Beschluss vom 12.7.2010 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

(...) Die Beschwerde ist auch begründet. Denn das Kostenprüfungsgesuch der Beteiligten zu 1 vom 9.12.2009 ist nach § 156 Abs. 1, 2 KostO zulässig und führt in der Sache zur Aufhebung der Kostenberechnung des Beteiligten zu 2 vom 20.7.2009.

Dem LG ist darin zu folgen, dass die Kostenberechnung die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG und nicht die Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Gegenstand hat. Das geht daraus hervor, dass dort als kostenpflichtige Tätigkeit des Beteiligten zu 2 die Erteilung von Bescheinigungen über Tatsachen oder Verhältnisse, die urkundlich nachgewiesen oder offenkundig sind, genannt ist; das trifft auf die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG und nicht – auch – auf die Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu.

Dem LG kann indes nicht darin beigetreten werden, dass diese Tätigkeit des Beteiligten zu 2 zur Entstehung einer Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO geführt hat. Denn die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stellt ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO dar (OLG Celle, NZG 2010, 959, 960; OLG Stuttgart, NZG 2009, 999, 1000). Der in der Literatur (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 50 Rdnr. 6 a, 21 a; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2010, § 50 Rdnr. 3) vertretenen gegenteiligen Ansicht kann nicht gefolgt werden; sie verkennt, dass die Regelung in § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG der Regelung in § 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG nachgebildet ist, für die in § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO ausdrücklich niedergelegt ist, dass die Erteilung der Notarbescheinigung ein Nebengeschäft nach § 35 KostO ist (OLG Stuttgart, a. a. O.). Die Erwägung der Ländernotarkasse, dass § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO unmittelbar nur die Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 2 Hs. 2 GmbHG betrifft und deshalb der Umkehrschluss auf die Gebührenpflichtigkeit der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu ziehen sei, verfängt nicht. Denn die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist ebenso ein notwendiger Annex zur Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1, 2 Satz 1 GmbHG wie dies die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG zur Anmeldung einer Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist, weshalb der den §§ 47 KostO, 54 GmbHG zugrundeliegende Rechtsgedanke auch auf § 40 GmbHG anzuwenden ist (vgl. OLG Celle, a. a. O.).

Infolge des Fehlens eines Gebührentatbestandes nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO können die in der Beschwerde der Beteiligten zu 1 ebenfalls angesprochenen Fragen des Vorliegens eines Kostenschuldners und der Verhältnismäßigkeit der Kostenberechnung für die hier zu treffende Entscheidung dahinstehen.

Anmerkung:

Während die 5. Zivilkammer des LG Potsdam¹ noch am 1.6.2010 entschied, der Notar müsse für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO erheben, handelt es sich nach Auffassung des OLG Brandenburg² um ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO. Damit hat ein weiteres OLG die in der Literatur³ vertretene Gegenauffassung abgelehnt.

Einigkeit besteht, dass die Erteilung einer Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG den Tatbestand von § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO erfüllt. Ob diese Kosten entfallen, weil die Gebühr für die Beurkundung der Anteilsabtretung die Notarbescheinigung als Nebengeschäft mit abgilt, wird hingegen unterschiedlich beurteilt.

1. Mit *Bengel*⁴ ist die Beurkundungstätigkeit des Notars niemals Nebengeschäft i. S. v. § 35 Hs. 2 KostO, weil die Protokollierung der Kern notarieller Tätigkeit ist. Nur wenn mehrere Geschäfte in einer Urkunde zusammengefasst werden, ergeben sich besondere Rechtsfolgen, und zwar nach § 44 KostO.

2. Wer dem nicht folgt, stellt darauf ab, dass nach § 35 Hs. 2 KostO Nebengeschäfte mit der für das Hauptgeschäft bestimmten Gebühr abgegolten sind. Nebengeschäft kann nur sein, was im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minder wichtig erscheint und keine selbstständige Bedeutung hat, sondern vorgenommen wird, um das Hauptgeschäft zu fördern.⁵

Der Senat hat eine Subsumtion unter § 35 Hs. 2 KostO nicht versucht, sondern sogleich auf § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO abgehoben, wonach als gebührenfreies Nebengeschäft auch die Bescheinigung des neuen vollständigen Wortlauts einer geänderten Satzung gilt. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion („gilt“), also die Anordnung, tatsächliche oder rechtliche Umstände – nämlich die Voraussetzungen von § 35 KostO – als gegeben zu behandeln, obwohl sie in Wirklichkeit nicht vorliegen. Für die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG fehlt eine solche Geltungserweiterung für § 35 KostO; e contrario ist sie kostenpflichtig nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Der Senat wendet demgegenüber den Rechtsgedanken von § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO analog auf Bescheinigungen nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG an. Nun ist die Entscheidung zwischen Analogie und argumentum e contrario zwar keine Frage der Logik, jedoch kommt eine Analogie mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte keinesfalls in Betracht: Wie bereits an anderer Stelle⁶ ausgeführt, beschränkt sich die Gemeinsamkeit mit § 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG auf die Überein-

stimmungs-Bestätigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Das Pflichtenprogramm des Notars und damit die Aussagekraft der Listenbescheinigung wird jedoch maßgeblich von § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG geprägt, wonach der Notar diese erst nach Wirksamwerden der Anteilsabtretung erteilen darf.⁷ Er muss beispielsweise feststellen, ob bei einer aufschiebend bedingten Übertragung die Bedingung eingetreten ist. Dabei kann er sich von den Beteiligten entsprechende Unterlagen vorlegen lassen, bei Unternehmenskaufverträgen etwa das Closing Memorandum.⁸ Diese Wirksamkeitsprüfung ist – entgegen der OLG-Annahme – nicht Gegenstand der Beurkundung der Anteilsabtretung. Deshalb scheidet eine Analogie zu § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO für die Listenbescheinigung aus, insbesondere, wenn der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG Umstände außerhalb der Urkunde prüfen muss.

Im Übrigen liegen die Tatbestandsvoraussetzungen von § 35 Hs. 2 KostO nicht vor, weil die bescheinigte Liste als Anknüpfungspunkt mit erhöhter Richtigkeitsgewähr für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG gegenüber der Anteilsabtretung selbständige Bedeutung hat.

Notar a. D. Dr. *Thomas Diehn*, LL.M. (Harvard), Berlin

⁷ *H. Schmidt*, RNotZ 2011, 153 ff.

⁸ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 409.

Steuerrecht

29. KStG §§ 14, 17 Satz 2 Nr. 2; AktG § 302 Abs. 4; FGO § 69 Abs. 3 (*Vereinbarung der Verlustübernahme als Voraussetzung körperschaftsteuerlicher Organschaft*)

Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass

- a) **die für die körperschaftsteuerliche Organschaft mit einer GmbH als Organgesellschaft erforderliche Vereinbarung einer Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG auch die Vereinbarung der Verjährungsregelung des § 302 Abs. 4 AktG voraussetzt (Bestätigung des BMF-Schreibens vom 16.12.2005, BStBl I 2006, S. 12) und dass**
- b) **mit der Vertragsklausel**

„Die (Organträgerin) ist entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind“

eine Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG vereinbart wird (gegen Verfügung der OFD Rheinland vom 12.8.2009, DStR 2010, 1136).

BFH, Beschluss vom 28.7.2010, I B 27/10

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin begehrt die Aussetzung der Vollziehung (AdV) von Bescheiden über die Festsetzung von Steuervorauszahlungen.

¹ LG Potsdam, ZNotP 2011, 39 m. zust. Anm. *Tiedtke*.

² OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.11.2010 – 7 Wx 25/10; ebenso OLG Celle, JurBüro, 658; OLG Stuttgart, RNotZ, 615 m. abl. Anm. *Diehn*.

³ *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 50 Rdnr. 6 a, 21 a.

⁴ *Bengel*, DNotZ 1996, 361, 362.

⁵ OLG Hamm, MittBayNot 2009, 325; OLG Frankfurt/M., MittBayNot 2008, 410; BayObLG, DNotZ 1996, 396; *Hartmann*, Kostengesetze, 39. Aufl. 2009, § 35 KostO Rdnr. 4 f.

⁶ *Diehn*, RNotZ 2010, 616.

Die Antragstellerin ist eine GmbH, die ein abweichendes Wirtschaftsjahr hat, das jeweils zum 30. Juni endet. Am 6.12.2006 schloss die Antragstellerin mit ihrer alleinigen Gesellschafterin – der D-AG – einen erstmals zum 30.6.2012 kündbaren Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (BGV), in dem sich die Antragstellerin zur Abführung ihres Gewinns an die D-AG verpflichtete. Der mit „Verlustübernahme“ überschriebene § 3 Abs. 1 BGV hatte zunächst folgenden Wortlaut:

„Die (D-AG) ist entsprechend den Vorschriften des § 302 Abs. 1 und 3 AktG verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.“

Im gemeinsamen Bericht der Antragstellerin und der D-AG nach § 293 a AktG vom 6.12.2006 heißt es u. a.:

„Die (D-AG) verpflichtet sich, gemäß § 302 AktG jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen.“

Der Antragsgegner (das Finanzamt – FA–) sah die Voraussetzungen einer körperschaftsteuerrechtlichen Organshaft nicht als gegeben an, weil im Hinblick auf die Verlustübernahme die Verjährungsregelung des § 302 Abs. 4 AktG (in der Fassung des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004, BGBl 2004 I, S. 3214) nicht Bestandteil des BGV geworden sei. Er setzte deshalb mit Bescheid vom 6.7.2009, Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für die Wirtschaftsjahre 2008/2009, 2009/2010 sowie für 2010/2011 und weitere Jahre fest. Die Antragstellerin erhob hiergegen Einspruch, über den das FA noch nicht entschieden hat.

Die Antragstellerin beantragte sodann beim FA die AdV des Vorauszahlungsbescheids und reichte eine „Klarstellungsvereinbarung“ zwischen Antragstellerin und D-AG vom 25.8.2009 ein, in der es u. a. heißt:

„Die (Antragstellerin) und die (D-AG) waren und sind sich darin einig, die umfassende Geltung der Bestimmung des § 302 AktG vereinbart zu haben.

Es sind von dritter Seite Zweifel aufgekommen, ob der Wortlaut des Vertrages die gesamten Bestimmungen zur Verlustübernahme, insbesondere die Verjährungsbestimmungen in § 302 Abs. 4 AktG umfasst: Zur Beseitigung des Widerspruchs zwischen dem Vertrag und dem Gemeinsamen Bericht wird § 3 des Vertrages vom 6.12.2006 daher wie folgt klargestellt:

§ 3 Verlustübernahme

(1) Die (D-AG) ist entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind ...“

Das FA lehnte die AdV ab. Ohne Erfolg blieb auch der anschließend an das Sächsische Finanzgericht (FG) gerichtete AdV-Antrag der Antragstellerin, den das FG mit Beschluss vom 30.11.2009 6 V 1426/09 abgelehnt hat.

Gegen den FG-Beschluss richtet sich die vom FG zugelassene Beschwerde der Antragstellerin, der das FG nicht abgeholfen hat. Im Beschwerdeverfahren reichte die Antragstellerin eine „Änderungsvereinbarung“ zwischen der Antragstellerin und der D-AG vom 2.12.2009 ein. Danach wird der BGV in der Fassung der „Klarstellungsvereinbarung“ vom 25.8.2009 dahin geändert, dass er erstmals zum Ablauf des 30.6.2015 gekündigt werden kann. Nach Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung der Antragstellerin und die Hauptversammlung der D-AG wurden die Vertragsänderungen gemäß der „Klarstellungsvereinbarung“ und der „Änderungsvereinbarung“ am 28.1.2010 im Handelsregister eingetragen.

Während des Beschwerdeverfahrens hat das FA mit Bescheid vom 25.1.2010 die Höhe der ab dem vierten Kalendervierteljahr 2009 zu leistenden Vorauszahlungen herabgesetzt.

Die Antragstellerin beantragt, den FG-Beschluss aufzuheben, die Vollziehung des Bescheids des FA vom 25.1.2010 hinsichtlich der

Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer i. H. v. 9.048 € (Jahresbetrag) auszusetzen und – soweit der Bescheid bereits vollzogen worden ist – die Vollziehung aufzuheben. Das FA beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat teilweise Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Nachdem die Antragstellerin ihre Beschwerde auf die mit Bescheid vom 25.1.2010 festgesetzten Vorauszahlungsbeträge zur Körperschaftsteuer beschränkt hat, ist der ursprüngliche Vorauszahlungsbescheid des FA vom 6.7.2009, soweit er sich auf Vorauszahlungsbeträge bis einschließlich des dritten Kalendervierteljahrs 2009 bezieht, nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittels.

2. Soweit die Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer auf dem Herabsetzungsbescheid vom 25.1.2010 beruhen (Vorauszahlungen ab dem vierten Kalendervierteljahr 2009), ist der angefochtene FG-Beschluss aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil sich insoweit während des Beschwerdeverfahrens der Verfahrensgegenstand geändert hat. Das FG hat über die AdV des ursprünglichen Vorauszahlungsbescheids vom 6.7.2009 entschieden. An die Stelle dieses Bescheids ist in Bezug auf die ab dem vierten Kalendervierteljahr 2009 zu leistenden Vorauszahlungen der Bescheid vom 25.1.2010 getreten, der insoweit entsprechend § 68 Satz 1 FGO Gegenstand des Verfahrens geworden ist (vgl. BFH, Beschluss vom 6.11.1987, III B 101/86, BFH/NV 1988, 312). Der angefochtene Beschluss ist insoweit gegenstandslos. Da sich die tatsächlichen Grundlagen des Streitstoffs nicht geändert haben, kann der Senat über die streitigen Rechtsfragen selbst entscheiden und braucht er die Sache nicht an das FG zurückzuverweisen.

3. Soweit sich der Bescheid vom 25.1.2010 auf Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für das Wirtschaftsjahr 2009/2010 bezieht (Zahlungen bis einschließlich des zweiten Kalendervierteljahrs 2010), ist der Antrag auf AdV abzulehnen.

a) Nach § 69 Abs. 3 Satz 1 FGO kann das Gericht der Hauptsache die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsaktes ganz oder teilweise aussetzen. Die Aussetzung soll – u. a. und soweit hier einschlägig – erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO). Ist der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen, kann das Gericht ganz oder teilweise die Aufhebung der Vollziehung, auch gegen Sicherheit, anordnen (§ 69 Abs. 3 Satz 3 FGO).

Ernstliche Zweifel i. S. v. § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO sind u. a. dann zu bejahen, wenn bei summarischer Prüfung des angefochtenen Steuerbescheides neben für seine Rechtmäßigkeit sprechende Umstände gewichtige Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung von Rechtsfragen bewirken (vgl. BFHE 87, 447, BStBl III 1967, S. 182, seitdem ständige Rechtsprechung).

b) Derartige ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vorauszahlungsbescheids bestehen – soweit das Wirtschaftsjahr 2009/2010 betroffen ist – nicht. Der Auffassung des FG, wonach der BGV in seiner ursprünglichen Fassung keine körperschaftsteuerrechtliche Organshaft i. S. v. § 14 i. V. m. § 17 KStG zwischen der Antragstellerin und der D-AG begründet hat, ist nach summarischer Prüfung zuzustimmen.

aa) Verpflichtet eine andere als die in § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG bezeichnete Kapitalgesellschaft mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland – und damit auch eine inländische GmbH – sich wirksam, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen i. S. d. § 14 KStG abzuführen, so gelten nach § 17 Satz 1 KStG die §§ 14–16 KStG entsprechend. Als weitere Voraussetzung für die Anerkennung der Organschaft verlangt § 17 Satz 2 KStG u. a., dass eine Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG vereinbart wird (§ 17 Satz 2 Nr. 2 KStG). Nach ständiger Spruchpraxis des BFH (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 3.3.2010, I R 68/09, DStR 2010, 858, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt, m. w. N.) muss der Ergebnisabführungsvertrag eine dem § 302 AktG entsprechende Vereinbarung enthalten. Das erstreckt sich auf § 302 AktG in seiner Gesamtheit und in allen seinen Bestandteilen (in den jeweiligen Regelungsfassungen), also seit Einfügung der Verjährungsregelung des § 302 Abs. 4 AktG durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit Wirkung vom 15.12.2004 auch auf diese (*Erle/Heurung* in *Erle/Sauter*, KStG, 3. Aufl., § 17 Rdnr. 37; *Schothöfer*, GmbHR 2005, 982; vgl. auch Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 16.12.2005, BStBl I 2006, S. 12, wonach allerdings das Fehlen eines Hinweises auf § 302 Abs. 4 AktG in vor dem 1.1.2006 abgeschlossenen Ergebnisabführungsverträgen von der Verwaltung nicht beanstandet wird; dazu *Fatouros*, FR 2006, 163). § 302 Abs. 4 AktG sieht eine Verjährung der Ansprüche aus § 302 AktG in zehn Jahren seit dem Tag, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs bekannt gemacht worden ist, vor und weicht damit von den allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195, 199 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab.

bb) Die ursprüngliche Fassung des BGV zwischen der Antragstellerin und der D-AG (BGV a. F.) enthält keine Vereinbarung, die § 302 Abs. 4 AktG einbezieht. Vielmehr werden nach § 3 BGV a. F. lediglich § 302 Abs. 1 und 3 AktG, nicht aber die übrigen Absätze der Vorschrift als entsprechend anwendbar bezeichnet. Die Vertragsbestimmung kann deshalb nach der gebotenen objektivierten Auslegung von Unternehmensverträgen (dazu BFHE 220, 51) nur so verstanden werden, dass die Geltung der nicht erwähnten Regelung des § 302 Abs. 4 AktG nicht vereinbart worden ist. An dieser Auslegung vermag die Formulierung in der gemeinsamen Erklärung der Vertragsparteien gemäß § 293 a AktG, wonach sich die D-AG verpflichte, gemäß § 302 AktG jeden Jahresfehlbetrag auszugleichen, nichts zu ändern. Denn dabei handelt es sich lediglich um eine allgemeine Beschreibung, die gegenüber der konkreten Vertragsklausel des § 3 BGV a. F. nachrangig ist und deshalb nicht dazu führen kann, die dort getroffenen Regelungen entgegen deren eindeutigen Wortlaut auszulegen.

cc) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Verjährungsregeln des § 302 Abs. 4 AktG in zivilrechtlicher Hinsicht möglicherweise auch ohne die ausdrückliche Einbeziehung in Ergebnisabführungsverträgen mit einer GmbH anwendbar sind (so z. B. MünchKommGmbHG/Liebscher, 2010, § 13 Anh. Rdnr. 846). Insoweit gilt nichts anderes als für die Regelungen über Verzicht und Vergleich hinsichtlich des Verlustübernahmeanspruchs in § 302 Abs. 3 AktG, die nach § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG 2002 unabhängig davon im Ergebnisabführungsvertrag vereinbart sein müssen, dass nach der jüngeren zivilrechtlichen Rechtsprechung die Regelung des § 302 AktG im GmbH-Konzern analog anzuwenden ist. Insoweit wird nochmals auf das Senatsurteil in DStR 2010, 858 und die dortigen Nachweise – auch zur Gegenauffassung – Bezug genommen.

dd) Die mit der „Klarstellungsvereinbarung“ vom 25.8.2009 vorgenommene und im Januar 2010 im Handelsregister eingetragene Änderung des § 3 BGV vermag im Hinblick auf das Wirtschaftsjahr 2009/2010 nichts am Fehlen der Voraussetzungen des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG zu ändern. Die in § 17 Satz 1 KStG für den GmbH-Konzern angeordnete entsprechende Anwendung von § 14 KStG betrifft auch die Voraussetzungen zu Beginn und Ende der Wirksamkeit des Ergebnisabführungsvertrages. Der Vertrag muss also gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen sein und während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt werden. Diese zeitlichen Erfordernisse erstrecken sich gleichermaßen auf die Einbeziehung der Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG gemäß § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG (vgl. Senatsurteile vom 22.2.2006, I R 74/05, BFH/NV 2006, 1513 und I R 73/05, GmbHR 2006, 890 sowie in DStR 2010, 858).

4. In Bezug auf die Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für die Wirtschaftsjahre ab 2010/2011 (Zahlungen ab dem dritten Kalendervierteljahr 2010) ist die Aussetzung bzw. – soweit er bereits vollzogen ist – die Aufhebung der Vollziehung des Bescheids vom 25.1.2010 anzuordnen. Denn nach summarischer Prüfung erfüllt der BGV seit der Eintragung der mit der „Klarstellungsvereinbarung“ vom 25.8.2009 und der „Änderungsvereinbarung“ vom 2.12.2009 vorgenommenen Änderungen der §§ 3, 5 BGV (BGV n. F.) in das Handelsregister am 28.1.2010 die Voraussetzungen der §§ 14, 17 KStG.

a) Nach § 3 Abs. 1 BGV n. F. ist die D-AG „entsprechend den Vorschriften des § 302 des Aktiengesetzes verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind“. Diese Vereinbarung ist so zu verstehen, dass damit sämtliche Regelungen des § 302 AktG zum Vertragsinhalt gemacht werden.

Der Auffassung des FA (vgl. auch Verfügung der Oberfinanzdirektion Rheinland vom 12.8.2009, DStR 2010, 1136 zu einer vergleichbaren Klausel), durch § 3 Abs. 1 BGV n. F. werde lediglich auf § 302 Abs. 1 AktG, nicht aber auch auf dessen Absätze 3 und 4 Bezug genommen, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Vertragsklausel verweist in ihrem ersten Teil insgesamt auf die „Vorschriften des § 302 AktG“, mithin auch auf dessen Absätze 3 und 4. Die im Anschluss daran erfolgende Wiedergabe des Wortlauts des § 302 Abs. 1 AktG soll erkennbar der Beschreibung des Tatbestands der Verlustübernahme dienen. Sie ist deshalb nicht dahin zu verstehen, dass sie die vorangestellte umfassende Bezugnahme auf § 302 AktG relativieren und dessen Absätze 3 und 4 von der Einbeziehung in den Vertrag ausnehmen soll (ebenso *Lenz*, Die Unternehmensbesteuerung 2010, 179, 180; *Rödler*, DStR 2010, 1218, 1219).

b) Das erste Wirtschaftsjahr der Antragstellerin, in dem die durch die Eintragung im Handelsregister wirksam gewordene geänderte Regelung des § 3 BGV n. F. von Anfang an gilt, ist das am 1.7.2010 beginnende Wirtschaftsjahr 2010/2011. Da nach der ebenfalls geänderten Bestimmung des § 5 BGV n. F. der Vertrag erstmals zum 30.6.2015 gekündigt werden kann, ist er ab diesem Zeitpunkt mindestens noch auf fünf Jahre abgeschlossen und kann in diesem Zeitraum tatsächlich durchgeführt werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG).

Mithin ist nach summarischer Prüfung ab dem 1.7.2010 vom Bestehen einer körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft zwischen der Antragstellerin und der D-AG auszugehen. Das

hat gemäß § 17 Satz 1 i. V. m. § 14 Abs. 1 KStG zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Gewinne der Antragstellerin körperschaftsteuerrechtlich nicht mehr dieser, sondern der D-AG zuzurechnen sind und die Antragstellerin dafür mithin voraussichtlich keine Körperschaftsteuern entrichten muss. Da nach § 31 Abs. 2 KStG i. V. m. § 37 Abs. 1 EStG bei einem vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahr die Vorauszahlungen auf die Körperschaftsteuer bereits während des Wirtschaftsjahrs zu entrichten sind, können im Streitfall für die Zeit ab dem 1.7.2010 gegen die Antragstellerin keine Vorauszahlungen auf die Körperschaftsteuer mehr festgesetzt werden.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Stelzer*, MittBayNot 2011, 261 (in diesem Heft).

30. KStG §§ 14, 17 Satz 2 Nr. 2; AktG § 302 Abs. 4; FGO § 69 Abs. 3 (*Vereinbarung der Verlustübernahme bei körperschaftsteuerlicher Organschaft – Änderung und Richtigstellung des Senatsbeschlusses vom 28.7.2010*)

1. **Änderung und Richtigstellung des Senatsbeschlusses vom 28.7.2010, I B 27/10 (DStR 2010, 1777 = MittBayNot 2011, 257).**
2. **Der BFH kann als Beschwerdegericht zuständiges Gericht der Hauptsache für die amtswegige Änderung oder Aufhebung eines AdV-Beschlusses nach Maßgabe von § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO sein (Abgrenzung vom Senatsbeschluss vom 25.3.1993, I S 5/93, BFHE 171, 197, BStBl II 1993, S. 515).**

BFH, Beschluss vom 15.9.2010, I B 27/10

Der Senat hat durch Beschluss vom 28.7.2010, I B 27/10 (DStR 2010, 1777 = MittBayNot 2011, 257) über die Beschwerde der Antragstellerin gegen den vorangegangenen ablehnenden Beschluss des Sächsischen FG vom 30.11.2009, 6 V 1426/09 entschieden. In der Sache ging es um die Aussetzung der Vollziehung (AdV) eines Bescheids über die Festsetzung von Steuervorauszahlungen. Die Beschwerde hatte Erfolg in Bezug auf die Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für die Wirtschaftsjahre ab 2010/2011, sie blieb im Ergebnis jedoch erfolglos hinsichtlich der Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für das Wirtschaftsjahr 2009/2010.

Aus den Gründen:

II.

Letzteres – die Erfolglosigkeit der Beschwerde hinsichtlich der Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer für das Wirtschaftsjahr 2009/2010 – ist nach Lage der Dinge ohne hinreichende Rechtsgrundlage geschehen. Der Senat ändert seinen Beschluss vom 28.7.2010 deswegen gemäß § 69 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. Abs. 3 FGO und gibt der Beschwerde nunmehr in vollem Umfang statt.

1. Der Senat hat in dem Bezugsbeschluss unter II. 3. b dd der Entscheidungsgründe ausgeführt:

„Die mit der ‚Klarstellungsvereinbarung‘ vom 25.8.2009 vorgenommene und im Januar 2010 im Handelsregister eingetragene Änderung des § 3 BGV (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag) vermag im Hinblick auf das Wirtschaftsjahr 2009/2010 nichts am Fehlen der Voraussetzungen des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG zu ändern. Die in § 17 Satz 1 KStG für den GmbH-Konzern angeordnete entsprechende Anwendung von

§ 14 KStG betrifft auch die Voraussetzungen zu Beginn und Ende der Wirksamkeit des Ergebnisabführungsvertrages. Der Vertrag muss also gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen sein und während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt werden. Diese zeitlichen Erfordernisse erstrecken sich gleichermaßen auf die Einbeziehung der Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG gemäß § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG (vgl. Senatsurteile vom 22.2.2006, I R 74/05, BFH/NV 2006, 1513 und I R 73/05, GmbHR 2006, 890 sowie in DStR 2010, 858).“

Unter II. 4. b der Entscheidungsgründe heißt es sodann im Hinblick auf die durch die ‚Klarstellungsvereinbarung‘ vom 25.8.2009 und die ‚Änderungsvereinbarung‘ vom 2.12.2009 vorgenommenen Änderungen des ursprünglichen Ergebnisabführungsvertrages und deren Eintragung in das Handelsregister am 28.1.2010:

„Das erste Wirtschaftsjahr der Antragstellerin, in dem die durch die Eintragung im Handelsregister wirksam gewordene geänderte Regelung des § 3 BGV n. F. von Anfang an gilt, ist das am 1.7.2010 beginnende Wirtschaftsjahr 2010/2011. Da nach der ebenfalls geänderten Bestimmung des § 5 BGV n. F. der Vertrag erstmals zum 30.6.2015 gekündigt werden kann, ist er ab diesem Zeitpunkt mindestens noch auf fünf Jahre abgeschlossen und kann in diesem Zeitraum tatsächlich durchgeführt werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG).

Mithin ist nach summarischer Prüfung ab dem 1.7.2010 vom Bestehen einer körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft zwischen der Antragstellerin und der D-AG auszugehen. Das hat gemäß § 17 Satz 1 i. V. m. § 14 Abs. 1 KStG 2002 zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Gewinne der Antragstellerin körperschaftsteuerrechtlich nicht mehr dieser, sondern der D-AG zuzurechnen sind ...“

2. Diese zeitliche Differenzierung entspricht nicht der einschlägigen Regelungslage in § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 KStG. Denn danach muss der Gewinnabführungsvertrag zwar auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen und während seiner gesamten Geltungsdauer durchgeführt werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG). Eine vorzeitige Beendigung des Vertrages durch Kündigung ist (nur) unschädlich, wenn ein wichtiger Grund die Kündigung rechtfertigt (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 KStG). Ein solcher Aufhebungsgrund war im Streitfall indessen gegeben. Denn der ursprüngliche Gewinnabführungsvertrag entsprach – unbeschadet seiner gesellschaftsrechtlichen Wirksamkeit und wie im Senatsbeschluss in DStR 2010, 1777 im Einzelnen ausgeführt – nicht den spezifischen steuerrechtlichen Anforderungen des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG. Dessenwegen änderten die Antragstellerin und die D-AG den Vertrag am 2.12.2009 und passten ihn an die steuerrechtlichen Anforderungen an. Die Änderungsvereinbarung wurde am 28.1.2010 in das Handelsregister eingetragen und damit noch im laufenden Wirtschaftsjahr 2009/2010 der Antragstellerin rechtswirksam. Das hat nach § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG zur Folge, dass das Einkommen der Organgesellschaft – hier der Antragstellerin – für jenes Wirtschaftsjahr 2009/2010 dem Organträger erstmals für das Kalenderjahr 2010 zuzurechnen ist. Dass die geänderte und den steuerrechtlichen Anforderungen genügende Vereinbarung vom Anfang des betreffenden Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft an gelten müsste, ist unrichtig. Es bestehen deswegen auch bereits für das Wirtschaftsjahr 2009/2010 ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vorauszahlungsbescheides (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO).

3. Der Senat ist befugt, seinen Beschluss zu ändern. Diese

Befugnis ergibt sich aus § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO. Zwar räumt diese Vorschrift eine solche Änderungsbefugnis nur dem „Gericht der Hauptsache“ ein, und hat der Senat – für die insoweit gleichlautende Vorläuferregelung des § 69 Abs. 3 Satz 5 FGO a. F. – entschieden, Gericht der Hauptsache in diesem Sinne sei nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens nicht mehr der BFH, sondern das FG (BFHE 171, 197, BStBl II 1993, S. 515; vorangehend BFHE 166, 350, BStBl II 1992, S. 618; vgl. ebenso BFH, Beschluss vom 16.12.1994, VIII S 4/94, BFH/NV 1995, 800). Doch lagen diesen Entscheidungen und dem Streitfall unterschiedliche Ausgangssituationen zugrunde: Dort war über entsprechende Änderungs- und Aufhebungsanträge des Steuerpflichtigen nach ablehnender Entscheidung durch den BFH zu befinden, hier aber geht es um die Richtigstellung eines Beschlusses über den AdV-Antrag durch das entscheidende Gericht von Amts wegen. Diese Unterscheidung wird – zwischenzeitlich und abweichend von der früheren Regelungslage (vgl. dazu *Gosch* in Beermann/Gosch, § 69 FGO Rdnr. 2 m. w. N. zur Rechtsentwicklung) – auch in der Finanzgerichtsordnung nachvollzogen, wenn § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO dem Gericht der Hauptsache vorbehaltlos die jederzeitige Änderung oder Aufhebung von Beschlüssen über Anträge nach § 69 Abs. 3 und 5 Satz 3 FGO einräumt, § 69 Abs. 6 Satz 2 FGO einen entsprechenden Änderungs- oder Aufhebungsantrag der Verfahrensbeteiligten nunmehr jedoch von qualifizierenden und einschränkenden Voraussetzungen abhängig macht. Anders als ein solcher Änderungs- oder Aufhebungsantrag wegen veränderter Umstände ist die Befugnis des Gerichts der Hauptsache zur jederzeitigen amtswegigen Änderung oder Aufhebung also in erster Linie darauf gerichtet, seine eigene, nach nur summarischer Rechts- und Sachverhaltsprüfung gewonnene Entscheidung nochmals zu überprüfen und ggf. richtigzustellen. Vor diesem Hintergrund richtet sich diese Befugnis jedoch ersichtlich an das „nämliche“ Gericht. Dieses soll in die Lage versetzt werden, „seinen“ Ursprungsbeschluss – in einem nachlaufenden Anschlussverfahren – zu korrigieren oder anzupassen. § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO relativiert insoweit die grundsätzliche Selbstbindung des betreffenden Gerichts an seine Entscheidung (vgl. dazu für Beschlüsse z. B. *Seer* in Tipke/Kruse, AO, FGO, § 132 FGO Rdnr. 27 m. w. N.) zugunsten einer materiell „richtigen“ Entscheidung.

So gesehen ist im Falle eines AdV-Beschlusses im Beschwerdeverfahren Gericht der Hauptsache i. S. d. § 69 Abs. 6 Satz 1 FGO aber der BFH und nicht das FG; die konstitutive Beschlusszuständigkeit des BFH wirkt fort. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich die Hauptsache – wie vorliegend – noch im behördlichen Einspruchsverfahren befindet und das FG insoweit noch nicht mit dieser „Hauptsache“ befasst ist.

4. Konsequenz der vom Senat vollzogenen Änderung des Ausgangsbeschlusses ist die vollumfängliche Aussetzung bzw. Aufhebung der Vollziehung des angefochtenen Vorauszahlungsbescheids.

Anmerkung:

Die Beschlüsse des BFH ergingen zu den steuerlichen Anforderungen an die im Ergebnisabführungsvertrag zwischen einer GmbH als Organgesellschaft und einer Kapitalgesellschaft als Organträger einer körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organshaft zu regelnde Verlustübernahmevereinbarung.

1. Ausgangslage

Nach der Bestimmung des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG wird ein

Organschaftsverhältnis nur dann steuerlich anerkannt, wenn eine Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG ausdrücklich vereinbart wird. Nachdem durch das Gesetz zur Anpassung der Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9.12.2004 (BGBl I, S. 3214) § 302 AktG um einen weiteren Absatz 4 ergänzt wurde, stellte sich die Frage, ob dieser neue Absatz 4 von einer bereits bestehenden bzw. neu getroffenen Verlustübernahmevereinbarung erfasst sein muss. Hierzu hat die Finanzverwaltung mit Schreiben vom 16.12.2005 (BStBl I 2006, S. 12) Stellung genommen, und für ab dem 1.1.2006 geschlossene Verträge eine solche Einbeziehung in die Verlustübernahmevereinbarung gefordert. Diese Auffassung wurde durch die vorliegenden Beschlüsse des BFH nunmehr bestätigt.

2. Verlustübernahmevereinbarung

Das Problem hätte sich erübrigt, wenn entsprechend der Stellungnahme des Bundesrats zum Jahressteuergesetz 2010 (BR-Drucks. 318/10) für die steuerliche Anerkennung einer körperschaft- und gewerbsteuerlichen Organshaft lediglich eine bestehende – auch nur gesetzliche – Verpflichtung zur Verlustübernahme zu fordern wäre. Eine entsprechende Änderung des § 17 Satz 2 KStG hat jedoch keinen Eingang in das Jahressteuergesetz 2010 gefunden, so dass es insoweit bei der bisherigen Rechtslage verblieben ist.

Eine gewisse Nervosität ist unter den steuerlichen Beratern ausgebrochen, als die Finanzverwaltung basierend auf der bundeseinheitlich abgestimmten Verfügung der OFD Rheinland vom 12.8.2009 (DStR 2010, 1136) durch die im Leitsatz des BFH-Beschlusses vom 28.7.2010 abgedruckte Formulierung nur eine Verweisung auf § 302 Abs. 1 AktG und nicht auf die weiteren Absätze des § 302 AktG erkannte. Die Nervosität gründete insbesondere darauf, dass diese Formulierung in der Praxis weit verbreitet ist und zur Versagung der steuerlichen Anerkennung zahlreicher Organschaften geführt hätte. Der BFH ist in seinem ersten Beschluss vom 28.7.2010 der Verwaltungsauffassung entgegengetreten und hat die im entschiedenen Fall verwendete Klausel gebilligt. Eine allgemeingültige Aussage über den zu fordernden Umfang einer Verlustübernahmevereinbarung konnte der BFH über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht treffen.

Hierzu erging relativ rasch das BMF-Schreiben vom 19.10.2010 (DStR 2010, 2193), in dem sich das BMF dem BFH anschloss und die im BFH-Beschluss enthaltenen Grundsätze in allen noch offenen Steuerfestsetzungsverfahren für anwendbar erklärte. Damit gelten für die Verlustübernahme folgende Grundsätze:

(1) Die Verlustübernahme bedarf entsprechend des Wortlauts des § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG einer ausdrücklichen Vereinbarung.

(2) In der Verlustübernahmevereinbarung muss auf die Vorschrift des § 302 AktG in ihrer Gesamtheit Bezug genommen werden, wobei es ausreicht, im Rahmen dieser Bezugnahme lediglich auf die Bestimmung des § 302 AktG als solche dynamisch zu verweisen. Eine solche Verweisung könnte etwa lauten:

„Die Vorschriften des § 302 AktG über die Verpflichtung zur Verlustübernahme finden entsprechende Anwendung.“

Einer Wiederholung des Wortlauts oder eine sinngemäße Wiedergabe des Regelungsgehalts bedarf es nicht und ist darüber hinaus, jedenfalls bei Abschluss neuer Ergebnisabführungsverträge, nicht zweckmäßig.

Enthält aber eine bestehende Verlustübernahmevereinbarung

im Anschluss eine solche Verweisung weitere Ausführungen, dürfen diese nicht erkennbar darauf gerichtet sein, die Bezugnahme auf den gesamten Regelungsgehalt des § 302 AktG zu relativieren oder die Verlustübernahme teilweise auszuschließen. Laut BMF ist jedoch hierfür ein großzügiger Maßstab anzusetzen, da eine erkennbare Relativierung oder Einschränkung nur vorliegt, wenn der Wortlaut der Vereinbarung diese eindeutig vorsieht, also keiner Auslegung mehr zugänglich ist, oder – soweit der Wortlaut noch einer Auslegung zugänglich wäre – über den Wortlaut hinaus weitere konkrete Anhaltspunkte vorliegen.

3. Heilung von Verlustübernahmevereinbarungen

Im Sachverhalt, der den Beschlüssen des BFH zugrunde lag, hatten die Organgesellschaft und der Organträger zunächst durch eine (untaugliche) Klarstellungsvereinbarung vom 25.8.2009 und sodann durch Änderungsvereinbarung vom 6.12.2009, die im Januar 2010 im Register eingetragen wurde, § 302 AktG in seiner Gesamtheit in die Verlustübernahmevereinbarung einbezogen. Der BFH hatte in seinem Beschluss vom 28.7.2010 die steuerliche Anerkennung dieser Änderungen für das vom Kalenderjahr abweichende Wirtschaftsjahr 2009/2010 versagt, da die Änderungsvereinbarung noch nicht von Beginn des Wirtschaftsjahrs 2009/2010 an wirksam war. Diese Ansicht hat der BFH jedoch im Beschluss vom 15.9.2010 revidiert und es entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG für ausreichend erachtet, wenn die Änderungsvereinbarung noch vor Ablauf des Wirtschaftsjahrs rechtswirksam wird, dessen Einkommen dem Organträger

erstmalig im Sinne der Änderungsvereinbarung zuzurechnen ist. Für die notarielle Praxis ist dies insofern bedeutsam, als nun die Fälle der erstmaligen Eintragung und der Heilung von Ergebnisabführungsverträgen im Hinblick auf die Eintragung im Handelsregister gleich zu behandeln sind.

4. Änderung von Ergebnisabführungsverträgen infolge Neufassung des § 301 AktG?

Im Zusammenhang mit gesetzlichen Änderungen im Bereich der Unternehmensverträge sei ergänzend erwähnt, dass durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.5.2009 (BGBl I, S. 1102) auch noch § 301 AktG geändert wurde. § 301 AktG regelt die Höhe des maximal abzuführenden Gewinns und ist über § 17 Satz 2 Nr. 1 KStG steuerlich neben Aktiengesellschaften auch bei anderen Kapitalgesellschaften zu beachten. Es stellt sich daher die Frage, ob auch infolge dieser Gesetzesänderung bestehende Verträge zur Erhaltung der steuerlichen Anerkennung angepasst werden müssen. Das BMF hat hierzu in seinem Schreiben vom 14.1.2010 (BStBl I, S. 65) in der Weise Stellung genommen, dass § 301 AktG nur im Rahmen der *Durchführung* eines Ergebnisabführungsvertrags zu beachten ist, auch wenn der Vertrag abweichende Bestimmungen enthält. Eine Verpflichtung zur Anpassung des Ergebnisabführungsvertrags besteht also nicht. In der notariellen Praxis ist die Änderung jedoch insofern bedeutsam, als die Gesetzesänderung im Rahmen von Neuabschlüssen von Ergebnisabführungsverträgen beachtet werden sollte.

Notar Jochen Stelzer, Neu-Ulm

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar a. D. Dr. Gerd Lintz, Landsberg am Lech, wurde am 4.4.2011 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Johann Schmidlein, Lichtenfels, verstorben am 5.2.2011

Notar a. D. Dr. Helmut Lickleder, Altötting, verstorben am 14.3.2011

Notar Gerhard Weichselbaumer, München, verstorben am 24.3.2011

3. Amtsniederlegung nach § 48 BNotO:

Mit Wirkung vom 1.3.2011:

Notar Dr. Thomas Diehn, Deggendorf
(bleibt Geschäftsführer der BNotK)

4. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Notar Ralph-Christoph Knerr, Furth im Wald

5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.3.2011:

Deggendorf dem Notarassessor
Dr. Thomas Diehn
(bisher in Dachau
Notarstellen Dr. Mayr/
Dr. Odersky)

Deggendorf dem Notarassessor
Florian Machleidt
(bisher in Altdorf b. Nürnberg
Notarstellen Dr. Limpert/
Dr. Burkhardt)

Mit Wirkung zum 1.5.2011:

Nürnberg dem Notar
(in Sozietät mit Stefan Weinmann
Notar Gerhard Thoma) (bisher in Markt Erlbach)

Wertingen der Notarassessorin
Dr. Brigitte Bauer
(bisher in München
Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Mit Wirkung zum 1.6.2011:

Alzenau der Notarin a. D.
(in Sozietät mit Notar Dr. Annette Pötting
Dr. Sebastian Bleifuß)

Augsburg dem Notar
Paul Michelfeit
(bisher in Werneck)

Kaiserslautern dem Notar
Martin Naumann
(bisher in Kusel)

Lauf a. d. Pegnitz dem Notar
Dr. Wolfram Waldner
(bisher in Bayreuth)

Mit Wirkung zum 1.7.2011:

Burghausen der Notarin a. D.
Brigitte Burgmann

Mit Wirkung zum 1.8.2011:

München dem Notar
Joseph Höhle
(bisher in Tittmoning)

6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2011:

Karl Christian Büringer, Trostberg (Notarstellen Mehler/
Dr. Vierling)

Dr. Benedikt Schreindorfer, Mindelheim (Notarstelle
Franzmann)

7. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2011:

Barbara Andrä, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben)
Susanne Bestle, Dillingen a. d. Donau (Notarstelle
Egner)

Verena Briller, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Sabine Dechert, Zweibrücken (Notarstellen Vogel/
Dr. Schmitz)

Andrea Feuchter, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bruch)

Susanne Froschmeier, Augsburg (Notarstellen Prof.
Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Iris Grießmeier, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/
Dr. Kornexl)

Carolin Hainke, Rothenburg o. d. Tauber (Notarstelle
Freitag)

Jobst Katja, Wörth a. d. Donau (Notarstelle Eicher)

Stefanie Junghans, Ochsenfurt (Notarstellen Zöpfl/
Grömer)

Andrea Lippold, Ebersberg (Notarstellen Griebel/
Dr. Baumhof)

Ina Müller, Lauterecken (Notarstelle Dr. Gilcher)

Sebastian Müller, München (Notarstellen Dr. Kössinger/
Dr. Bräu)

Daniel Nather, Burgau (Notarstelle Schmitt)

Helene Neubauer, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/
Dr. Macht)

Sandy Penzel, Passau (Notarstellen Dr. Schwarz/
Dr. Bandel)

Christina Sauerbeck, Schwabach (Notarstellen Dr. Böh-
mer/Dr. Schneider)

Simon Stadler, Traunstein (Notarstelle Riegel)

Tanja Ziegler, Nürnberg (Notarstellen Dr. Adrian/
Dr. Wahl)

8. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Babenhausen (bis 31.7.2010 Notar Patrick Schneider) wurde mit Wirkung vom 1.3.2011 aufgehoben. Die Notare Sigrun Erber-Faller und Arnold Voran, Memmingen, führen die Geschäftsstelle in Babenhausen fort. Notar Arnold Voran verwahrt die Urkunden von Notar Patrick Schneider.

Infolge der Aufhebung der Notarstelle Babenhausen wurden die Gemeinden Altstadt, Kellmünz, Oberroth und Osterberg dem Amtsbereich der Notarstelle Illertissen, alle übrigen dem Amtsbereich der Notarstellen in Memmingen zugeordnet.

Notarassessor Arne Henn, Klingenberg (Notarstelle Baumeister), ab 1.3.2011 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Notarassessorin Sonja Pelikan, Bischofsheim a. d. Röhren (Notarstelle Koch), ab 1.3.2011 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessor Ralf Rebhan (bislang abgeordnet an die BNotK), ab 1.3.2011 in Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Notarassessor Philipp Lederer, Würzburg (DNotI), wurde mit Wirkung zum 3.3.2011 promoviert

Notarassessorin Anja Gerono, Nürnberg (Notarstellen Regler/Thoma), ab 5.3.2011 in Klingenberg (Notarstelle Baumeister)

Notarassessor Dr. Peter Huttenlocher, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 21.3.2011 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Bastian Grimm, Bad Griesbach i. R. (Notarstelle Dr. Forthäuser), ab 1.4.2011 in Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Oberinspektorin i. N. Barbara Fendt, Babenhausen (Notarstelle Schneider), ab 1.3.2011 in Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran)

Oberinspektorin i. N. Doris Funke, Erlangen (derzeit in Elternzeit), ab 1.3.2011 in Fürth (Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

Oberinspektorin i. N. Karin Keisel, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch), ab 1.3.2011 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Inspektorin i. N. Gerlinde Kupferschmid, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.4.2011 in München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Oberinspektorin i. N. Stefanie Hannemann, Greding (Notarstelle Müller), ab 1.5.2011 in Immenstadt i. Allgäu (Notarstellen Dr. Nagel/Dr. Pfundstein)

Oberinspektor i. N. Norbert Feneis, Altdorf b. Nürnberg (Notarstelle Dr. Oberhofer), ab 1.6.2011 in Nürnberg (Notarstelle Kreßel)

Amtfrau i. N. Heike Stöcklein, Nürnberg (Notarstelle Kreßel), ab 1.6.2011 in Altdorf b. Nürnberg (Notarstelle Dr. Oberhofer)

9. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Siegfried Nickel, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Franck/Dr. Reul), ab 1.1.2011 Rente auf Zeit

Amtsrat i. N. Hans Augenthaler, Kelheim (Notarstelle Dr. Benz), ab 1.4.2011 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Walter Gößl, Miltenberg (Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann), ab 1.5.2011 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Karl Diepold, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Winkler/Stelzer), ab 1.6.2011 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Rudolf Kastl, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Schwanecke), ab 1.6.2011 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Friedrich Krauß, Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Matheis), ab 1.6.2011 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Heinz Ott, Rothenburg o. d. Tauber (Notarstelle Freitag), ab 1.6.2011 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bamberg, Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz
E-Mail: notare@eue-dietz.de
Homepage: www.eue-dietz.de

Deggendorf, Notarstelle Machleidt
E-Mail: info@notar-machleidt.de
Homepage: www.notar-machleidt.de

Erlangen, Notarstellen Dr. Martini/Siegler
E-Mail: notare@martini-siegler.de
Homepage: www.martini-siegler.de

Günzburg, Notarstellen Wachter/Dr. Braun
Am Stadtbach 30, 89312 Günzburg

Ludwigshafen, Notarstellen Draxel-Fischer/Dr. Meyer
E-Mail: draxel.fischer.notar@t-online.de
E-Mail: meyer.notar@t-online.de

München, Notarstellen Dr. Götte/Lautner
Maximiliansplatz 12/V, 80333 München
Telefax: 089 29004299
E-Mail: notare@goette-lautner.de
Homepage: www.goette-lautner.de

Neu-Ulm, Notarstellen Dr. Munzig/Dr. Feierlein
E-Mail: mail@notare-a7.de
Homepage: www.notare-a7.de

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

3. Europäischer Notarkongress am 28.6.2011 in Brüssel: „Wirtschaft – Recht – Finanzierung: Perspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts für KMU“

Die Dachorganisation des europäischen Notariats, der Rat der Notariate der Europäischen Union (C. N. U. E.), organisiert am Dienstag, den 28.6.2011 den 3. Europäischen Notarkongress zum Thema „Wirtschaft – Recht – Finanzierung: Perspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts für KMU“. Mit dieser Veranstaltung, an der hochrangige Vertreter aus Wissenschaft, Politik und Rechtspraxis mitwirken, will das europäische Notariat aktiv zu dem derzeit von der Europäischen Kommission eingeleiteten Nachdenkprozess im Bereich des europäischen Gesellschaftsrechts beitragen. Im Mittelpunkt stehen dabei aktuelle und künftige Legislativvorschläge, insbesondere betreffend die Verknüpfung von Unternehmensregistern und die grenzüberschreitende Sitzverlegung.

Details zum Notarkongress sind auf der eigens eingerichteten Homepage <http://notaries-of-europe.eu/3rd-congress/de> ersichtlich. Bis zum 30.4.2011 wird ein Frühbucherrabatt gewährt.

Für Montag, den 27.6.2011 ist ein Tag der offenen Tür im Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer vorgesehen.

In der Zeit zwischen 10.30 und 12.00 Uhr soll bei einem Imbiss deutschen NotarInnen und NotarassessorInnen die berufspolitische Arbeit der Bundesnotarkammer vorgestellt werden.

Für den Nachmittag ist zwischen 14.00 und 15.30 Uhr ein Besuch im Europäischen Parlament vorgesehen. Voraussichtlich besteht die Möglichkeit zu einem Gespräch mit einem deutschen Europaabgeordneten.

In der Zeit zwischen 16.15 und 17.45 Uhr wird die Bundesnotarkammer in Kooperation mit der rumänischen Notarkammer im Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer aktuelle Legislativvorhaben mit berufspolitischer Bedeutung für das Notariat vorstellen. Hierzu sind insbesondere Kollegen aus verschiedenen mittel-, ost- und südosteuropäischen Mitgliedsstaaten eingeladen. Es wäre wünschenswert, wenn sich auch deutsche NotarInnen und NotarassessorInnen an dieser Veranstaltung beteiligen würden.

Das Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer ist zu erreichen

- ab Flughafen Bruxelles International (Zaventem) wochentags vor 20 Uhr mit Expressbus 12, Haltestelle: Schuman,
- ab Bahnhof Bruxelles Nord (ICE) mit Bus 61, Haltestelle: Jamblinne de Meux,
- ab Bahnhof Bruxelles Midi (Thalys und ICE) per Metro, Haltestelle: Schuman,
- ab Bahnhof Bruxelles Schuman fußläufig.

Die Teilnehmerzahl für sämtliche von der Bundesnotarkammer organisierte Veranstaltungen am 27.6.2011 ist begrenzt. Anmeldungen hierfür sind ausschließlich beim Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer vorzunehmen. Die Anmeldeunterlagen und weitere Informationen können unter www.bnotk.de (3. Europäischer Notarkongress => Rahmenprogramm/Anmeldung) abgerufen werden.

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 4. Jahresarbeitsstagung Erbrecht
(Bonefeld, Damrau, Eule, Fumi, Haas, Hermanns,
Kroiß, Viskorf)
13.–14.5.2011 in Heusenstamm 2. Intensivkurs Bauträgerrecht
(Blank)
20.–21.5.2011 in Berlin 3. Vertragsgestaltung: Aktuelle zivil- und steuerrechtliche
Schnittstellen
(Spiegelberger, Eisgruber, Schallmoser, Wälzholz)
2.–4.6.2011 in Fischbachau 4. Aktuelle Probleme des Ehevertragsrechts
(Reetz)
10.6.2011 in Kassel 5. Die Gestaltung von Eheverträgen
(Reetz)
17.6.2011 in Heusenstamm | <ol style="list-style-type: none"> 6. Ausgewählte Fragen zu den Rechten in Abt. II und III
des Grundbuchs
(Schaal)
18.6.2011 in Dinklage 7. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare
(Weiler)
9.7.2011 in Bochum |
|---|---|

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. Bross/Flohr: Vertragshandbuch Geschäftsführer – Vorstand – Aufsichtsrat. ZAP, 2011. 1 530 S., 148 € + CD-ROM 2. Butzke: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. 5. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2011. 621 S., 129,95 € 3. Dorsel: Kölner Formularbuch Erbrecht. Carl Heymanns, 2011. 1 476 S., 129 € 4. Eylmann/Vaasen: BNotO BeurkG. 3. Aufl., Beck, 2011. 1 825 S., 159 € 5. Handzik: Die Bewertung des Grundvermögens für die Erbschaft- und Schenkungsteuer. 2. Aufl., ESV, 2011. 391 S., 59,80 € 6. Hartmann: KostG. 41. Aufl., Beck, 2011. 2 191 S., 122 € 7. Jungmann/Santoro: German GmbH-Law. Beck, 2011. 146 S., 39 € 8. Koller/Roth/Morck: HGB. 7. Aufl., Beck, 2011. 1 012 S., 54 € 9. Lorz/Kirchdörfer: Unternehmensnachfolge. 2. Aufl., Beck, 2011. 213 S., 36 € | <ol style="list-style-type: none"> 10. Lutz: Der Gesellschafterstreit. 2. Aufl., Beck, 2011. 481 S., 88 € 11. Müller: Beratung und Vertragsgestaltung im Familienrecht. 3. Aufl., C. F. Müller, 2011. 401 S., 69,95 € 12. Rotthege/Wassermann: Unternehmenskauf bei der GmbH. C. F. Müller, 2011. 637 S., 99,95 € 13. Sarres: Erbrechtliche Auskunftsansprüche. 2. Aufl., Beck, 2011. 252 S., 44 € 14. Schippel/Bracker: BNotO. 9. Aufl., Vahlen, 2011. 1 028 S., 144 € 15. Schröder: Bewertungen im Zugewinnausgleich. 5. Aufl., Gieseking, 2011. 278 S., 49 € 16. Schulze/Grziwotz/Lauda: BGB. Nomos, 2011. 2 520 S., 118 € + CD-ROM 17. Semler/Volhard/Reichert: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 3. Aufl., Vahlen, 2011. 1 199 S., 148 € 18. Wimmer: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. 6. Aufl., Luchterhand, 2011. 3 251 S., 249 € |
|---|---|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F