

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
 Ottostraße 10
 80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
 Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
 Notar in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
 Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
 Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
 Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
 Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,
 Notarassessor

Dr. Markus Vierling,
 Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Pötting: Die Erbauseinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung – Teil 1 273

Reich: Ertragsteuerliche Probleme der Erbauseinandersetzung 280

Fetsch: Die Erbausschlagung bei Auslandsberührung 285

Wartenburger: Vorweggenommene Erbfolge unter Einbeziehung von drei Generationen 290

Tagungsbericht

Bierhenke: Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht 293

Rechtsprechung

Aufzahlungsklausel im Einheimischenmodell zulässig (BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06) 306
 mit Anmerkung *Grziwotz* 308

Sofortige Rückabwicklung beim Grundstückskaufvertrag (BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05) 309
 mit Anmerkung *Kilian* 311

Keine Gleichwertigkeit der „abgetretenen“ Vormerkung (BGH, Urteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05) 313

Vollmachtzustellung bei Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Vertreter (BGH, Beschluss vom 21.9.2006, V ZB 76/06) 337
 mit Anmerkung *Bolkart* 338

Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend (LG Chemnitz, Beschluss vom 8.2.2007, 2 HK T 88/07) 340
 mit Anmerkung *Strauß* 341

Dienstleistungsfreiheit und Gebührenordnung für Rechtsanwälte (*nur Leitsatz*) (EuGH, Urteil vom 5.12.2006, Rs. C 94/04 und C 202/04 – Cipolla, Capodarte) 342
 mit Anmerkung *Franzmann* 342

Entstehung der ErbSt bei Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs (BFH, Urteil vom 19.7.2006, II R 1/05) 347
 mit Anmerkung *Kreilinger* 348

Inhalt

Aufsätze

- Pötting*: Die Erbaueinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung – Teil 1 **273**
Reich: Ertragsteuerliche Probleme der Erbaueinandersetzung **280**
Fetsch: Die Erbausschlagung bei Auslandsberührung **285**
Wartenburger: Vorweggenommene Erbfolge unter Einbeziehung von drei Generationen **290**

Tagungsbericht

- Bierhenke*: Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen
im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht **293**

Buchbesprechungen

- Wurm/Wagner/Zartmann: Das Rechtsformularbuch (*Amann*) **297**
Bauer/v. Oefele: Grundbuchordnung (*Fembacher*) **298**
Krause: Das Familienheim bei Trennung und Scheidung (*Struck*) **299**
Bonefeld/Daragan/Wachter: Der Fachanwalt für Erbrecht;
Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos: Handbuch des Fachanwalts Erbrecht (*Kapfer*) **300**
Werber: Die Erbengemeinschaft (*Hagenbucher*) **302**
Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische
Handelsregisteranmeldung in der Praxis (*Erber-Faller*) **303**
Tiedtke: Notarkosten im Grundstücksrecht (*Langhauer*) **303**
Boruttau: Grunderwerbsteuergesetz (*Everts*) **304**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Aufzahlungsklausel im Einheimischenmodell zulässig
(BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06) **306**
mit Anmerkung *Grziwotz* **308**
2. Sofortige Rückabwicklung beim Grundstückskaufvertrag
(BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05) **309**
mit Anmerkung *Kilian* **311**
3. Schiedsvereinbarung im Bauträgervertrag wirksam
(BGH, Urteil vom 1.3.2007, III ZR 164/06) **312**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Keine Gleichwertigkeit der „abgetretenen“ Vormerkung
(BGH, Urteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05) **313**
5. Beibringungspflicht im Grundbuchverfahren
(OLG München, Beschluss vom 27.2.2007, 32 Wx 25/07) **314**
6. Begriff des Unternehmensteils
(OLG Hamm, Beschluss vom 11.1.2007, 15 VA 5/06) **315**
7. Kein Negativtestat bei Verkauf durch Insolvenzverwalter
(LG Gera, Beschluss vom 26.9.2006, 5 T 498/06) **316**

Familienrecht

8. Keine Eigentumsvermutung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft
(BGH, Urteil vom 14.12.2006, IX ZR 92/05) **317**
9. Abänderung nahehelichen Ehegattenunterhalts
(BGH, Urteil vom 28.2.2007, XII ZR 37/05) **319**
10. Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen macht Betreuer nicht ungeeignet
(OLG München, Beschluss vom 25.1.2007, 33 Wx 6/07) **324**
11. Geschäftsführerbestellung durch Vormund
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.10.2005, I-3 Wx 137/05) **327**
12. Einräumung unentgeltlichen Wohnrechts durch minderjährigen Erben
rechtlich nachteilig (*nur Leitsatz*)
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.5.2006, 2 UF 50/06) **328**

Erbrecht

13. Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bei Anteil an Erbengemeinschaft
(BGH, Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 145/06) **328**
14. Vermächtnisausschlagung für Minderjährigen bedarf familiengerichtlicher Genehmigung
(OLG Köln, Beschluss vom 5.12.2006, 2 U 103/05) (*nur Leitsatz*) **330**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Alleinvertretungsmacht des verbliebenen Geschäftsführers
(BGH, Beschluss vom 26.2.2007, II ZR 330/05) **331**
16. Nachschusspflicht bei BGB-Gesellschaft
(BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 73/06) **331**
17. Kein Haftungsausschluss bei siebenmonatiger Eintragungsdauer
(OLG München, Beschluss vom 6.2.2007, 31 Wx 103/06) **333**
18. Satzungsmäßige Beschränkung der Rede- und Fragezeit zulässig
(LG Frankfurt, Urteil vom 28.11.2006, 3-05 O 93/06) **334**

Inhalt (Fortsetzung)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. Vollmachtzustellung bei Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Vertreter
(BGH, Beschluss vom 21.9.2006, V ZB 76/06) **337**
mit Anmerkung *Bolkart* **338**

Beurkundungs- und Notarrecht

20. Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend
(LG Chemnitz, Beschluss vom 8.2.2007, 2 HK T 88/07) **340**
mit Anmerkung *Strauß* **341**

Kostenrecht

21. Dienstleistungsfreiheit und Gebührenordnung für Rechtsanwälte (*nur Leitsatz*)
(EuGH, Urteil vom 5.12.2006, Rs. C 94/04 und C 202/04 – Cipolla, Capodarte) **342**
mit Anmerkung *Franzmann* **342**
22. Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22.1.2007, 20 W 397/04) **344**

Öffentliches Recht

23. Kostentragungspflicht für Kanalanschlussbeiträge
(OLG Hamm, Urteil vom 12.1.2005, 8 U 44/04) **346**

Steuerrecht

24. Entstehung der ErbSt bei Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs
(BFH, Urteil vom 19.7.2006, II R 1/05) **347**
mit Anmerkung *Kreiling* **348**
25. Versorgungsleistungen als dauernde Last
(BFH, Urteil vom 26.7.2006, X R 1/04) **350**
26. Schuldübernahme im Rahmen einer vorzeitigen Realteilung als Anschaffungskosten
(BFH, Urteil vom 19.12.2006, IX R 44/04) **352**

Standesnachrichten 355

Sonstiges III



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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Martin T. Schwab, Dr. Markus Vierling
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 Erbauseinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung – Teil 1

Von Notarassessorin Dr. Annette Pötting, Würzburg

Die Justizministerkonferenz hat sich mit den Beschlüssen vom 17.11.2005 und vom 1./2.6.2006 dafür ausgesprochen, den Notaren die Aufgaben des Nachlassgerichtes 1. Instanz zu übertragen. Die hiermit verbundene Diskussion rückt die Stellung des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege – insbesondere des Nachlasswesens – in den Blickpunkt. Dass er auf dem Gebiet des Nachlassverfahrens und der Nachlassauseinandersetzung in der Lage ist, Verfahrensabläufe nicht nur praktikabel und effizient zu gestalten, sondern auch für eine notwendige Aufklärung aller Beteiligten zu sorgen und anschließend gegebenenfalls auf dieser Basis eine ausgewogene Vertragsgestaltung zu erreichen, beweist ein Blick auf die praktische Tätigkeit im Notariat. Denn mit erbrechtlichen Fragestellungen wird der Notar nicht nur im Bereich der Testamentsgestaltung konfrontiert. Vielmehr bildet auch die Erbauseinandersetzung einen erheblichen Teil seiner Tätigkeit im Gebiet des Erbrechts. Daher soll die notarielle Mitwirkung bei der Erbauseinandersetzung im Folgenden näher beleuchtet werden, wobei auf die verschiedenen Möglichkeiten der Erbauseinandersetzung, ihr Für und Wider sowie auf das jeweilige System der Sicherung von Leistung und Gegenleistung einzugehen ist.

Dieser Beitrag erscheint in zwei Teilen. Im Zentrum des ersten Teils steht die Erbauseinandersetzung durch Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages. Der zweite Teil befasst sich mit der Erbauseinandersetzung im Wege der Erbeilsübertragung.

I. Amtliche Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung

Ein normiertes Verfahren der Erbauseinandersetzung, in welchem – zumindest auf der Ebene des Landesgesetzgebers – den Notaren ausdrücklich Aufgaben zugewiesen sind, findet sich zunächst nur im Rahmen des FGG.¹ Nach den §§ 86 ff. FGG i. V. m. Art. 38 Abs. 2 und Abs. 3 BayAGGVG kann eine Nachlassangelegenheit entweder vom Amtsgericht einem Notar zur amtlichen Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung überwiesen oder die amtliche Vermittlung von einem Beteiligten unmittelbar bei einem Notar beantragt werden. Dieses Verfahren wird in der Praxis allerdings kaum genutzt und ist daher ohne wesentliche Bedeutung. Denn in denjenigen Fällen, in denen eine Vermittlung durch den Notar Erfolg

verspricht, wenden sich die Beteiligten üblicherweise direkt an den Notar zur Beratung und Vertragsgestaltung, ohne das formelle Verfahren nach dem FGG in Anspruch zu nehmen, während die sonstigen Fälle durch die streitige Gerichtsbarkeit geklärt werden.

II. Die nicht auseinandergesetzte Erbengemeinschaft

Die Grundsituation der notariellen Tätigkeit stellt sich dergestalt dar, dass die Mandanten den Notar nach einem Erbfall in nicht auseinandergesetzter Erbengemeinschaft zur Beratung in der Frage der Nachlassenteilung und Auseinandersetzung aufsuchen. Dabei ist die erste wesentliche Aufgabe des Notars die genaue Ermittlung des Sachverhalts, um sicherstellen zu können, dass gerade auch im Hinblick auf die Nachlasszusammensetzung und eventuelle Nachlassverbindlichkeiten der „richtige“ Weg zur Auseinandersetzung gewählt wird, der in ausgewogener Weise die Interessen aller

¹ Siehe hierzu Bracker, MittBayNot 1984, 114; MünchKommBGB/Heldrich, 4. Aufl. 2004, § 2042 Rdnr. 47 ff.

Beteiligten berücksichtigt. Hierzu ist es unerlässlich, über mögliche Haftungsrisiken der Erben für Nachlassverbindlichkeiten zu belehren und gegebenenfalls auf Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung hinzuweisen. Außerdem bietet sich an dieser Stelle die Gelegenheit, die Beteiligten auf steuerliche Probleme aufmerksam zu machen und eine steuerliche Beratung anzuregen.²

1. Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft

Vor der Erörterung des Verfahrens der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in der Praxis stellt sich zunächst die Frage nach der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft. Dieses dogmatische Problem wird und wurde in der Literatur kontrovers behandelt.³ Inzwischen hat der BGH jedoch entschieden, dass die Erbengemeinschaft ihrer Rechtsnatur nach kein eigenständiges, handlungsfähiges Rechtssubjekt ist, sondern lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.⁴

Auch die nach den Entscheidungen des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁵ sowie zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentumsgemeinschaft⁶ aufkommende Diskussion, ob diese Grundsätze entsprechend auf die Erbengemeinschaft anwendbar sind, ist nunmehr durch den BGH geklärt.⁷ Demnach sind die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausdrücklich nicht auf die Erbengemeinschaft anzuwenden. Denn im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Erbengemeinschaft auf die Auseinandersetzung gerichtet, die grundsätzlich gem. § 2042 BGB von jedem Miterben jederzeit verlangt werden kann.⁸ Ausgeschlossen ist die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft lediglich, wenn der Erblasser die Auseinandersetzung nach § 2044 BGB ausgeschlossen hat⁹ oder wenn die Mitglieder der Erbengemeinschaft selbst die Auseinandersetzung durch einstimmigen Beschluss¹⁰ ausgeschlossen haben. Daneben ist die Auseinandersetzung gesetzlich gem. § 2043 BGB ausgeschlossen,¹¹ wenn die Geburt

eines Miterben noch zu erwarten ist oder die Entscheidung über einen Antrag auf Annahme als Kind, über die Aufhebung des Annahmeverhältnisses oder über die Anerkennung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht. Außerdem kann ein Miterbe den Aufschub der Auseinandersetzung gem. § 2046 BGB verlangen, wenn ein Gläubiger im Rahmen eines Aufgebotsverfahrens ermittelt werden soll.¹²

2. Gesetzliche Teilungsregeln

Zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft sieht das Gesetz in den §§ 2042 ff. BGB Teilungsregeln vor: Gem. § 2046 BGB sind zunächst die Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen. Erst anschließend erfolgt gem. § 2047 BGB die Verteilung des Überschusses an die Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile. Bei der Berechnung der Erbteile sind die gesetzlichen Ausgleichsbestimmungen nach den §§ 2050 ff. BGB zu beachten, so dass bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge oder bei einer dem Gesetz entsprechenden gewillkürten Erbfolge (§ 2052 BGB) zu ermitteln ist, was der Erblasser zu Lebzeiten seinen Abkömmlingen als Ausstattung hat zukommen lassen oder unter Ausgleichsbestimmung geschenkt hat.

Hat man die Erbquoten auf diese Weise ermittelt, ist der Nachlass primär nach § 2042 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 752 ff. BGB in Natur zu teilen, wobei etwa vorhandene Teilungsanordnungen des Erblassers gem. § 2048 BGB zu beachten sind.¹³ Soweit allerdings keine Teilung in Natur möglich ist, muss gem. §§ 753 Abs. 1, 754, 1233 ff. BGB bei beweglichen Sachen der Pfandverkauf und bei Grundstücken die Teilungsversteigerung nach §§ 180 ff. ZVG durchgeführt werden. Diese gesetzlichen Regelungen haben jedoch nur ergänzenden Charakter. Vertragliche Vereinbarungen unter den Miterben gehen den gesetzlichen Teilungsregelungen vor.¹⁴ Solche Vereinbarungen sind auch ein wesentlich flexibleres und damit effektiveres Instrument zur Nachlassauseinandersetzung, da die Anwendung der – oftmals auf die konkrete Situation nicht passenden und wirtschaftlich nachteiligen – Regelungen zur Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft mit Pfandverkauf und Teilungsversteigerung vermieden werden kann.

Dennoch sollten zwei sehr sinnvolle, die Beteiligten schützende Grundsätze der gesetzlichen Regelung auch bei der vertraglichen Vereinbarung beachtet werden:

Zum einen sollten die Nachlassverbindlichkeiten vor der Auseinandersetzung genau überprüft und möglichst getilgt werden, um Haftungsrisiken für Miterben zu vermeiden. Zwar haften die Erben vor der Auseinandersetzung des Nachlasses wie nach der Auseinandersetzung des Nachlasses für Nachlassverbindlichkeiten auch mit ihrem Eigenvermögen als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB i. V. m. § 426 BGB). Es ergeben sich aber neben dem praktischen Problem, dass die Nachlasssubstanz wegen der Auseinandersetzung zur Befriedigung von Verbindlichkeiten möglicherweise nicht mehr zur Verfügung steht, folgende Konsequenzen durch die Auseinandersetzung: Mit der Teilung des Nachlasses verlieren die Erben

² Die steuerrechtlichen Fragen bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft sind nicht Inhalt dieses Beitrags. Hierzu wird unter anderem verwiesen auf das BMF-Schreiben zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung, MittBayNot 2007, 254; *Cornelius/Müller*, ErbStB 2006, 263; *Röhring/Doege*, DStR 2006, 969; *Schütze*, StB 2006, 287.

³ Vgl. nur *Eberl-Borges*, ZEV 2002, 125; *Weipert*, ZEV 2002, 300; *Heil*, ZEV 2002, 296; *Ulmer*, AcP 198, 113.

⁴ So BGH, NJW 2002, 3389 m. w. N. = DNotI-Report 2002, 166.

⁵ BGH, DNotZ 2001, 234.

⁶ BGH, DNotZ 2005, 776.

⁷ DNotZ 2007, 135; BGH, NJW 2002, 3389 = DNotI-Report 2002, 166.

⁸ Gem. § 1683 Abs. 1 BGB besteht bei einer Erbengemeinschaft zwischen einem Elternteil und einem minderjährigen Kind nach dem Tode des anderen Elternteils im Falle der Wiederverheiratung des Elternteils sogar ein Zwang zur Auseinandersetzung, sofern nicht das Familiengericht eine abweichende Entscheidung nach § 1683 Abs. 2 und Abs. 3 BGB trifft.

⁹ Einvernehmlich können sich die Miterben über diese Anordnung hinwegsetzen. Vgl. hierzu *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2044 Rdnr. 3.

¹⁰ Der Ausschluss der Auseinandersetzung kann sogar gegen den Willen eines bestellten Testamentsvollstreckers erfolgen. Siehe *Palandt/Edenhofer*, § 2044 Rdnr. 3.

¹¹ § 2043 BGB ist allerdings kein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB. Damit ist Folge eines Verstoßes nicht die Nichtigkeit des Vertrages, sondern lediglich die schwebende Unwirksamkeit. Siehe hierzu *Ebeling/Geck*, Handbuch der Erbengemeinschaft (Stand September 2005), 1. Teil, Rdnr. 445 ff.

¹² Hier bietet sich eine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung: Nach den §§ 2060 Nr. 1, 2061 BGB haftet der Miterbe für Nachlassverbindlichkeiten nur noch anteilig, wenn sich der Gläubiger nicht rechtzeitig meldet.

¹³ Eine Teilungsanordnung hat schuldrechtliche Wirkung wie eine Miterbenvereinbarung und geht den sonstigen gesetzlichen Regeln vor. Jeder Miterbe hat Anspruch auf ihre Einhaltung, *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 3.

¹⁴ *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 3; BayObLGZ 1974, 42, 46 f.

die Einrede des § 2059 Abs. 1 BGB und können die Berichtigung der Verbindlichkeiten aus dem Eigenvermögen nicht mehr verweigern.¹⁵ Außerdem kann nach Durchführung der Auseinandersetzung eine Nachlassverwaltung gem. § 2062 Satz 2 BGB, die nach § 1975 BGB zu einer Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass führt, nicht mehr angeordnet werden. Es verbleibt nach der Teilung zur Beschränkung der Haftung stattdessen nur noch die Möglichkeit, bei einem überschuldeten Nachlass ein Nachlassinsolvenzverfahren durchzuführen oder die Dürtigkeitseinrede gem. §§ 1990–1992 BGB zu erheben.

Zum anderen sind eventuelle Ausgleichspflichten vor der Auseinandersetzung bei der Berechnung der Erbquoten zu berücksichtigen. Es sollte sorgfältig ermittelt werden, ob Zuwendungen, Ausstattungen oder Zuschüsse gem. § 2050 Abs. 2 BGB vom Erblasser an einen seiner Abkömmlinge getätigt wurden und ob eventuell Ausgleichsbestimmungen getroffen wurden. Zusätzlich ist zu überprüfen, ob einer der Abkömmlinge wesentliche Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers geleistet oder den Erblasser gepflegt hat, weil auch diese Tätigkeiten gem. § 2057 a BGB zu einer Ausgleichspflicht führen können. Soweit keine Ausgleichung in Betracht kommt, sollte dies – um spätere Streitigkeiten zu vermeiden – ebenso ausdrücklich klargestellt werden, wie der Wille der Miterben, übereinstimmend von den gesetzlichen Ausgleichsregeln abweichen zu wollen.¹⁶ Dabei sollte nicht übersehen werden, dass sich die möglicherweise bestehenden Ausgleichspflichten über § 2316 BGB auch auf die Pflichtteilsquoten ggf. nicht als Erben eingesetzter Abkömmlinge auswirken und daher durchaus nicht nur im internen Verhältnis der Erben relevant werden können.

3. Vertragliche Vereinbarungen

Die vertraglichen Vereinbarungen für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bilden das zentrale Feld der notariellen Tätigkeit. Dabei sind im Wesentlichen drei Formen vertraglicher Vereinbarungen zu nennen, und zwar die Erbausinandersetzung durch Auseinandersetzungsvertrag, die Erbausinandersetzung durch Erbteilsübertragung sowie die Erbausinandersetzung durch Abschichtung.

Welcher Weg zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft einzuschlagen ist, hängt vorrangig von den Intentionen der Beteiligten ab. Soll der Nachlass in sachlicher Hinsicht (bezogen auf die Nachlassgegenstände) ganz oder teilweise geteilt werden, kommt die Erbausinandersetzung durch einen Auseinandersetzungsvertrag in Betracht. Soll hingegen eine Erbausinandersetzung in persönlicher Hinsicht in der Weise erfolgen, dass ein einzelner Miterbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, so ist die Erbengemeinschaft durch Erbteilsübertragung auseinanderzusetzen. Ist das Ziel, zwar eine Erbausinandersetzung in persönlicher Hinsicht durch Ausscheiden eines Miterben zu erreichen, soll aber keine Übertragung des Erbteils auf einen Rechtsnachfolger vorgenommen werden, steht als dritte – und sehr umstrittene – Möglichkeit die Erb-

auseinandersetzung durch Abschichtung zur Verfügung.¹⁷ Durch die Abschichtung scheidet ein einzelner Miterbe aus der Erbengemeinschaft aus und sein Anteil wächst allen verbleibenden Miterben entsprechend ihren Erbquoten an. Wegen dieser Rechtsfolge kommt eine Abschichtung somit nicht in Betracht, wenn einer von mehreren Miterben an den ausscheidenden Erben eine Abfindung zahlt, um alleine dessen Erbteil zu erhalten. Hier kann das gewünschte Ergebnis nur durch eine Erbteilsübertragung erreicht werden.

Im Folgenden wird nur die Erbausinandersetzung durch Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages sowie durch Erbteilsübertragung behandelt, weil diese Formen der Auseinandersetzung den Kernbereich der notariellen Tätigkeit bei der Erbausinandersetzung bilden.

III. Auseinandersetzungsvertrag

Der Auseinandersetzungsvertrag stellt die klassische Form der Erbausinandersetzung dar. In einem (mehrseitigen) Vertrag legen die Miterben schuldrechtlich fest, welchem Erben welche Nachlassgegenstände zu übertragen sind, und geben im Regelfall zugleich die zum dinglichen Vollzug der Auseinandersetzung erforderlichen Erklärungen ab. Dabei können die Nachlassgegenstände nicht nur einzelnen Erben zum Alleineigentum übertragen werden (möglicherweise unter Vereinbarung von Abfindungszahlungen an die weiteren Erben beim Bestehen von Wertdifferenzen¹⁸). Es besteht auch die Möglichkeit, Bruchteilsberechtigungen zu bilden oder den Nachlass im Ganzen auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus den Erben zu übertragen.¹⁹ Eine Auseinandersetzung kann in vollem Umfang unter Verteilung aller Nachlassgegenstände erfolgen. Diese Auseinandersetzung führt zur Beendigung der Erbengemeinschaft.²⁰ Anstelle der vollständigen Auseinandersetzung können auch einzelne Nachlassgegenstände auf Miterben unter Fortbestand der Erbengemeinschaft im Übrigen (Teilausinandersetzung) übertragen werden.²¹

1. Form des Auseinandersetzungsvertrages

Das Gesetz sieht für den Auseinandersetzungsvertrag kein besonderes Formerfordernis vor. Somit verbleibt es bei den allgemeinen Formvorschriften, nach denen die notarielle Beurkundung insbesondere erforderlich ist, wenn ein Nachlassgrundstück übertragen wird (§ 311 b Abs. 1 BGB) oder ein zum Nachlass gehöriger GmbH-Anteil übertragen wird (§ 15 GmbHG).

¹⁷ Zur Abschichtung siehe nur *Damrau*, ZEV 1996, 361; BGH, DNotZ 1999, 60; *Eberl-Borges*, MittRhNotK 1998, 242; *Reimann*, ZEV 1998, 213; *Keller*, ZEV 1998, 281.

¹⁸ Allerdings ist auch beim Bestehen von Wertdifferenzen nicht ohne weiteres von einer gemischten Schenkung auszugehen, da es in der Regel an der Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlt, *Würzburger Notarhandbuch/Baumann*, 2005, Teil 4, Kapitel 2, Rdnr. 711.

¹⁹ Zur Rechtsnatur des Erbausinandersetzungsvertrages siehe *Keim*, RNotZ 2003, 375, 377.

²⁰ Eine vertragliche Wiederbegründung der Erbengemeinschaft ist nach erfolgter Auseinandersetzung nicht möglich, *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 6.

²¹ Da das gesetzliche Modell der Auseinandersetzung allerdings von einer vollständigen Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und nicht von einer Teilausinandersetzung ausgeht, ist zu beachten, dass ein Testamentsvollstrecker, dessen Aufgabe die Auseinandersetzung ist, eine Teilausinandersetzung nur mit Zustimmung aller Miterben durchführen darf, weil er sich ansonsten Haftungsrisiken aussetzt.

¹⁵ Dies gilt auch bei einer Teilausinandersetzung, wenn nach objektivem Gesamtbild ein so erheblicher Teil der Nachlassgegenstände aus der Gesamtheit in das Vermögen eines Miterben überführt worden ist, dass im Nachlass keine für die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten ausreichenden Gegenstände vorhanden sind, *Palandt/Edenhofer*, § 2059 Rdnr. 3.

¹⁶ Ein einvernehmliches Abweichen von Ausgleichsbestimmungen ist möglich. Siehe hierzu *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2050 Rdnr. 33.

In denjenigen Fällen, die nach den vorstehenden Vorschriften einer notariellen Beurkundung bedürfen, muss gründlich erforscht werden, ob tatsächlich keine mündlichen Nebenabreden bestehen, die zu einer Unwirksamkeit des ganzen Vertrages führen können.²² Besteht weiter ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Teil- und der anschließenden Vollauseinandersetzung der Erbengemeinschaft, sind beide Verträge zu beurkunden und der rechtliche Zusammenhang in mindestens einer der Urkunden klarzustellen. Diese Problematik ist vor allem bei Teilerbauseinandersetzungen relevant, weil die Beteiligten oftmals bereits Abreden getroffen haben, wie der sonstige Nachlass verteilt werden soll, um einen wertmäßigen Ausgleich für die erste Teilübertragung zu erreichen. Solche Abreden sind in der Regel nur dann nicht vorhanden, wenn die Teilauseinandersetzung den Erbquoten entspricht oder ein Ausgleich für eine spätere abweichende Verteilung ausdrücklich nicht beabsichtigt ist.²³

2. Sicherung von Leistung und Gegenleistung

Die Problematik der Sicherung von Leistung und Gegenleistung ist bei der Erbauseinandersetzung in der Regel von untergeordneter Bedeutung. Denn die Beteiligten wünschen zumeist trotz Belehrung keine Sicherungsmaßnahmen, soweit sich die Auseinandersetzung im engen familiären Kreis bewegt. Zumindest im Bereich des Grundstücksverkehrs besitzt die Sicherung von Leistung und Gegenleistung überdies nicht den gleichen Stellenwert wie bei einem „normalen“ Kaufvertrag, weil gem. § 2040 BGB die Miterben nur gemeinschaftlich über Nachlassgegenstände verfügen können und somit die Möglichkeit einer vertragswidrigen Verfügung von Miterben erheblich eingeschränkt ist.²⁴

Ein Risiko, welches in der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen ist, stellen allerdings Zwangsmaßnahmen wie z. B. die Pfändung des Erbteils eines Miterben dar. Sollte ein Erbteil bereits vor Abschluss des Auseinandersetzungsvertrages gepfändet worden sein, muss der Gläubiger gem. §§ 1273 Abs. 2, 1258 Abs. 2 BGB anstelle des Miterben, dessen Anteil gepfändet wurde, dem Erbauseinandersetzungsvertrag zustimmen. Allerdings ist eine Zustimmung des Pfändungsgläubigers auch dann erforderlich, wenn der Auseinandersetzungsvertrag bereits geschlossen, jedoch noch nicht im Grundbuch vollzogen worden ist und zu diesem Zeitpunkt eine Pfändung des Erbteils erfolgt. Ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers ist eine wirksame Auseinandersetzung hier nicht mehr möglich. Diesem Risiko kann – soweit sich Grundbesitz im Nachlass befindet – nur mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung begegnet werden, auf die deshalb auch bei engen familiären Beziehungen nicht ohne weiteres verzichtet werden kann.

Ebenso kann eine dingliche Absicherung trotz eines Verwandtschaftsverhältnisses erforderlich sein, wenn Abfindungszahlungen vereinbart werden. Dies gilt insbesondere, soweit die Leistung der Abfindungszahlung erst nach einem längeren Zeitraum erfolgen soll bzw. in Raten über einen längeren Zeitraum vorgenommen wird. Ist Grundbesitz im Nachlass vorhanden, sollte in diesem Fall die Eintragung einer Sicherungshypothek empfohlen werden. Sollen die Miterben nicht auf die Durchsetzung einer Sicherungshypothek verwiesen

werden, besteht alternativ die Möglichkeit, bei vollständiger oder teilweiser Nichtzahlung ein Erwerbsrecht für eines oder alle Mitglieder der Erbengemeinschaft (z. B. in Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zu begründen und dieses durch die Eintragung einer Vormerkung abzusichern. Allerdings ist bei der Begründung des Erwerbsrechts durch mehrere oder alle Miterben in Gesellschaft bürgerlichen Rechts kritisch in Frage zu stellen, ob tatsächlich nach dem Verstreichen eines langen Zeitraums das erneute Entstehen einer gesamthänderischen Bindung gewünscht und sinnvoll ist. Soll hingegen in der gleichen Situation ein GmbH-Anteil gegen Zahlung einer Abfindung übertragen werden, so kann die Übertragung des Anteils zur Absicherung auflösend bedingt durch den Rücktritt der veräußernden Miterben wegen Nichtzahlung des Abfindungsbetrages erfolgen.²⁵

3. Leistungsstörungen

Im Bereich des Leistungsstörungenrechts ist zunächst festzustellen, dass – unabhängig von der Frage nach der Rechtsnatur des Auseinandersetzungsvertrages²⁶ – gem. § 2042 Abs. 2 BGB i. V. m. § 757 BGB die Gewährleistungsregeln des Kaufvertragsrechts Anwendung finden. Im Regelfall der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im familiären Kreis wird daher die Haftung für Sach- und Rechtsmängel gem. § 444 BGB ausgeschlossen, so dass der Thematik der Leistungsstörungen nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Anderes gilt jedoch in den Fällen, in welchen bestimmte Eigenschaften von Nachlassgegenständen eine Bedeutung für die Beteiligten haben (weil sie z. B. den Wert der Nachlassgegenstände erheblich beeinflussen). Je nach Intention der Beteiligten sind diese Eigenschaften im Wege der Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB oder über eine Garantieerklärung gem. § 443 BGB in die Auseinandersetzungsvereinbarung aufzunehmen.

Auf der Seite der Rechtsfolgen ist zu berücksichtigen, dass – soweit die Gewährleistung als zu bevorzugende Alternative bei solchen Sachverhalten nicht vollständig ausgeschlossen ist – sich aus der Konstruktion des Erbauseinandersetzungsvertrages als einem mehrseitigen Vertrag Besonderheiten auf dem Gebiet des Leistungsstörungenrechts ergeben. Denn es stellt sich stets die Frage, wie sich die Leistungsstörung im Verhältnis zu einem Miterben auf die Erbauseinandersetzung im Übrigen auswirkt, ob die Leistungsstörung also nur eine Einzelwirkung in der konkreten Leistungsbeziehung zu dem betroffenen Miterben oder eine Gesamtwirkung bezüglich des ganzen Vertragsverhältnisses „Erbauseinandersetzung“ entfaltet.

Um hier Probleme bei der Vertragsabwicklung zu vermeiden, empfiehlt sich jedenfalls eine klare vertragliche Regelung, in welchem Verhältnis sich die Leistungsstörungen genau auswirken, inwieweit sie auf Leistungen an andere Miterben durchschlagen und welche Ersatzleistungen vom wem verlangt werden können. Dabei sollte insbesondere die Problematik der Rückabwicklung bei einer bereits vollständig auseinandergesetzten Erbengemeinschaft nicht übersehen werden. Durch die vollständige Auseinandersetzung existiert die Erbengemeinschaft nicht mehr.²⁷ Es stellt sich damit die Frage, ob eine Rückabwicklung im Sinne einer Rückübertra-

²² Vgl. zum Umfang des Formzwangs *Palandt/Grünberg*, § 311 b Rdnr. 25 ff.; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, § 311 b Rdnr. 49 ff.

²³ *Keim*, RNotZ 2003, 375, 380.

²⁴ Siehe hierzu *Keim*, RNotZ 2003, 375, 377.

²⁵ Eine aufschiebende Bedingung kann als sich problematisch erweisen, wenn die Kaufpreisfälligkeit nicht innerhalb kurzer Zeit eintritt, da der Erwerber bis zum Eintritt der Bedingung Gesellschafterrechte nicht ohne weiteres wahrnehmen kann.

²⁶ Siehe oben Fn. 19.

²⁷ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 5.

gung der Nachlassgegenstände auf „die Erbengemeinschaft“ überhaupt erfolgen kann. Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann die Erbengemeinschaft jedenfalls nicht durch eine Vereinbarung der Miterben begründet oder wieder hergestellt werden.²⁸ Auch eine Aufhebung des vollzogenen Auseinandersetzungsvertrages lässt damit die Erbengemeinschaft nicht wiederaufleben. Der BGH hat allerdings entschieden, dass eine Rückabwicklung aufgrund Ausübung eines *gesetzlichen* Rücktrittsrechts oder bei einer Anfechtung des Vertrages nicht zu einer vertraglichen oder rechtsgeschäftlichen Wiederbegründung der Erbengemeinschaft führe. Vielmehr stehe der durch den Rücktritt oder die Anfechtung ausgelöste Anspruch auf Rückgewähr nach § 2041 BGB der Gesamthand „Erbengemeinschaft“ zu, so dass diese kraft Gesetzes fortbestehe.²⁹ Jedoch handelt es sich bei der hier zitierten Entscheidung um einer ältere, in der neueren Zeit nicht bestätigte Entscheidung. Des Weiteren treten auch nach dieser Rechtsprechung Probleme z. B. bei der Qualifizierung als gesetzliches Rücktrittsrecht auf. So ist beispielsweise nach der Schuldrechtsreform nicht abschließend geklärt, ob das in § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB normierte Rücktrittsrecht ein „gesetzliches Rücktrittsrecht“ darstellt.³⁰ Außerdem fehlt für ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht von vornherein eine Lösung, wie rückabzuwickeln ist. Um diese Situation befriedigend zu lösen, empfiehlt sich daher für den Kautelarjuristen, der das Gebot des sichersten Weges zu beachten hat, die Aufnahme einer vertraglichen Regelung für den Fall der Ausübung eines Rücktrittsrechtes, welche den Modus der Rückübertragung regelt. Zumindest als Auffanglösung bietet es sich dabei an, die Rückübertragung an die Mitglieder der ehemaligen Erbengemeinschaft in Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorzusehen.

4. Minderjährige und Betreute als Beteiligte

Sind Minderjährige oder Betreute als Miterben an der Erbauseinandersetzung beteiligt, so werden sie grundsätzlich gem. § 1629 Abs. 1 BGB durch die Eltern bzw. gem. § 1902 BGB durch den gerichtlich bestellten Betreuer vertreten. Ist eine Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft angeordnet, ist nach §§ 1908 i und 1915 BGB i. V. m. § 1822 Nr. 2 BGB stets die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Anderes gilt für Minderjährige: Da § 1643 Abs. 1 BGB nicht auf § 1822 Nr. 2 BGB verweist,³¹ ist bei Minderjährigen eine Genehmigung durch das Familiengericht nur bei den generell genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften erforderlich, wie z. B. bei einer Grundstücksübertragung. Für die Frage der Genehmigungsfähigkeit ergeben sich bei der Erbauseinandersetzung grundsätzlich keine Besonderheiten; es gelten vielmehr die allgemeinen Grundsätze.³² Anders verhält es sich jedoch bei einer Teilerbauseinandersetzung.³³ Hier besteht die Gefahr, dass der Minderjährige aufgrund von Wertverschiebungen zwischen dem Abschluss des Teilerbauseinandersetzungsvertrages und der vollständigen Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft benachteiligt wird. In diesen Fällen kann

eine Genehmigungsfähigkeit dadurch bewirkt werden, dass als Stichtag für die Nachlassbewertung der Tag der vollständigen Auseinandersetzung festgelegt wird und Wertdifferenzen, die sich dann gegebenenfalls zu Lasten des Minderjährigen ergeben, aus dem Nachlass oder durch Abfindungszahlungen von Miterben auszugleichen sind. Diese Abfindungszahlungen sollten dann auch z. B. durch Eintragung einer Sicherungshypothek dinglich gesichert werden.

Zudem können Schwierigkeiten bei der Erbauseinandersetzung unter Beteiligung Minderjähriger auftreten, wenn ein Elternteil als gesetzlicher Vertreter ebenfalls an der Erbengemeinschaft beteiligt ist oder wenn der Ehegatte oder Lebenspartner des Elternteils oder einer seiner Verwandten in gerade Linie an der Erbengemeinschaft beteiligt sind (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Denn in diesen Fällen verbieten die §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB die Vertretung des Minderjährigen durch seinen gesetzlichen Vertreter. Gem. § 1909 BGB muss ein Ergänzungspfleger bestellt werden.³⁴ Soweit mehrere minderjährige Kinder an der Auseinandersetzung beteiligt sind, ist für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen. Wird ein Ergänzungspfleger bestellt, ist zu beachten, dass gem. § 1822 Nr. 2 BGB wiederum in jedem Fall eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist.³⁵ Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für den Betreuten, da § 1901 i BGB auf § 1795 BGB verweist.

5. Auseinandersetzung bei Anordnung von Vor- und Nacherbschaft

Probleme können im Rahmen der Erbauseinandersetzung des Weiteren entstehen, wenn eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet worden ist: So kann eine Erbauseinandersetzung mit Grundstücksübertragung unter nicht befreiten Vorerben gem. § 2113 Abs. 1 BGB nur unter Zustimmung des Nacherben erfolgen,³⁶ weil sie ansonsten im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam wäre, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.³⁷ Aber auch beim befreiten Vorerben stellt sich das gleiche Problem bei einer unentgeltlichen Verfügung gem. § 2113 Abs. 2 Satz 1

³⁴ Nicht zu verwechseln sind diese Fälle mit der Konstellation, dass die Erbengemeinschaft ein Grundstück an einen Dritten veräußert und der gesetzliche Vertreter für sich selbst und den Minderjährigen handelt, *Palandt/Diederichsen*, § 1795 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Wagenitz*, § 1795 Rdnr. 8. In diesem Fall steht der gesetzliche Vertreter auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts wie der Minderjährige, so dass ein Ergänzungspfleger nicht erforderlich ist, weil das Verbot des § 181 BGB in diesen Fällen nicht greift. Zu beachten ist allerdings, dass für den Kaufvertrag wiederum dann ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, wenn er die Erlösverteilung im Sinne einer Auseinandersetzung unter den Miterben regelt. In dieser Situation ist der gesetzliche Vertreter für den Gesamtvertrag nach den oben genannten Grundsätzen ausgeschlossen.

³⁵ *Palandt/Diederichsen*, § 1643 Rdnr. 6.

³⁶ Vgl. zu diesem Problemkreis *Friederich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vor- und Nacherben, 1999, Rdnr. 136 ff. Eine Zustimmung der Ersatznacherben ist neben der Zustimmung des Nacherben nicht erforderlich. Siehe hierzu *MünchKommBGB/Grunsky*, § 2113 Rdnr. 16 m. w. N.

³⁷ Eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis bilden diejenigen Fälle, in denen der Vorerbe aufgrund einer Teilungsanordnung oder eines Vermächtnisses verfügt; siehe hierzu ausführlich *MünchKommBGB/Grunsky*, § 2113 Rdnr. 12. Im Übrigen hindert der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk die Wirksamkeit der Verfügung nicht. Das Grundbuchamt hat nicht der Frage nachzugehen, ob die Verfügung auch nach Eintritt des Nacherbsfalls dem Nacherben gegenüber wirksam ist. Unter Mitübertragung des Nacherbenvermerks ist deshalb ein Vollzug im Grundbuch durchaus möglich, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3489.

²⁸ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2042 Rdnr. 46; OLG Köln, OLGZ 1965, 117 f.; KG, DNotZ 1952, 84.

²⁹ BGH, DNotZ 1955, 406; *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 6; a. A. *Keim*, RNotZ 2003, 375, 381.

³⁰ *Palandt/Grünberg*, § 313 Rdnr. 42 lehnt dies z. B. ab.

³¹ Für die Fälle des § 1822 Nr. 2 BGB besteht bei der Vertretung durch die Eltern eine Sonderregelung in § 1643 Abs. 2 BGB.

³² Vgl. zu den allgemeinen Grundsätzen *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2042 Rdnr. 38.

³³ Siehe hierzu auch *Keim*, RNotZ 2003, 375, 380.

BGB. In diesem Fall ist ebenso eine Zustimmung der Nacherben erforderlich. Die Frage der Entgeltlichkeit der Verfügung beurteilt sich wie folgt: Setzen sich befreite Vorerben über den Nachlass auseinander, ist eine Grundstücksverfügung immer dann als vollentgeltlich³⁸ anzusehen, wenn der Miterbe durch die Übertragung des Grundbesitzes dasjenige erhält, was wertmäßig seiner Erbquote entspricht, oder wenn für einen etwaigen Mehrwert eine Ausgleichszahlung³⁹ erbracht wird. Denn die Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks ist die Aufgabe des Auseinandersetzungsanspruchs des erwerbenden (Vor-)Miterben am Nachlass.

Allerdings führt auch eine vollentgeltliche Verfügung bei einer Auseinandersetzung von Mitvorerben nicht zur vollständigen Beseitigung der Nacherbenbindung. Soweit ein Vorerbe nämlich durch die Auseinandersetzung ein Grundstück aus dem Nachlass erwirbt, unterliegt es gem. § 2111 BGB wiederum der Nacherbenbeschränkung hinsichtlich der nach ihm eingesetzten Nacherben, weil er es mit Mitteln aus dem Nachlass (seinem Auseinandersetzungsanspruch) erworben hat. Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn der Mitvorerbe, dem das Grundstück übertragen wird, den Grundstückswert vollständig aus seinem Eigenvermögen an die Erbengemeinschaft zahlt.⁴⁰

Dogmatisch sehr umstritten ist die Frage, ob und wie die Lösung eines Nachlassgrundstücks aus der Nacherbenbindung bei einem Eigenerwerb des Vorerben möglich ist.⁴¹ Inzwischen existiert jedenfalls Rechtsprechung des BGH dahingehend, dass der Vorerbe nachlasszugehörige Grundstücke unter Beseitigung der Nacherbenbindung in seine Eigenvermögen überführen kann, wobei die genaue dogmatische Begründung offen bleibt. Mit Urteil vom 13.10.2000 hat der BGH⁴² entschieden, dass sich Mitvorerben – die zugleich Nacherben der jeweils anderen Mitvorerben waren – in der Form auseinandersetzen können, dass die dem Vorerben übertragenen Gegenstände endgültig aus dem Nachlass ausscheiden. Es ist daher davon auszugehen, dass ein Nachlassgegenstand im Wege einer Vereinbarung zwischen den Vorerben und allen Nacherben (nicht jedoch zusätzlich mit den Ersatznacherben) wirksam in das Eigenvermögen eines Vorerben überführt werden kann, ohne weiter der Nacherbenbindung zu unterliegen.

6. Gesellschaftsanteile bzw. Handelsgeschäft als Nachlassgegenstand

a) Gesellschaftsanteile

Befinden sich Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Nachlass, so ergeben sich (abgesehen von dem Beurkundungser-

³⁸ Zur Führung des Nachweises der Entgeltlichkeit gegenüber dem Grundbuchamt siehe *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3479 f., 3491 Fn. 4.

³⁹ Insoweit ist zumindest für den befreiten Vorerben anerkannt, dass es der Entgeltlichkeit der Verfügung nicht entgegensteht, wenn die Gegenleistung nicht in den Nachlass, sondern in das freie Vermögen des ausgleichsberechtigten Vorerben fließt, *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3480, *MünchKommBGB/Grunsky*, § 2113 Rdnr. 23.

⁴⁰ Zum Problem der Teilsurrogation bei gemischtem Erwerb aus eigenen Mitteln des Erben und aus Mitteln der Erbschaft siehe auch *MünchKommBGB/Grunsky*, § 2111 Rdnr. 10.

⁴¹ Zum Auseinandersetzungsvertrag zwischen Vor- und Nacherben siehe *Gantzer*, *MittBayNot* 1993, 67, 68; kritisch gegenüber einem „Verzicht“ des Nacherben auf sein Anwartschaftsrecht und mit der Lösung einer Doppelüberweisung zwischen Vor- und Nacherben *Maurer*, *DNotZ* 1981, 223, 225 ff.; *MünchKommBGB/Grunsky*, § 2113 Rdnr. 15; umfassend zum Meinungsstand *Friederich*, *Rechtsgeschäfte zwischen Vor- und Nacherben*, Rdnr. 295 ff., 306 ff.

⁴² *DNotZ* 2001, 392.

fordernis gem. § 15 GmbHG) keine Besonderheiten bei der Nachlassauseinandersetzung.⁴³ Die Anteile an Kapitalgesellschaften sind grundsätzlich vererblich und stehen den Erben in Erbengemeinschaft zu, soweit nicht nach dem Gesellschaftsvertrag nur einzelne Erben nachfolgeberechtigt sind. Anderes gilt jedoch bei Anteilen an einer Personengesellschaft. Diese sind zunächst nur dann vererblich, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vererblich gestellt worden sind.⁴⁴ Ist eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen worden, bedeutet dies dennoch nicht, dass der Gesellschaftsanteil des Erblassers von den Erben in der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft gehalten wird. Vielmehr geht die Gesellschaftsbeteiligung im Wege einer „Sondererbfolge“ auf die einzelnen Erben entsprechend ihrer Erbquoten über,⁴⁵ so dass eine Erbaueinandersetzung bezüglich dieser Anteile nicht erforderlich ist. Trotz dieser „Sondererbfolge“ ist bei der Erbaueinandersetzung zu beachten, dass die Gesellschaftsbeteiligungen selbst in dem Sinne nachlasszugehörig sind,⁴⁶ dass zum Beispiel ein Nachlassinsolvenzverwalter durch Kündigung entsprechend § 135 HGB auf den Wert des Gesellschaftsanteils zugreifen kann.

b) Handelsgeschäft

Im Gegensatz dazu, dass eine Erbengemeinschaft keine Anteile an einer Personengesellschaft halten kann, ist allgemein anerkannt, dass die Erbengemeinschaft Inhaberin eines Handelsgeschäfts sein kann.⁴⁷ Die Erbengemeinschaft kann das Handelsgeschäft sogar grundsätzlich ohne zeitliche Grenze fortführen.⁴⁸ Diese Fortführung birgt allerdings Haftungsgefahren für die Erben. Gem. §§ 25, 27 HGB haften die Erben bei Fortführung des Handelsgeschäftes unbeschränkt mit ihrem Eigenvermögen für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Für neu begründete Geschäftsverbindlichkeiten haften die Erben ebenfalls unbeschränkt als Gesamtschuldner. Diese unbeschränkte Haftung wirkt sich aber nicht nur auf der Ebene des Handelsgeschäftes aus. Vielmehr geht den Erben auch die Einrede des § 2059 BGB bezüglich des gesamten Nachlasses verloren. Diese Haftungsfragen sowie das Problem, dass sich der Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Miterben gem. §§ 2038, 2040 BGB schlecht mit den Erfordernissen der Führung eines Handelsgeschäfts verträgt, begründen in jedem Fall Handlungsbedarf für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft.

Folgende Alternativen bieten sich an: Zum einen kann das Geschäft stillgelegt werden, so dass die unbeschränkte Haftung gem. § 27 Abs. 2 BGB vermieden wird. Die Einzelgegenstände des Handelsunternehmens sind dann wie alle sonstigen Nachlassgegenstände zu behandeln und auseinanderzusetzen. Zum anderen kann das Handelsgeschäft im Wege der Auseinandersetzung durch Einzelrechtsübertragung auf einen oder mehrere Miterben (möglicherweise in Rechtsform einer Gesellschaft verbunden) übertragen werden. Soweit die Über-

⁴³ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 67.

⁴⁴ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 51 ff.

⁴⁵ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 55.

⁴⁶ Zur Nachlasszugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung und nicht nur der selbstständig abtretbaren Ansprüche auf den Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben siehe *Palandt/Edenhofer*, § 1922 Rdnr. 19.

⁴⁷ *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2032 Rdnr. 44.

⁴⁸ Ohne speziellen Gründungsvertrag erfolgt auch keine „automatische Umwandlung“ der Erbengemeinschaft in eine Personenhandels-gesellschaft, siehe *Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan*, HGB, 2. Aufl. 2001, § 105 Rdnr. 37.

tragung auf nur einen Erben erfolgen soll, der nach außen als Kaufmann auftritt, kann dieser Miterbe das Handelsgeschäft auch – zumindest anteilig – treuhänderisch für weitere Miterben halten.⁴⁹ Auf alle diese Übertragungen sind die allgemeinen Grundsätze der Auseinandersetzung anzuwenden.

Daneben existiert noch eine dritte (allerdings sehr umstrittene) Möglichkeit: Die Erbengemeinschaft kann möglicherweise das Handelsgeschäft nach dem Umwandlungsgesetz z. B. auf eine von den Erben gegründete Gesellschaft ausgliedern. Eine Ausgliederung hätte unter anderem den Vorteil, dass keine Schuldübernahmegenehmigungen durch die Gläubiger eingeholt werden müssten. Die eine solche Umwandlungsmöglichkeit befürwortende Auffassung geht davon aus, dass die Erbengemeinschaft, die ein Handelsunternehmen führt, dem Einzelkaufmann handelsrechtlich und umwandlungsrechtlich gleichzustellen sei.⁵⁰ Folgt man dieser Auffassung, so wäre der Ausgliederungsvertrag gem. § 2040 BGB durch alle Erben gemeinsam abzuschließen. Die im Wege der Ausgliederung erworbenen Anteile erhielte die Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Bindung; die weitere Auseinandersetzung würde dann wie gewohnt erfolgen.⁵¹ Allerdings lehnt die wohl überwiegende Meinung diese Ausgliederungsmöglichkeit ab, weil die Erbengemeinschaft mit dem Einzelkaufmann nicht gleichzusetzen sei.⁵² Deshalb kann derzeit nur die Einzelrechtsübertragung als gesicherter Weg empfohlen werden; Rechtsprechung zu dieser Frage existiert noch nicht.

7. Anfechtbarkeit bei Mitwirkung eines verschuldeten Miterben

Wirkt ein Miterbe, dem eine Pfändung droht, bei der Auseinandersetzung mit, stellt sich die Frage, ob und inwieweit Gläubiger die Auseinandersetzung nach dem AnfG anfechten können. Ausdrückliche Stellungnahmen zu diesem Problem finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur.

Anfechtbar ist nach dem AnfG zunächst jede Rechthandlung. Unter einer Rechthandlung in diesem Sinne ist jede Willenserklärung als notwendiger Bestandteil von dinglichen und obligatorischen Rechtsgeschäften zu verstehen, also jede Willensäußerung, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs gerichtet ist. Damit ist grundsätzlich auch der Erbaueinandersetzungsvertrag eine Rechthandlung im Sinne des AnfG (§ 1 Abs. 1 AnfG). Voraussetzung für die Anfechtbarkeit gem. § 3 Abs. 1 AnfG ist jedoch unter anderem das Vorliegen einer objektiven Benachteiligung der Gläubiger in dem Sinne, dass die Möglichkeiten seiner Befriedigung durch die vorgenommene Rechthandlung beeinträchtigt werden. Beeinträchtigung ist dabei nicht nur ein ganzes oder teilweises Wegfallen der Befriedigungsmöglichkeit, sondern auch eine Erschwerung oder Verzögerung der Befriedigung.⁵³ Im Rahmen einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft wird die gesamthänderische Bindung der Miterben aufgehoben und werden jedem Miterben stattdessen Nachlassgegenstände übertragen. Damit verändert sich die Pfändungsmöglichkeit des Gläubigers dergestalt, dass dem Gläubiger an-

stelle des Erbteils des Schuldners nunmehr das im Wege der Erbaueinandersetzung übertragene Vermögen zur Pfändung zur Verfügung steht. Von zentraler Bedeutung für die Beurteilung, ob der Erbaueinandersetzungsvertrag anfechtbar ist, ist somit die Frage nach der Gleichwertigkeit der Pfändungsmöglichkeiten des Gläubigers vor und nach der Erbaueinandersetzung. Dabei sind folgende Gesichtspunkte bedeutend: Erfolgt eine Realteilung, welche wertmäßig den Erbquoten entspricht, wird dieser Umstand für eine Gleichwertigkeit sprechen. Erfolgt eine Aufteilung, innerhalb derer Wertdifferenzen entstehen, die auch nicht ausgeglichen werden, ist die Gleichwertigkeit jedenfalls abzulehnen.

8. Zustimmungen, Genehmigungen und gesetzliches Vorkaufsrecht

a) Ehegattenzustimmung gem. § 1365 BGB

Lebt einer der an der Auseinandersetzung beteiligten Miterben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so kann die Zustimmung seines Ehegatten zum Auseinandersetzungsvertrag erforderlich sein, soweit der Erbteil des Miterben im Wesentlichen sein ganzes Vermögen ausmacht. Erfolgt allerdings eine Realteilung des Nachlasses, so soll nach der Rechtsprechung eine Zustimmung des Ehegatten entbehrlich sein.⁵⁴ Da jedoch zum einen *Keim* zutreffend kritisiert, dass in der Rechtsprechung im Übrigen allein auf den Vertragsgegenstand, nicht aber auf die Gegenleistung abgestellt werde, und zum anderen nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist, ob die Realteilung wertmäßig den Erbquoten entspricht, sollte in diesen Fällen stets die Zustimmung des Ehepartners eingeholt werden.⁵⁵

b) Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke

Befinden sich im Nachlass land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, die durch die Auseinandersetzung übertragen werden sollen, ist zu dem Auseinandersetzungsvertrag eine Genehmigung nach § 2 GrdstVG erforderlich.⁵⁶

c) Gesetzliches Vorkaufsrecht

Ein Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB löst ein Erbaueinandersetzungsvertrag nicht aus, weil er selbst bei Zahlung von Abfindungsleistungen keinen Kaufvertrag darstellt.⁵⁷ Eine Bescheinigung über das Nichtbestehen des gemeindlichen Vorkaufsrechts kann deshalb vom Grundbuchamt nicht verlangt werden.

Hinweis der Schriftleitung:

Dieser Beitrag wird im nächsten Heft fortgeführt. Zu den ertragsteuerlichen Problemen der Erbaueinandersetzung siehe auch den Beitrag von *Reich*, MittBayNot 2007, 280 (in diesem Heft).

⁴⁹ Zur Möglichkeit der Treuhandübertragung vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 22 Rdnr. 6.

⁵⁰ *Widmann/Mayer*, UmwG, § 152 Rdnr. 30 ff.

⁵¹ *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 2060.

⁵² Vgl. nur *Limmer*, a. a. O.

⁵³ *Nerlich/Niehus*, AnfG, 2000, § 1 Rdnr. 42.

⁵⁴ *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 6 f.; *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 8.

⁵⁵ *Keim*, RNotZ 2003, 375, 379. Ob bei einem in Gütergemeinschaft lebenden Miterben eine Mitwirkung des Ehegatten erforderlich ist, beurteilt sich danach, in welcher Vermögensmasse sich der Erbteil befindet (Vorbehaltsgut oder Gesamtgut). Siehe hierzu *Ebeling/Geck*, a. a. O., 1. Teil, Rdnr. 556 ff.

⁵⁶ *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 9.

⁵⁷ BGH, DNotZ 1970, 423; *Palandt/Edenhofer*, § 2042 Rdnr. 10.

Ertragsteuerliche Probleme der Erbaueinandersetzung

Von Steuerberater/Assessor (iur.) Prof. *Thomas Reich*, Würzburg/Wiesentheid

Im letzten Heft wurden die ertragsteuerlichen Probleme des Erbfalls¹ dargestellt. Nach dem Erbfall kommt es zwischen mehreren Erben zu einer Auseinandersetzung. Abhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Nachfolge ergeben sich erhebliche Belastungsunterschiede, die bereits bei der Nachfolgeplanung berücksichtigt werden sollten. Die sich stellenden wesentlichen Gestaltungsunterschiede werden in diesem Beitrag erörtert und unter C. in einem zusammenfassenden Beispiel dargestellt.

A. Allgemeines

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, bilden diese als Gesamtrechtsnachfolger eine Erbengemeinschaft (§§ 1922, 2032 BGB). Jeder Miterbe kann, falls die Auseinandersetzung nicht aufgeschoben oder ausgeschlossen ist (§§ 2043 ff. BGB), grundsätzlich jederzeit die Auseinandersetzung verlangen. Hierbei stellen sich zahlreiche ertragsteuerliche Fragen. Diese hatte das BMF aus seiner Sicht bereits in seinem umfangreichen Schreiben zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung vom 11.1.1993² beantwortet. Wegen zwischenzeitlich eingetretener Gesetzesänderungen entsprachen einige der in diesem Schreiben enthaltenen Aussagen nicht mehr der aktuellen Rechtslage. Nach Veröffentlichung des Erlasses im Jahr 1993 war nämlich beispielsweise durch das sog. „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“³ der „Mitunternehmererlass“⁴ aufgehoben worden, der Steuerpflichtigen bei der Übertragung von Betriebsvermögen großzügige Bewertungswahlrechte einräumte. Die bis dahin bestehende Möglichkeit, Wirtschaftsgüter vom Gesamthandsvermögen in das Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers (oder umgekehrt) steuerneutral, also unter Beibehaltung des Buchwertes, übertragen zu können, wurde durch den neu geschaffenen § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG abgeschafft. Diese Regelung hatte in der Folgezeit Umstrukturierungen erheblich erschwert. Die Möglichkeit der steuerneutralen Übertragung wurde zwar durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz⁵ wieder geschaffen, zum einen wurden aber Mindestbehaltefristen eingeführt, zum anderen sind derartige Übertragungen nunmehr zwingend zum Buchwert vorzunehmen; ein Wahlrecht zur Gewinnrealisierung besteht nicht mehr. Am 14.3.2006 wurde der neu überarbeitete Erlass zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage veröffentlicht.⁶

B. Ertragsteuerliche Aspekte der Erbaueinandersetzung

Setzen sich die Miterben auseinander, kann es zur Realisierung stiller Reserven kommen, weil ertragsteuerliches Betriebsvermögen seine Betriebsvermögenseigenschaft durch die Aufteilung des Nachlasses verliert. Dies ist der Fall, wenn

es zu einer Entnahme, Betriebsaufgabe oder Veräußerung kommt. Bei der Untersuchung der ertragsteuerlichen Auswirkungen ist – wie im Erlass vorgesehen – danach zu differenzieren, ob nur Betriebsvermögen, nur Privatvermögen oder ein Mischnachlass auseinanderzusetzen ist. Soweit ein einzelner Miterbe wertmäßig mehr Nachlassvermögen erhält, als es seiner Erbquote entspricht, muss er den anderen Miterben eine Ausgleichszahlung leisten. Diese Ausgleichszahlung kann bei den empfangenden Miterben zu einem ertragsteuerpflichtigen Veräußerungsgewinn führen.⁷

I. Entnahme/Betriebsaufgabe

Wird das vorhandene Nachlassvermögen ohne Abfindungszahlungen geteilt, können sich ertragsteuerliche Auswirkungen nur dann ergeben, wenn im Nachlass Betriebsvermögen vorhanden ist und dieses im Rahmen der Erbaueinandersetzung entnommen oder sogar der ganze Betrieb aufgegeben⁸ wird, ohne dass zugleich die Voraussetzungen der Realteilung⁹ nach § 16 Abs. 3 Satz 2 bis 4 EStG vorliegen. Sind die Voraussetzungen der Realteilung gegeben, müssen die Buchwerte – anders als im Erlass von 1993 beschrieben – zwingend fortgeführt werden. Entgegen der früheren Rechtslage besteht kein Wahlrecht zur Gewinnrealisierung mehr. Werden im Rahmen einer Realteilung einzelne Wirtschaftsgüter übertragen, ist die Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG zu beachten. Werden nach der steuerneutralen Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren Grund und Boden, Gebäude oder andere wesentliche Betriebsgrundlagen vom Übernehmer veräußert oder entnommen, ist rückwirkend auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung der gemeine Wert anzusetzen. Die 3-Jahres-Frist läuft immer deutlich später als drei Jahre nach Vereinbarung der Erbaueinandersetzung (= Abschluss des notariellen Auseinandersetzungsvertrages) ab, da sie erst mit Abgabe der Steuererklärung für den Veranlagungszeitraum der Realteilung beginnt. Der die vorbezeichneten Vermögensgegenstände empfangende Erbe hätte es in der Hand, bei den anderen Miterben noch nach Jahren eine Ertragsteuerbelastung auszulösen. Aus diesem Grunde sollte in einem Erbaueinandersetzungsvertrag immer von der eingeräumten Möglichkeit¹⁰ Gebrauch gemacht werden, zu vereinbaren, dass der Gewinn allein dem entnehmenden Realteiler zuzurechnen ist.

Kommt es anlässlich der Erbaueinandersetzung zur Entnahme von Betriebsvermögen, ist der hierbei realisierte Gewinn grundsätzlich von allen Miterben entsprechend ihrer

¹ MittBayNot 2007, 182.

² BMF, IV B 2 – S 2242 – 86/92, BStBl 1993 I, 62; geändert durch BMF vom 5.12.2002, IV A 6 – S 2242 – 25/02, BStBl 2002 I, 1392.

³ StEntG vom 31.3.1999, BGBl I, 402.

⁴ BMF vom 20.12.1977, IV B 2 – S 2241 – 231/77, BStBl 1978 I, 8.

⁵ UntStFG vom 24.12.2001, BGBl I, 3858.

⁶ BMF, IV B 2 – S 2242 – 7/06, BStBl 2006 I, 253 = MittBayNot 2007, 254.

⁷ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 14 ff. (für Betriebsvermögen), Tz. 26 ff. (für Privatvermögen), Tz. 36 ff. (für Mischnachlässe).

⁸ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 11 ff.

⁹ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 12; BMF zur Realteilung vom 28.2.2006, IV B 2 – S 2242 – 6/06, BStBl 2006 I, 228.

¹⁰ BMF zur Realteilung, a. a. O. (Fn. 9) unter IX.

Erbquote zu versteuern. Im aktuellen Erlass ist allerdings vorgesehen, dass ein Entnahmegewinn durch entsprechende Vereinbarung dem entnehmenden Miterben allein zugerechnet werden kann.¹¹ Bei der Erbauseinandersetzung kann daher zukünftig nicht nur über die Verteilung des Vermögens, sondern auch über die Verteilung der Steuerlast verhandelt werden. Dies eröffnet interessante Gestaltungsmöglichkeiten, falls bei einzelnen Miterben erhebliche ertragsteuerliche Progressionsunterschiede bestehen, bei einem Miterben Verlustvorträge nach § 10 d EStG vorhanden sind oder ein Miterbe hohe stille Reserven übernimmt, die eines Tages steuerpflichtig werden könnten.

II. Übernahme von Schulden bei der Erbauseinandersetzung

Erfolgt die Auseinandersetzung in der Weise, dass alle Nachlassgegenstände zu Bruchteilseigentum entsprechend der Erbquote auf die einzelnen Miterben übertragen werden, ergeben sich keinerlei ertragsteuerliche Probleme. Eine derartige Auseinandersetzung dürfte aber kaum vorkommen. Bleiben die Miterben dann in einer Bruchteilsgemeinschaft verbunden, hätte nämlich auf die Erbauseinandersetzung verzichtet werden können. Regelmäßig werden den einzelnen Miterben einzelne Nachlassgegenstände oder Vermögensteile über ihre Erbquote hinaus zu Alleineigentum zugewiesen und nur darauf geachtet, dass kein Miterbe wertmäßig mehr erhält, als ihm nach seiner Erbquote zusteht. Im „alten“ Erlass aus dem Jahr 1993¹² wurde dieser Vorgang als „Realteilung“ bezeichnet, mittlerweile wird der Begriff vom BMF aber nur noch zur Bezeichnung der Aufteilung gemeinschaftlichen Betriebsvermögens einer Mitunternehmerschaft zur Erfüllung des Auseinandersetzungsanspruchs der Mitunternehmer verwendet;¹³ der Begriff wird daher im neuen Erlass vermieden.

Soweit nur das im Nachlass vorhandene Vermögen verteilt wird, ohne dass ein Miterbe aus seinem eigenen Vermögen einen Ausgleich leisten muss, ist die Auseinandersetzung kein entgeltlicher Vorgang.¹⁴ Werden bei der Auseinandersetzung vorhandene Nachlassschulden und Schulden der Erbengemeinschaft abweichend von der Erbquote verteilt, ist die Rechtslage allerdings nicht eindeutig. Die disquotale Übernahme von Schulden stellt nach Ansicht der Finanzverwaltung kein Entgelt dar.¹⁵

Beispiel¹⁶: *A und B sind Erben zu je 1/2. Zum Nachlass gehört ein Grundstück (Wert 2 Mio. €), das mit einer noch voll valuierten Hypothek von 1 Mio. € belastet ist, und Wertpapiere (Wert 3 Mio. €). Die Erben setzen sich dahin auseinander, dass A das Grundstück und B die Wertpapiere erhält. B übernimmt außerdem die Verbindlichkeit in voller Höhe.*

Das BMF argumentiert, dass im vorstehenden Beispiel eine Teilung ohne Abfindungszahlung, also ein unentgeltlicher Rechtsvorgang vorliege. Jeder Miterbe habe nämlich wertmäßig 2 Mio. € geerbt und im Rahmen der Erbauseinandersetzung auch erhalten. A bekam ein Grundstück im Wert von 2 Mio. € und B die Wertpapiere von 3 Mio. € abzüglich der übernommenen Verbindlichkeiten von 1 Mio. €.

Die im BMF-Schreiben vertretene Ansicht scheint auf den ersten Blick gerecht zu sein, vertritt sie doch die für die Miterben günstige Ansicht, dass die Auseinandersetzung unentgeltlich ist und daher keine ertragsteuerlichen Folgen entstehen können. Bei näherer Betrachtung wird B aber wohl darauf beharren, dass er einen Teil der Wertpapiere entgeltlich erworben habe. Spätestens bei der Erklärung der Einkünfte aus Kapitalvermögen wird sich B nämlich die Frage stellen, ob er die für die Verbindlichkeiten von 1 Mio. € gezahlten Schuldzinsen als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Kapitalvermögen behandeln kann.¹⁷ Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellt die Übernahme der Verbindlichkeiten kein Entgelt dar. Dann fehlt es aber am Finanzierungszusammenhang mit der Folge, dass die Schuldzinsen auch nicht als Werbungskosten abgezogen werden können. Etwas anderes würde lediglich dann gelten, wenn bereits der Erblasser das Darlehen zur Finanzierung der Wertpapiere aufgenommen hätte. In diesem Fall hätte nämlich bereits der Erblasser die Schuldzinsen als Werbungskosten abziehen können; durch die Erbauseinandersetzung wäre der Finanzierungszusammenhang nicht unterbrochen worden. B wird daher die Ansicht der Finanzverwaltung ablehnen und argumentieren, dass er Wertpapiere für 2 Mio. € unentgeltlich erworben und weitere Wertpapiere für 1 Mio. € von A gekauft habe; den Kaufpreis habe er durch Übernahme von Schulden in Höhe von 1 Mio. € erbracht. Im oben genannten Beispiel geht das BMF nicht auf den Finanzierungszusammenhang ein; aus seiner Sicht kam es darauf nicht an. Unterstellt, dass mit dem Darlehen der Kauf der Immobilie finanziert wurde, wird B daher argumentieren, dass die Schulden allein demjenigen zuzuordnen gewesen seien, der die Immobilie übernimmt. Sind die Schulden aber der von A übernommenen Immobilie zuzuordnen, werden sie aber von B übernommen, handelt es sich um eine Gegenleistung. Nach B's Ansicht wären die Schulden vollständig als Werbungskosten zu berücksichtigen. Sollte B tatsächlich Wertpapiere im Werte von 1 Mio. € von A entgeltlich erworben haben, läge allerdings bei A spiegelbildlich ein Veräußerungsgeschäft vor. Sollte es sich bei den Wertpapieren um Beteiligungen i. S. d. § 17 EStG¹⁸ handeln oder sollten diese erst innerhalb des letzten Jahres angeschafft worden sein, so dass ein privates Veräußerungsgeschäft (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) vorliegt, wird sich B gegen A's Ansicht wehren. Hierbei dürfte er mindestens zur Hälfte Erfolg haben. Obwohl A die mit einer Hypothek belastete Immobilie übernommen hat, wird er nämlich argumentieren, dass der vom Erblasser her bestehende (nur ertragsteuerlich für den Schuldzinsenabzug bedeutsame) Finanzierungszusammenhang nicht dazu führen könne, dass die Schulden wirtschaftlich demjenigen zuzuordnen sind, der die Immobilie übernimmt, sondern dass die Schulden grundsätzlich ebenfalls entsprechend der Erbquote auf die Miterben übergegangen seien. Es könne daher allenfalls in Höhe der Schulden ein Veräußerungsgeschäft vorliegen, die nach der Erbquote auf ihn entfallen; vorliegend wäre dies die Hälfte. Der von A vertretenen Ansicht wäre zuzu-

11 BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 13.

12 BMF, a. a. O. (Fn. 6), unter „C“ (Tz.10).

13 BMF zur Realteilung, a. a. O. (Fn. 38).

14 BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 10.

15 BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 18 (für Betriebsvermögen), Tz. 23 (für Privatvermögen).

16 Dies ist „Beispiel 7“ aus dem BMF-Schreiben, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 23.

17 Falls es sich bei den „Wertpapieren“ um Aktien handelt, ist zu beachten, dass nach § 3 Nr. 40 d EStG nur die Hälfte der Dividendeneinnahmen steuerpflichtig ist, so dass nach der (umstrittenen) gesetzlichen Regelung des § 3 c Abs. 2 EStG auch nur die Hälfte der gezahlten Darlehenszinsen als Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abgezogen werden können. Um die nachfolgende Darstellung nicht weiter zu verkomplizieren, wird unterstellt, dass es sich um Papiere handelt, deren Erträge nicht nach dem Halbeinkünfteverfahren begünstigt sind (z. B. Bundesschatzbriefe, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG).

18 Beteiligungen von mindestens 1 % an einer Kapitalgesellschaft in den letzten fünf Jahren.

stimmen, wenn eine reine Bruchteilsbetrachtung möglich wäre, wonach jeder Miterbe entsprechend seiner Erbquote Aktiv- und Passivvermögen erbt und die Befreiung von Passiva daher eine Gegenleistung darstellen würde. Dies ist nach der Ansicht von *Wacker*¹⁹ nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung nicht möglich; der BFH kam bisher grundsätzlich zu den gleichen Ergebnissen wie die Finanzverwaltung.

Dieser einfache Fall zeigt, dass zwischen den Miterben eine diametrale Interessenlage hinsichtlich der Einordnung der Übernahme der Schulden besteht. Während B die Ansicht der Finanzverwaltung begrüßt, wird A darauf beharren, dass die Schuldenübernahme in voller Höhe als Gegenleistung zu behandeln sei, so dass die gezahlten Schuldzinsen grundsätzlich in vollem Umfang als Werbungskosten abzuziehen sind.

Über den Umfang des Abzugs von Schuldzinsen als Werbungskosten hat der BFH – soweit ersichtlich – bisher noch nicht entscheiden müssen. In zwei Entscheidungen vom 14.12.2004 hat der BFH aber zur Frage der Anschaffungskosten bei der disquotalen Übernahme von Nachlassverbindlichkeiten Stellung genommen.²⁰ In dem entschiedenen Fall ging es um die Frage, inwieweit in der Übernahme aller Nachlassgegenstände gegen Ausgleichszahlung bei gleichzeitiger Übernahme aller Nachlassschulden und aller von der Erbengemeinschaft im Rahmen der Verwaltung begründeten Schulden ein Anschaffungsgeschäft zu sehen ist. Die Frage des Werbungskostenzusammenhangs stellte sich nicht, da hinsichtlich aller Schulden und Nachlassgegenstände bereits bei der Erbengemeinschaft ein Finanzierungszusammenhang bestand. Da dieser durch die Auseinandersetzung nicht unterbrochen wurde,²¹ ist auch weiterhin ein Abzug in voller Höhe möglich. Es ging aber darum, ob durch die Übernahme der Schulden ein Anschaffungsvorgang begründet wurde, der zu einer Erhöhung der AfA-Bemessungsgrundlage bei den übernommenen Nachlassgrundstücken geführt hat. Der BFH entschied, dass nur die Übernahme von Schulden der Erbengemeinschaft, die nicht bereits Schulden des Erblassers waren, sondern erst nach dem Erbfall entstanden sind, über die Erbquote hinaus ein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft darstellt. B wird daher mit seiner Ansicht auch vor dem BFH nicht durchdringen. Etwas anderes würde allerdings gelten, wenn die Erbengemeinschaft seit dem Erbfall Schulden angehäuft hätte, die nunmehr disquotale übernommen werden. Während der BFH²² hier ein Anschaffungsgeschäft sieht, möchte die Finanzverwaltung auch die disquotale Übernahme von Schulden der Erbengemeinschaft als steuerneutral behandeln. Die Finanzverwaltung hat auf diese Entscheidung des BFH allerdings mit einem Nichtanwendungserlass reagiert.²³ Auf die entgegenstehende BFH-Rechtsprechung geht der aktuelle Erlass daher nicht ein. Nach dem Erlass besteht somit für die Erbengemeinschaft die Möglichkeit, durch Schaffung liquider Mittel und gleichzeitiger Aufnahme von Verbindlichkeiten eine steuerneutrale Erbaueinandersetzung zu errei-

chen, weil durch die Verteilung der liquiden Nachlassmittel und der Schulden eine andernfalls notwendige Abfindungszahlung eines Miterben vermieden werden kann. Dieses Gestaltungsmittel wird allerdings nur dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die Auseinandersetzung andernfalls zur Realisierung von steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen²⁴ führen würde; dies soll selbstverständlich vermieden werden.

Eine Lockerung der bisherigen Rechtsprechungsänderung deutet sich darüber hinaus in einer jüngst veröffentlichten BFH-Entscheidung an.²⁵ Im Urteilsfall kam es vor dem durch Teilungsanordnung festgesetzten Termin zu einer Erbaueinandersetzung, bei der ein Miterbe Schulden von einem Grundstück übernahm, das ein anderer Miterbe erhielt. Der BFH nahm mit der Begründung Anschaffungskosten unter dem Gesichtspunkt des *vorzeitigen* Vermögenserwerbs an. Eine Behandlung der Schuldübernahme als Anschaffung kann daher nach dem neuen Urteil des BFH zumindest dann erreicht werden, wenn in der letztwilligen Verfügung für einen bestimmten Zeitraum ein Auseinandersetzungsverbot vorgesehen ist, in dem mit den Einnahmen der Erbengemeinschaft, die (andernfalls bei vorzeitiger Auseinandersetzung zu übernehmenden) Schulden getilgt werden könnten. Kommt es dann zu einer vorzeitigen Erbaueinandersetzung, stellt die Schuldübernahme eine Gegenleistung dar, da ohne die Schuldübernahme Vermögen der Erbengemeinschaft nicht in das Alleineigentum eines oder mehrerer Miterben hätte überführt werden können.

III. Schuldzinsenabzug bei vom Erblasser herrührenden Schulden als Werbungskosten oder Betriebsausgaben

Übernimmt ein Miterbe Schulden des Nachlasses oder müssen die Miterben zur Erfüllung von Vermächtnissen oder Pflichtteilsansprüchen Darlehen aufnehmen, stellt sich ebenfalls die Frage des Schuldzinsenabzugs. Nach Ansicht der Finanzverwaltung und des BFH stellt die überquotale Übernahme von Schulden kein Anschaffungsgeschäft dar.²⁶ Ein Schuldzinsenabzug als Werbungskosten kommt daher beim Miterben nur dann in Betracht, wenn bereits beim Erblasser zwischen den vom Miterben übernommenen Schulden und dem übernommenen Nachlassvermögen ein Finanzierungszusammenhang bestand.

Beispiel: A und B sind Erben zu je 1/2. Zum Nachlass gehörten ein vermietetes Grundstück (Wert 2 Mio. €), das in Höhe von 1 Mio. € mit valutierten Grundschulden belastet ist, die noch vom Kaufherrühren, und Aktien im Wert von 1 Mio. €. Übernimmt ein Miterbe die Immobilie mit den Schulden und der andere die Aktien liegt eine steuerneutrale Teilung vor. Obwohl kein Anschaffungsgeschäft vorliegt, die Schulden aber quotale auch auf den Miterben entfielen, der die Aktien übernommen hat, kann der Übernehmer des Grundstücks die Schuldzinsen im bisherigen Umfang (also vollständig) als Werbungskosten abziehen, weil noch vom Erblasser her ein Finanzierungszusammenhang besteht.

¹⁹ DStR 2005, 2014, 2018; vgl. zum Meinungsstand beim ähnlich gelagerten Problem des „Spitzenausgleichs“ bei Realteilung *Heß*, DStR 2006, 777, 780.

²⁰ BFH, IX R 23/02, BStBl 2006 II, 296 = ZNotP 2005, 266; IX R 24/02, BFH/NV 2005, 877.

²¹ Dies unterscheidet den BFH-Fall vom hier untersuchten Beispiel, in dem der Finanzierungszusammenhang zwischen Darlehen und Grundstück unterbrochen wurde, aber ohne Anschaffungsgeschäft ein Finanzierungszusammenhang zu den Wertpapieren nicht entstehen konnte.

²² IX R 23/02, BStBl 2006 II, 296 = ZNotP 2005, 266.

²³ BMF zur Realteilung vom 28.2.2006, IV B 2 – S 2242 – 15/06, BStBl 2006 I, 306.

²⁴ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 19 (für Betriebsvermögen), Tz. 27 (für Privatvermögen).

²⁵ BFH, MittBayNot 2007, 352 (in diesem Heft).

²⁶ Eine Ausnahme besteht nach Ansicht des BFH allerdings dann, wenn die Schuldübernahme notwendig ist, um das Alleineigentum an Nachlassgegenständen gegenüber der Teilungsanordnung vorzeitig zu erlangen (vgl. Fn. 25).

Abwandlung: Bestände im vorherigen Beispiel kein Finanzierungszusammenhang vom Erblasser her, könnte der Übernehmer keinerlei Schuldzinsen als Werbungskosten abziehen. Als Rechtsnachfolger des Erblassers ist er nämlich in keinen Finanzierungszusammenhang eingetreten und die Übernahme der Schulden steht in keinem Zusammenhang mit dem Erwerb der Immobilie. Unterstellt, dass die jährliche Zinsbelastung etwa 60.000 € beträgt (dies entspricht einem Zinssatz von 6 % p. a.), stellt dies eine erhebliche Liquiditätsbelastung für den Übernehmer dar, da er die Schulden jedes Jahr aufs Neue aus seinem versteuerten Einkommen bezahlen muss. Nimmt er zur Finanzierung der Schuldzinsen weitere Darlehen auf, kann er auch die daraus wieder resultierenden Schuldzinsen nicht als Werbungskosten abziehen.

Angenommen, dass der die Immobilie übernehmende Erbe dem höchsten Einkommensteuersatz unterliegt (45 % Einkommensteuer²⁷ zzgl. Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer), müsste er somit Einnahmen in nahezu doppelter Höhe erzielen, nur um die Zinsen zahlen zu können. Der die Immobilie übernehmende Erbe hätte hingegen (eine Spitzensteuerbelastung unterstellt) nur einen Nachsteueraufwand von etwa 30.000 €, wenn er die Schuldzinsen als Werbungskosten abziehen könnte. Abhängig von der für die Rückzahlung benötigten Dauer summiert sich dieser Nachteil über Jahre.

Die Erbaueinandersetzung müsste daher sinnvoller Weise häufig so erfolgen, dass der Grundstücksübernehmer in Höhe von 1 Mio. € Anschaffungskosten hat. Die Anschaffung kann zwar eine einmalige Ertragsteuerbelastung beim „Verkäufer-Erben“ auslösen, dieser Nachteil kann aber wesentlich geringer sein als die finanziellen Folgen der auf Dauer steuerlich nicht abziehbaren Schuldzinsen. Es wäre daher zu überlegen, dass ein Miterbe nur das Grundstück ohne Schulden übernimmt und dem anderen Miterben, der die Aktien und die Schulden übernimmt, eine zusätzliche Abfindungszahlung von 1 Mio. € leistet. Eine Abfindungszahlung erkennt die Finanzverwaltung zwar nicht an, wenn die Abfindungszahlung der Übernahme liquider Nachlassmittel entspricht.²⁸ Als liquide Nachlassmittel gelten aber nur Bargeld, Bankguthaben und Schecks. Im Einzelfall dürfte sich dann allerdings die Frage stellen, ob ein Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO vorliegt.

Nicht angreifbar dürfte es hingegen sein, wenn die Erbengemeinschaft die Aktien verkauft und mit dem Erlös die Schulden zurückzahlt und nachfolgend ein Miterbe das Grundstück übernimmt und zur Zahlung der dann fälligen Abfindung in Höhe von 1 Mio. € ein Darlehen aufnimmt. Hier können die Schuldzinsen in voller Höhe abgezogen werden.

Im Einzelfall kann es sinnvoll sein, bei der Erbaueinandersetzung eine Ertragsteuerbelastung in Kauf zu nehmen, um die laufenden Vorteile aus der Abziehbarkeit der Zinsen zu erreichen. Auf einen Finanzierungszusammenhang schon beim Erblasser kann allerdings verzichtet werden, wenn der die Schulden übernehmende Miterbe nur Betriebsvermögen übernimmt. Die über die Erbquote hinaus übernommenen Schulden werden nämlich nach Ansicht der Finanzverwaltung trotz fehlender Anschaffungskosten zu Verbindlichkeiten des Betriebsvermögens; der Schuldzinsenabzug ist daher möglich.²⁹

In anderen Fällen muss bei der Erbaueinandersetzung abgewogen werden, ob es vorzugswürdig ist, einen Veräußerungsvorgang zu vermeiden oder Finanzierungskosten als Schuldzinsen steuerlich abziehen zu können.

IV. Schuldzinsenabzug bei Finanzierung von Vermächtnissen oder Pflichtteilen

Müssen zur Erfüllung von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen Darlehen aufgenommen werden, können Finanzierungsaufwendungen ebenfalls nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden, da es sich um die Erfüllung einer privaten Verbindlichkeit handelt und die Zahlungen keine Anschaffungskosten darstellen.³⁰ Die frühere sog. „Sekundärfolgenrechtsprechung“, nach der ein Abzug möglich war, ist vom BFH bereits seit 1994 aufgegeben worden.³¹

Um die für die Erbengemeinschaft sich häufig ergebenden Liquiditätsschwierigkeiten zu vermeiden, sollten keine Geldvermächtnisse angeordnet werden, es sei denn, dass ausreichende liquide Nachlassmittel vorhanden sind. Vorzugswürdig ist es, Sachvermächtnisse auszusetzen. Hierbei sollte darauf geachtet werden, dass es bei dem Vermächtnisgegenstand nicht um Einzelwirtschaftsgüter des Betriebsvermögens handelt, die entnommen werden müssen, da andernfalls ein Entnahmegewinn entsteht.³² Im Übrigen ist bei Sachvermächtnissen zu beachten, dass der BFH die derzeitige Bewertung mit dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes überdenken will und angedeutet hat, dass diese einer Überprüfung bedarf und eine Bewertung mit dem „gemeinen Wert“ (dies ist umgangssprachlich der „Verkehrswert“) möglich ist.³³ Diese Gestaltungsüberlegung bleibt auch dann von Bedeutung, wenn der Gesetzgeber wie vom BVerfG in seiner neuen Entscheidung gefordert, die Bewertungsvorschriften ändert.³⁴ Das BVerfG hat nämlich „nur“ die gegenwärtige Bewertung mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt, nicht aber die Privilegierung bestimmter Vermögensgruppen. Bei einer Neuregelung werden die bisher bestehenden Bewertungsunterschiede zwischen einzelnen Vermögensgruppen zwar sicherlich angeglichen oder sogar vollständig entfallen, eine Begünstigung bei der Steuererhebung bleibt aber möglich. Sollte der BFH dann aber nicht mehr auf den Vermächtnisgegenstand selbst, sondern formal auf den schuldrechtlichen Anspruch abstellen, droht eine nachteilige Besteuerung.

Wird ein Geldvermächtnis mit Zustimmung des Vermächtnisnehmers durch Hingabe von anderen Wirtschaftsgütern erfüllt, stellt dies eine Veräußerung dar, die ertragsteuerliche Auswirkungen haben und auch Grunderwerbsteuer auslösen kann. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Erbengemeinschaft zur Erfüllung eines Geldvermächtnisses ein in den letzten zehn Jahren vom Erblasser angeschafftes Grundstück an den Vermächtnisnehmer überträgt (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG) und im Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer keiner der in § 3 GrEStG genannten Befreiungstatbestände zur Anwendung kommt.

²⁷ Durch das Steueränderungsgesetz 2007 wurde der Einkommensteuerspitzenatz ab Einkommen von 250.000 € bei ledigen bzw. 500.000 € bei Verheirateten auf 45 % erhöht (sog. „Reichensteuer“).

²⁸ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 30.

²⁹ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 34 (Beispiel 17).

³⁰ BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 63.

³¹ BFH, VIII R 47/90, BStBl 1994 II, 619 = NJW 1993, 3222.

³² BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 60.

³³ BFH, II R 9/02, BStBl 2004 II, 1039 = MittBayNot 2005, 342 (Leitsatz).

³⁴ BVerfG, 1 BVL 10/02, DStR 2007, 235 = MittBayNot 2007, 161 (Leitsatz) m. Anm. Wälzholz.

C. Ertragsteuerliche Gestaltungsüberlegungen bei der Nachfolgeplanung

Die vielfältigen, sich aus der Erbauseinandersetzung ergebenden, ertragsteuerlichen Probleme belegen die Notwendigkeit einer Berücksichtigung bereits im Rahmen der Nachfolgeplanung. Verdeutlicht sei dies an folgendem

Beispiel: Der verwitwete Erblasser E bittet um Unterstützung bei der Nachfolgeplanung. Sein gesamtes Vermögen besteht nahezu ausschließlich aus einem Einzelunternehmen mit einem Buchwert von 400.000 € und einem Verkehrswert von 1 Mio. €. Einzige Abkömmlinge sind seine Tochter T und sein Sohn S. E möchte, dass sein Sohn S eines Tages das Unternehmen fortführt und T eine Zahlung von 400.000 € erhält. Hiermit seien die Kinder einverstanden. S müsse ein Darlehen zur Finanzierung aufnehmen, dies sei aber bereits mit der Bank geklärt.

Auf Rückfrage erläutert E, dass S und T möglichst gleich gestellt werden sollen, auf der anderen Seite wolle er aber auch berücksichtigen, dass bei einem Verkauf des Unternehmens eine erhebliche Ertragsteuerbelastung durch den Veräußerungsgewinn entstehen würde; T solle daher nur 400.000 € erhalten. Der Wert des Unternehmens betrage aber unstreitig 1 Mio. €.

Werden S und T als Erben eingesetzt und trifft E eine Teilungsanordnung, nach der S den Anteil von T am Unternehmen für 400.000 € übernehmen darf, handelt es sich um eine quotenverschiebende Teilungsanordnung. Erben werden S zu 60 % und T zu 40 %. Zahlt S der T für die Übernahme des Unternehmens eine Abfindung von 400.000 €, liegt ein Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang vor. T hat 40 % des Betriebes mit einem anteiligen Buchwert von 160.000 € geerbt. Erhält sie eine Abfindung von 400.000 €, muss sie die Differenz von 240.000 € versteuern. Unterstellt, dass T anderweitig gut verdient und jünger als 55 ist,³⁵ beträgt die Steuerbelastung auf den Veräußerungsgewinn etwa 50 %, also 120.000 €. T verbleiben somit nur 280.000 €. T ist empört, da sie nach der Absprache davon ausging, dass ihr 400.000 € verbleiben; schließlich sei bei der Festlegung der Abfindungszahlung ja schon eine latente Steuer auf den Veräußerungsgewinn berücksichtigt worden. S ist mit dem Ergebnis einverstanden, da der Buchwert seines Unternehmens sich um den Gewinn der T erhöht und damit 640.000 €³⁶ beträgt, so dass er in Zukunft höhere Abschreibungen erhält. Außerdem kann er die Schuldzinsen aus dem Finanzierungsdarlehen als Betriebsausgaben abziehen.

Soll im Rahmen der Erbauseinandersetzung eine Ertragsteuerbelastung vermieden werden, kann S zum Alleinerben eingesetzt und der T ein Vermächtnis auf Zahlung von 400.000 € ausgesetzt werden. Diese Gestaltung ist ertragsteuerneutral. S ist nämlich bereits Alleinerbe geworden, so dass trotz der zu leistenden Abfindungszahlung weder ein Anschaffungs-, noch ein Veräußerungsgeschäft vorliegt. S kann allerdings die Finanzierungskosten für das Darlehen nicht als Betriebsausgaben abziehen, da es sich bei der Vermächtniserfüllung um eine private Schuld handelt und daher kein Finanzierungszusammenhang besteht. S muss die jährlichen Zinsen (von

etwa 24.000 €³⁷) aus versteuertem Einkommen zahlen. Bei einer Ertragsteuerbelastung von etwa 50 % muss S 48.000 € zusätzlich verdienen, um allein die Schuldzinsen (ohne Tilgung) leisten zu können. Vor diesem Hintergrund scheidet aus ertragsteuerlichen Gesichtspunkten sowohl die Erbeinsetzung mit Teilungsanordnung als auch die Alleinerbeinsetzung des Unternehmensnachfolgers mit Vermächtnisaussetzung aus.

Erblasser E kann schließlich ein Testament errichten, in dem er seine Tochter T als Alleinerbin einsetzt und seinem Sohn S ein Vermächtnis einräumt, den Betrieb für 400.000 € kaufen zu dürfen. Aufgrund dieses Kaufrechtsvermächtnisses ist T verpflichtet, S den Betrieb, den sie alleine geerbt hat, für 400.000 € zu verkaufen. Da der Buchwert des Kapitalkontos 400.000 € beträgt, ergibt sich, obwohl eine Veräußerung vorliegt, kein steuerpflichtiger Gewinn. T verbleiben somit 400.000 € ohne Ertragsteuerbelastung. S erwirbt den gesamten Betrieb für 400.000 € entgeltlich. Sein Buchwert nach Kauf beträgt zwar wiederum nur 400.000 €, er kann aber sämtliche Finanzierungskosten des zur Kaufpreiszahlung aufgenommenen Darlehens als Betriebsausgabe abziehen, da er den Betrieb entgeltlich erworben hat. Ertragsteuerlich ist diese nicht gerade naheliegende Gestaltung optimal, wonach derjenige Alleinerbe wird, der das Unternehmen nicht behalten soll. Eine Ertragsteuerbelastung bei T wird vermieden und die Schulden sind trotzdem vollständig abziehbar.

Ist das ertragsteuerlich optimale Ergebnis gefunden, sollte allerdings auch das Erbschaftsteuerrecht beachtet werden. Bei der aus ertragsteuerlicher Sicht sinnvollen Gestaltung gehen sämtliche nach gegenwärtiger Rechtslage bestehenden Bewertungsvorteile und Betriebsvermögensbegünstigungen verloren, so dass der erbschaftsteuerliche Erwerb von T mit 400.000 € und von S mit 600.000 € bewertet wird. Die Erbschaftsteuerbelastung dürfte daher wesentlich höher als bei der Allein- oder Miterbeinsetzung des S sein. Die zukünftige Begünstigung von Betriebsvermögen bleibt abzuwarten.³⁸ Im Übrigen sollte aber auch überlegt werden, ob ein Einzelunternehmen die für eine Nachfolge geeignete Rechtsform ist.³⁹

Zur Vermeidung der vorstehend geschilderten Probleme dürfte eine lebzeitige Übertragung sinnvoll sein. Überträgt der Erblasser etwa das Unternehmen auf seinen Sohn S mit der Verpflichtung an T eine Ausgleichszahlung von 400.000 € zu leisten und lässt sich eine dauernde Last zusagen, entsteht ebenfalls kein Veräußerungsgewinn. Die Übertragung ist aber zu 60 % unentgeltlich, da die dauernde Last ertragsteuerlich keine Gegenleistung darstellt und sogar den Wert der Schenkung mindert, da § 25 ErbStG, der die Abziehbarkeit von Nutzungsaufgaben verhindert, gerade nicht für Leistungsaufgaben wie die dauernde Last gilt.⁴⁰

³⁷ Dies sind 6 % der zu leistenden Abfindungszahlung von 400.000 €.

³⁸ Der Referentenentwurf zur geplanten Besteuerung von Unternehmensübergaben vom 4.10.2006 findet sich unter http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/DE/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Referentenentwurfe/006_1%2CtemplateId%3Draw%2Cproperty%3DpublicationFile.pdf.

³⁹ Bei einem Einzelunternehmen sollte auch über Haftungsprobleme nachgedacht und geprüft werden, ob das Einzelunternehmen überhaupt für eine Einzelrechtsübertragung geeignet ist. Schuldrechtliche Verpflichtungen könnten beispielsweise nur mit Zustimmung des Vertragspartners übergeleitet werden. Bei Einzelunternehmen sollte daher häufig auch aus zivilrechtlichen Gründen bereits zu Lebzeiten geprüft werden, ob eine Ausgliederung nach dem UmwStG auf einen neuen Rechtsträger in Betracht kommt. Eine Ausgliederung von einer Erbengemeinschaft ist nicht möglich.

⁴⁰ Vgl. *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 25 Rdnr. 2.

³⁵ Obwohl es sich um einen nach §§ 16, 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn handelt (vgl. BMF, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 19), hat T keine Vorteile, da der „halbe“ Steuersatz erst ab dem 55. Lebensjahr gewährt wird und die Fünftelregelung bei hohen anderen Einkünften keine Vorteile bietet.

³⁶ Dies ist die Summe aus dem geerbten Anteil von 60 % des Kapitalkontos (240.000 €) und der gezahlten Abfindung (400.000 €).

D. Ergebnis

Der Erlass zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft zeigt zahlreiche sich in der Praxis stellende Konstellationen auf. Im Wesentlichen wird dort auf die unmittelbaren ertragsteuerlichen Folgen der Erbauseinandersetzung eingegangen. Bei genauerer Untersuchung einzelner Gestaltungsalternativen zeigt sich allerdings, dass ein steuerliches Problem auch innerhalb einer Steuerart nie isoliert betrachtet werden darf. Wird bei der Erbauseinandersetzung zwar ein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft vermieden, kann gerade diese Gestaltung dazu führen, dass später Schuldzinsen über Jahre hinweg nicht als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. Im Ergebnis können die hieraus entstehenden, jedes Jahr wiederkehrenden, steuerlichen Nachteile wesentlich gravierender als ein einmaliger (möglicherweise steuerlich privilegierter) Veräußerungsgewinn sein.

Die ertragsteuerlichen Probleme dürfen auf der anderen Seite nicht erst bei der Erbauseinandersetzung untersucht, sondern müssen bereits bei der Nachfolgeplanung berücksichtigt und beantwortet werden. Auch dann gilt es aber die unter ertragsteuerlichen Gesichtspunkten gefundene Lösung im Rahmen der anderen Steuerarten und auch unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen. Ist nämlich ein ertragsteuerlich optimales Ergebnis gefunden, kann dies erbschaftsteuerlich nachteilig sein und umgekehrt. Meist wird es aber unter steuerlichen Gesichtspunkten so sein, dass wegen der hohen Steuersätze im Ertragsteuerrecht vor allem auf dessen Auswirkungen geachtet werden sollte. Wie in der Kautelarpraxis üblich, gibt es daher meist keine allein richtige und erst recht keine Standardlösung, sondern immer nur eine Vielzahl von möglichen Gestaltungen, die jede für sich Vor-, aber auch Nachteile bieten kann. Dieser Beitrag kann daher nur Denkanstöße für Gestaltungsüberlegungen bieten.

Die Erbausschlagung bei Auslandsberührung

Von Notarassessor Dr. Johannes Fetsch, LL. M. (Cornell), Bonn

Die Vorbereitung und Vollziehung von Ausschlagungserklärungen gehört – nicht zuletzt wegen der mit ihr verbundenen Haftungsrisiken – zu den weniger beliebten notariellen Tätigkeiten. Weist der Sachverhalt eine Auslandsberührung auf, ist besondere Vorsicht geboten, denn es besteht die Gefahr, dass die Ausschlagung gegenüber deutschen Nachlassgerichten im Ausland nicht anerkannt wird, worüber der Notar in jedem Fall belehren sollte.

I. Das anwendbare materielle Erbrecht

Die Ausschlagungserklärung (einschließlich ihrer Auslegung, Frist, Empfangsbedürftigkeit, Widerruf, Anfechtbarkeit und Wirkung) richtet sich nach dem Erbstatut,¹ welches – vorbehaltlich etwaiger Staatsverträge (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB) – gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB an die Staatsangehörigkeit anknüpft. Im Falle eines ausländischen Erblassers wird somit auf das ausländische Recht verwiesen, wobei jedoch auch dessen IPR daraufhin zu befragen ist, ob es die Verweisung annimmt oder auf die deutsche bzw. eine andere Rechtsordnung (zurück-)verweist.

Unterliegt der Nachlass einer Nachlassspaltung, bildet jeder Spaltnachlass einen eigenständigen Nachlass, für den jeweils eine eigenständige Ausschlagung vorzunehmen ist. Die Ausschlagung – insbesondere ihre Wirksamkeit – beurteilt sich für jeden Spaltnachlass nach der für ihn maßgeblichen Rechtsordnung, so dass insoweit unterschiedliche Bestimmungen maßgeblich sind.²

Für die Form der Ausschlagungserklärung gilt aus Sicht deutscher Nachlassgerichte Art. 11 Abs. 1 EGBGB,³ so dass die Formgültigkeit alternativ dem Ortsrecht oder dem Erbstatut unterliegt und die Erfüllung einer der Formvorschriften gleichwohl genügt.

¹ Allg. Meinung, BayObLG, DNotZ 1992, 442, 443; BayObLG, ZEV 1994, 175, 177; MünchKommBGB/Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB Rdnr. 241 ff.; Palandt/Heldrich, 66. Aufl. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 10; Staudinger/Dörner, 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 108; Hermann, ZEV 2002, 259; DNotI-Report 2005, 170, 171.

² BayObLG, NJW 2003, 216, 217.

³ Palandt/Edenhofer, § 1945 Rdnr. 10 a. E.; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 112.

Um die Existenz relevanter Auslandskontakte zu ermitteln, empfiehlt sich – nicht anders als bei Erbscheinsanträgen und letztwilligen Verfügungen – standardmäßig eine diesbezügliche Erklärung des Ausschlagenden aufzunehmen.

Formulierungsvorschlag:

Ich erkläre, dass der Erblasser (ausschließlich) die deutsche Staatsangehörigkeit besaß und sich im Nachlass kein im Ausland belegenes Vermögen befindet.

II. Internationale Zuständigkeit der Nachlassgerichte

1. Amtsempfangsbedürftigkeit

Die Ausschlagungserklärung ist – zumindest im deutschen Recht – eine amtsempfangsbedürftige Willenserklärung, die nach § 130 Abs. 1 und 3 BGB erst mit Zugang beim zuständigen Nachlassgericht wirksam wird. Gilt nach den unter I. geschilderten Ausführungen fremdes Recht, so ist zu unterscheiden: Ob eine Ausschlagungserklärung zu ihrer materiellen Wirksamkeit der Entgegennahme durch ein Gericht bedarf, diese also (wie in den meisten Rechtsordnungen) amtsempfangsbedürftig ist, bestimmt das Erbstatut.⁴ Welches Gericht hingegen international, örtlich und sachlich zuständig für die Entgegennahme ist, bestimmt sich nach dem Verfahrensrecht des jeweiligen Gerichtsstaates.⁵ Die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte richtet sich daher allein nach

⁴ BayObLG, ZEV 1998, 472, 473.

⁵ BayObLG, ZEV 1998, 472, 473; a. A. Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 113, der diese Frage als Substitutionsproblem ansieht.

deutschem Verfahrensrecht; soweit im ausländischen Erbrecht ein bestimmtes Gericht oder eine bestimmte Stelle zur Entgegennahme der Ausschlagung vorgeschrieben ist,⁶ ist dies aus deutscher Sicht unbeachtlich.

2. Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte ist – abgesehen von der Bestimmung des § 2369 BGB – nicht ausdrücklich geregelt, so dass von der Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt wurden:

a) Gleichlauftheorie

Nach ständiger Rechtsprechung gilt im internationalen Nachlassverfahrensrecht – ungeachtet der Kritik aus dem Schrifttum⁷ – grundsätzlich die sog. Gleichlauftheorie,⁸ die auch für die Entgegennahme der Ausschlagung gilt: Danach sind deutsche Nachlassgerichte zu ihrer Entgegennahme grundsätzlich nur dann international zuständig, wenn und soweit materielles deutsches Erbrecht gilt.⁹

Die herrschende Literaturauffassung – mit Unterschieden in Detailfragen – will eine internationale Zuständigkeit für nachlassbezogene Maßnahmen bereits dann eröffnen, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen oder schlichten Aufenthalt in Deutschland hatte (§ 73 FGG analog).¹⁰

b) Zuständigkeit nach § 2369 Abs. 1 BGB analog

Gilt *ausländisches Erbrecht*, so wird in Durchbrechung des Gleichlaufgrundsatzes eine internationale Zuständigkeit zur Entgegennahme der Erbausschlagung auch dann eröffnet, wenn und soweit deutsche Nachlassgerichte für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheines nach § 2369 Abs. 1 BGB zuständig wären, also wenn Nachlassgegenstände in Deutschland belegen sind.¹¹ Diese Ausnahme beruht auf der Erwägung, dass die Zuständigkeit auch für solche Tätigkeiten eröffnet sein muss, die im Zusammenhang mit der Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheines stehen, insbesondere den Inhalt des Erbscheines beeinflussen können.¹²

c) Ausschlagungszuständigkeit nach § 2369 Abs. 2 Satz 2 BGB analog

Die unter b) geschilderte Verknüpfung der Ausschlagungszuständigkeit mit der Zuständigkeit zur Erteilung eines Erbscheines greift m. E. jedoch zu kurz: Der Erbschein soll den

Erben zur Verfügung über in Deutschland belegene Nachlassgegenstände legitimieren, so dass seine Erteilung an die Existenz solcher Gegenstände geknüpft wird; er betrifft gewissermaßen die „Aktiv-Seite“ des Nachlasses. Mit der Ausschlagung möchte sich der Erbe hingegen seiner Erbenstellung entledigen, insbesondere der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten; sie betrifft die „Passiv-Seite“ des Nachlasses. Aus dieser Funktion der Ausschlagungserklärung ist m. E. eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte auch dann abzuleiten, wenn sich zwar keine Nachlassgegenstände in Deutschland befinden, der Erbe aber hinsichtlich der Nachlassverbindlichkeiten vor deutschen Gerichten verklagt werden kann.¹³ Das Rechtsschutzinteresse des Ausschlagenden verlangt, ihm auch in einem solchen Fall die Möglichkeit der Ausschlagung zu eröffnen, damit er durch die Beseitigung der Erbenstellung seine Haftung vermeiden kann. Ihn auf die Möglichkeit der Ausschlagung im Ausland zu verweisen, hieße, ihn mit der Bürde einer form- und fristgerechten Ausschlagung im Ausland wie auch mit dem Risiko der Anerkennung der ausländischen Ausschlagung durch deutsche Gerichte zu belasten. Der Justizgewährungsanspruch gebietet auch insoweit, dass deutsche Nachlassgerichte eine Ausschlagungserklärung entgegennehmen können.¹⁴ Daher sollte mit Blick auf das Fürsorgebedürfnis¹⁵ des Erben gemäß § 2369 Abs. 2 Satz 2 BGB analog eine internationale Zuständigkeit eröffnet sein, wenn *Nachlassverbindlichkeiten* in Deutschland „belegen“ sind, d. h. wenn sie vor deutschen Gerichten eingeklagt werden können.

Damit besteht im Falle eines überschuldeten Nachlasses jedenfalls eine Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Entgegennahme der Ausschlagung, wenn der Erbe seinen Wohnsitz in Deutschland hat (vgl. §§ 12, 13 ZPO bzw. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO).

d) Notzuständigkeit

Weiterhin sind deutsche Nachlassgerichte zuständig, wenn der Erbe anderenfalls rechtsschutzlos bliebe (sog. Notzuständigkeit).¹⁶ Dies gilt etwa dann, wenn nach ausländischem Verfahrensrecht keine Zuständigkeit ausländischer Gerichte für die Entgegennahme der Ausschlagung besteht. Unter diesem Gesichtspunkt hat etwa das LG Hagen im Falle einer Ausschlagung nach italienischem Recht eine internationale Zuständigkeit angenommen, da der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte und daher nach italienischem Verfahrensrecht keine Zuständigkeit eröffnet war.¹⁷ Bei strenger Handhabung der Notzuständigkeit darf das Gericht die Erklärung allerdings nur entgegennehmen, wenn es das Fehlen einer ausländischen Zuständigkeit geprüft hat. Da das Gericht die eigene Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat, darf die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung nicht vom Nachweis der fehlenden Auslandszuständigkeit abhängig gemacht werden; sie kann allenfalls „unter dem Vorbehalt der Überprüfung der Zuständigkeit“ entgegengenommen werden.

⁶ Z. B. im vorgenannten Urteil (Fn. 5) zum griechischen Erbrecht: Die Geschäftsstelle des Nachlassgerichts. Im türkischen Recht: Das Friedensgericht, vgl. DNotI-Report, 2005, 170, 172.

⁷ Vgl. nur *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 810 ff. m. w. N.; *Palandt/Heldrich*, 66. Aufl. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 18 m. w. N.; *MünchKommBGB/Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 317 f.

⁸ Vgl. nur BayObLG, ZEV 2001, 483; BayObLG, ZEV 1999, 485, 487.

⁹ *Palandt/Edenhofer*, § 1945 Rdnr. 10; *Hermann*, ZEV 2002, 259, 260.

¹⁰ *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 812 m. w. N.; *Soergel/Schurig*, 12. Aufl. 1996, Art. 25 EGBGB Rdnr. 50; *Palandt/Heldrich*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 18 m. w. N.; *MünchKommBGB/Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 319; enger jedoch *Erman/Hohloch*, 11. Aufl. 2004, Art. 25 EGBGB Rdnr. 45.

¹¹ *Palandt/Edenhofer*, § 1945 Rdnr. 10; *Hermann*, ZEV 2002, 259, 260; *Haas* in *Süß/Haas*, *Erbrecht in Europa*, 2004, § 3 Rdnr. 23; *Lorenz*, ZEV 1994, 146, 147; DNotI-Report 2005, 170, 172; *Fetsch*, RNotZ 2006, 77, 88.

¹² Vgl. nur *MünchKommBGB/Leipold*, 4. Aufl. 2004, § 1945 Rdnr. 10; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 802.

¹³ *Fetsch*, RNotZ 2006, 77, 88.

¹⁴ Zum Justizgewährungsanspruch in Nachlasssachen siehe *Ultsch*, MittBayNot 1995, 6, 8 ff.

¹⁵ Die herrschende Literaturmeinung plädiert für die Eröffnung einer internationalen Zuständigkeit bei Vorliegen eines Fürsorgebedürfnisses des Erbberechtigten, welches im Falle einer Ausschlagung der Erbschaft wegen Überschuldung in jedem Falle zu bejahen wäre, vgl. *MünchKommBGB/Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 321; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 812; *Soergel/Schurig*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 56; *Erman/Hohloch*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 45.

¹⁶ Vgl. *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 808 m. w. N.

¹⁷ LG Hagen, FamRZ 1997, 645.

Bejaht man bereits mit der h. M. in der Literatur und der hier unter c) vertretenen Auffassung eine „Fürsorgebedürfnis-Zuständigkeit“¹⁸, so ist eine besondere Notzuständigkeit überflüssig, denn die „Not“ ist stets ein schwerer Fall des Fürsorgebedürfnisses.¹⁹

e) Heilung bei „rügelloser Entgegennahme“

Hat das Nachlassgericht eine Ausschlagung ohne Hinweise auf seine Zweifel an seiner Zuständigkeit entgegengenommen und konnte aufgrund der Sachbehandlung beim Erklärenden der Eindruck entstehen, er habe die Erklärung gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht abgegeben, so hat die Rechtsprechung hieraus eine internationale Zuständigkeit in analoger Anwendung des § 7 FGG abgeleitet.²⁰

3. Örtliche Zuständigkeit

Für die örtliche Zuständigkeit der Nachlassgerichte ist es unerheblich, ob auf den Erbfall deutsches oder ausländisches Recht Anwendung findet. In erster Linie ist danach das Gericht am letzten Wohnsitz bzw. Aufenthalt des Erblassers zuständig (§ 73 Abs. 1 FGG), hilfsweise bei einem deutschen Erblasser das AG Berlin-Schöneberg (§ 73 Abs. 2 FGG) bzw. bei einem ausländischen Erblasser das Nachlassgericht am Ort der Belegenheit von Nachlassgegenständen (§ 73 Abs. 3 FGG).

III. Die Ausschlagungserklärung bei unterschiedlichen Auslandskontakten

1. Ausländischer Erblasser mit Inlandsvermögen

Besäß der Erblasser eine ausländische Staatsangehörigkeit, so ist die Ausschlagung gegenüber deutschen Nachlassgerichten regelmäßig möglich. Aus Sicht des Notars kann hierbei zu meist offen bleiben, ob die internationale Zuständigkeit daraus folgt, dass infolge einer Rückverweisung deutsches Erbrecht gilt oder dass bei ausländischem Erbstatut aufgrund hier belegener Nachlassgegenstände eine Zuständigkeit nach § 2369 BGB analog eröffnet ist.

Gilt ein *ausländisches Erbstatut*, ist höchstrichterlich zwar noch nicht entschieden, wie weit die Wirkung der Ausschlagung angesichts der nur beschränkten internationalen Zuständigkeit reicht.²¹ Gleichwohl darf man richtigerweise aus der beschränkten Zuständigkeit nicht zugleich auf eine territoriale Beschränkung der Ausschlagungswirkung schließen. Andernfalls hätte dies bei einem überschuldeten Nachlass wohl zur Folge, dass die Ausschlagung nur solche Verbindlichkeiten erfasst, für die deutsche Gerichte international zuständig wären (vgl. § 2369 Abs. 2 Satz 2 BGB). Im Ausland könnte der Ausschlagende hingegen immer noch als Erbe angesehen und dort verklagt werden. Mit dem Sinn und Zweck der Ausschlagung, die Erbenstellung in vollem Umfang zu beseitigen, lässt sich diese Sichtweise allerdings nicht vereinbaren. Sie übersieht vor allem, dass § 2369 BGB primär auf das Erbscheinsverfahren zugeschnitten ist. Bei einem ausländischen

Erbstatut nimmt die Bundesrepublik nur eine beschränkte Zuständigkeit zur Erteilung eines Erbscheins für den hier belegenen Nachlass in Anspruch; mehr ist für die auf das Inland beschränkte Nachlassabwicklung nicht erforderlich. Im Übrigen wird daher eine Selbstbeschränkung zugunsten ausländischer Nachlassgerichte geübt. Auf die Ausschlagung, die eine *materielle Rechtsfolge* auslöst, ist dies indes nicht übertragbar: Hier kann es sinnvoller Weise nur ein „alles oder nichts“ geben. Zu Recht wird daher überwiegend mit Verweis auf den Grundsatz der Nachlassseinheit angenommen, die Ausschlagung wirke innerhalb des gesamten Nachlasses.²²

Dass die Ausschlagung nach hier vertretener Ansicht zwar für den gesamten Nachlass gilt, bedeutet jedoch keineswegs, dass auch ausländische Gerichte die in Deutschland vorgenommene Ausschlagung als wirksam ansehen (vgl. IV. 1.). Vorsorglich sollte der Notar daher dazu raten, eine Ausschlagung auch im Ausland vorzunehmen.²³

Formulierungsvorschlag:

Der Notar belehrte darüber, dass auf die Ausschlagung der Erbschaft möglicherweise auch ausländisches, insbesondere ... Recht Anwendung finden kann und dass er nicht weiß, an welche Voraussetzungen (z. B. für Form und Frist) die Ausschlagung danach gebunden ist. Insbesondere kann die Ausschlagung im Ausland unwirksam sein, sofern sie nicht gegenüber dem zuständigen ausländischen Nachlassgericht erklärt wird. Er hat daher geraten, eine Ausschlagungserklärung vorsorglich auch gegenüber den zuständigen Stellen derjenigen Staaten abzugeben, deren Staatsangehörigkeit der Erblasser hatte, in denen sich Nachlassgegenstände befinden oder in denen Nachlassverbindlichkeiten eingeklagt werden könnten.

2. Auslandsvermögen

a) Nachlassseinheit

Führt das Auslandsvermögen des Erblassers nicht zu einer Nachlassspaltung – hierzu sogleich unter b) –, so ergeben sich keine Besonderheiten. Im Falle eines deutschen Erblassers gilt uneingeschränkt deutsches Erbrecht, so dass die Ausschlagung gegenüber deutschen Nachlassgerichten abgegeben werden kann. Im Falle eines ausländischen Erblassers mit Inlandsvermögen gelten die unter III. 1. geschilderten Grundsätze.

b) Nachlassspaltung

Auslandsvermögen des Erblassers kann – insbesondere im Falle von Grundbesitz – zu einer sog. Nachlassspaltung führen. Zu einer Nachlassspaltung durch Auslandsvermögen kann es im Wesentlichen in drei Fällen kommen:²⁴

(1) Ein deutscher Erblasser hat Auslandsvermögen, welches über Art. 3 Abs. 3 EGBGB dem Belegenheitsrecht unterliegt; hier ist im Wesentlichen – aber nicht nur – an ausländischen Grundbesitz zu denken.

¹⁸ Vgl. Nachweise in Fn. 15.

¹⁹ So *Soergel/Schurig*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 56, der in Fn. 30 zutreffend darauf hinweist, dass die Grenzen der Not- und Fürsorgezuständigkeit ohnehin fließend sind.

²⁰ Vgl. BayObLG, ZEV 1998, 472, 473; *Palandt/Edenhofer*, § 1945 Rdnr. 10 m. w. Rspr.nachweisen.

²¹ Ausdrücklich offen gelassen von BayObLG, ZEV 1998, 472, 473 m. Anm. *Lorenz* = FamRZ 1998, 1198 = NJW-RR 1998, 798.

²² *Lorenz*, ZEV 1994, 146, 147 Fn. 8; *Kopp*, Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, S. 81; *Hermann*, ZEV 2002, 259, 262; *Fetsch*, RNotZ 2006, 88, 90.

²³ So auch DNotI-Report 2005, 170, 172; nachfolgend ein leicht erweiterter Formulierungsvorschlag nach *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, 7. Teil Rdnr. 365.

²⁴ Ausführlich zur Nachlassspaltung durch Auslandsvermögen *Fetsch*, RNotZ 2006, 1, 4 ff. mit Länderübersicht 91 ff.

Beispiel: Ein deutscher Erblasser hat Grundbesitz in Frankreich, Belgien, Großbritannien oder den USA.

(2) Ein ausländischer Erblasser, der grundsätzlich nach ausländischem Erbrecht beerbt wird, hat Vermögen (insbesondere Grundbesitz) außerhalb seines Heimatstaates und das ausländische IPR verweist hinsichtlich dieses Vermögens auf das Belegenheitsrecht (teilweise Rück-/Weiterverweisung).

Beispiel: Ein türkischer Erblasser hat Grundbesitz in Deutschland und Bankkonten in der Türkei.

(3) Ein ausländischer Erblasser hat Auslandsvermögen, welches außerhalb des Staates des Erbstatuts belegen ist und über Art. 3 Abs. 3 EGBGB dem Belegenheitsrecht untersteht.

Beispiel: Ein italienischer Erblasser, der nach italienischem Recht beerbt wird, weil das italienische IPR mangels Rechtswahl ebenfalls an die Staatsangehörigkeit anknüpft, hat Grundbesitz in Frankreich, Belgien, Großbritannien oder den USA.

c) Die Ausschlagungserklärung bei Nachlassspaltung

Im Falle der Nachlassspaltung unterliegen die Wirksamkeitsvoraussetzung und die Wirkung der Ausschlagung für jeden Spaltnachlass dem hierfür jeweils maßgeblichen Erbstatut, so dass die Ausschlagung für den einen Spaltnachlass wirksam, für den anderen jedoch unwirksam sein kann. Die Ausschlagung kann auch nur für einen Spaltnachlass abgegeben werden, für den anderen hingegen nicht.²⁵ Dies kann u. U. dann ratsam sein, wenn nur der eine Spaltnachlass überschuldet ist, der andere hingegen nicht; hier ist allerdings Zurückhaltung geboten, da grundsätzlich beide Spaltnachlässe in vollem Umfang – und nicht etwa nur anteilig – für Nachlassverbindlichkeiten haften.²⁶ Etwas anderes gilt nach h. M. nur für sog. fixierte Nachlassverbindlichkeiten, die einem der Spaltnachlässe zuzuordnen sind;²⁷ die Bestimmung der fixierten Nachlassverbindlichkeiten ist durch die Rechtsprechung allerdings noch nicht hinreichend abgesichert.

Wird nur eine einheitliche Ausschlagungserklärung abgegeben, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob diese sich auf beide Spaltnachlässe bezieht.²⁸ Dabei ist insbesondere dann von einer umfassenden, für beide Spaltnachlässe geltenden Ausschlagungserklärung auszugehen, wenn den Beteiligten die Existenz des Auslandsvermögens bekannt war.²⁹ Im Falle von Auslandsvermögen sollte die Ausschlagungserklärung daher klarstellen, dass sie sich auch auf einen etwaigen ausländischen Spaltnachlass bezieht.

Formulierungsbeispiel:

Ich schlage hiermit die Erbschaft für den gesamten Nachlass aus, auch soweit er im Ausland belegen ist und/oder einem anderen Recht unterliegen sollte.

d) Internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte

Problematisch kann in Fällen einer Nachlassspaltung aber die Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte zur Entgegennahme der Ausschlagungserklärung sein. Soweit ein Spaltnachlass deutschem Erbrecht unterliegt, besteht auf Grund-

lage der Gleichlauftheorie eine internationale Zuständigkeit,³⁰ wobei die Ausschlagung den gesamten deutschen Spaltnachlass erfasst und zwar auch, soweit er im Ausland belegen sein sollte.³¹

Hinsichtlich des *ausländischen Spaltnachlasses* fehlt es indes grundsätzlich an einer Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte.³² Auch die analoge Anwendung des § 2369 Abs. 1 BGB (vgl. II. 1. b) hilft hier in der Regel nicht weiter, da der ausländische Spaltnachlass kein in Deutschland belegenes Vermögen aufweist. Deutsche Nachlassgerichte sind daher nach derzeitigem Stand von Literatur und Rechtsprechung zur Entgegennahme der Ausschlagung bezüglich des ausländischen Spaltnachlasses ausnahmsweise nur dann zuständig, wenn das Fehlen der Zuständigkeit zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes des Antragsstellers führen würde.³³ Eine Ausschlagung gegenüber deutschen Nachlassgerichten entfaltet daher für den ausländischen Spaltnachlass in der Regel keine Wirkung.³⁴ Sie muss vielmehr typischerweise gegenüber dem ausländischen Nachlassgericht des Belegenheitsstaates erklärt werden. Hierauf sollte der Notar hinweisen (vgl. Formulierungsvorschlag unter III. 1.).

Nach hier vertretener Auffassung besteht eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte auch dann, wenn Nachlassverbindlichkeiten in Deutschland eingeklagt werden könnten (vgl. II 1. c). Damit besteht auch für einen überschuldeten ausländischen Spaltnachlass in der Regel eine Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte, insbesondere wenn der Erbe seinen Wohnsitz in Deutschland hat (vgl. §§ 12, 13 ZPO bzw. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO).

3. Ausländischer Erbe

Gleichgültig ist es in der Regel, wenn der Erbe Ausländer ist, soweit dieser voll geschäftsfähig ist (Art. 7 EGBGB). Hier ist lediglich Vorsicht geboten, wenn Eltern für ihre minderjährigen Kinder ausschlagen: Sind die Eltern zur Vertretung des Kindes befugt und bedürfen sie einer familiengerichtlichen Genehmigung?

Das Recht zur Vermögenssorge als Frage des Eltern-Kind-Verhältnisses untersteht (einschließlich etwaiger vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungserfordernisse³⁵) nach deutschem IPR dem Recht des Staates, in welchem das Kind

³⁰ Vgl. II 2. a).

³¹ Vgl. Lorenz, ZEV 1994, 146, 147 f.; Hermann, ZEV 2002, 259, 261.

³² Lorenz, ZEV 1998, 474, 475; vgl. Rspr.nachweise in Fn. 34.

³³ Vgl. BayOLGZ 1965, 423, 429 (zur Zuständigkeit der Annahme unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung nach italienischem Recht); vgl. Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl. 2000, Rdnr. 2.62 m. w. N. in Fn. 81.

³⁴ Vgl. nur die jeweils zur Nachlassspaltung wegen DDR-Grundbesitz ergangenen Entscheidungen: BayObLG, DNotZ 1992, 442, 443; LG Bonn, Rpfleger 1991, 507, 508; KG, DNotZ 1993, 407, 408; Hermann, ZEV 2002, 259, 261.

³⁵ LG Saarbrücken, IPRspr. 1990 Nr. 145, und OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 1288, 1289 (beide noch Art. 19 EGBGB a. F.); Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 114; Palandt/Heldrich, Art. 21 EGBGB Rdnr. 5 und Anh. zu Art. 24 EGBGB Rdnr. 14; Emmerling de Olivera in Würzburger Notarhandbuch, 7. Kap. Rdnr. 1382 m. w. N. Nach a. A. seien derartige Genehmigungserfordernisse „unselbständige Schutzmaßnahmen“ i. S. v. Art. 3 Minderjährigen-Schutzabkommen vom 5.10.1961 (Abgedruckt bei Palandt/Heldrich, Anh. zu Art. 24 EGBGB Rdnr. 1 ff.), welche danach dem Heimatrecht des Minderjährigen unterliegen: Hausmann in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rdnr. 2876 f.; Staudinger/Kropholler, 2003, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rdnr. 100 ff.

²⁵ BayObLG, NJW 2003, 216, 217.

²⁶ Fetsch, RNotZ 2006, 1, 24 m. w. N.

²⁷ Vgl. hierzu Fetsch, RNotZ 2006, 1, 24.

²⁸ BayObLG, NJW 2003, 216, 217; BayObLG, ZEV 1998, 472, 473.

²⁹ BayObLG, ZEV 1998, 472, 473.

seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 21 EGBGB). Nach deutschem Recht können Eltern eine Ausschlagung grundsätzlich nur mit familiengerichtlicher Genehmigung vornehmen, soweit das Erbe beim Kind nicht erst durch die Ausschlagung der Eltern anfällt (§ 1643 Abs. 2 BGB). Dies kann nach ausländischem Recht ähnlich sein.

Bei einem minderjährigen ausländischen Erben empfiehlt sich daher folgende vorsorgliche Ergänzung der Ausschlagungserklärung, die – im Hinblick auf die Fn. 35 skizzierte Mindermeinung – ggf. mit einem Hinweis versehen werden kann.

Formulierungsbeispiel:

Wir erklären, dass unser gemeinsames Kind ... , welches die ... Staatsangehörigkeit besitzt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat und wir beide gemeinsam sorgeberechtigt sind.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass diese Ausschlagung zu ihrer Wirksamkeit möglicherweise nach ... Recht, welches er nicht kennt, einer gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung bedarf.

4. Erbe mit Wohnsitz im Ausland

Hat der Erbe seinen Wohnsitz im Ausland und muss er befürchten, dass er vor ausländischen Gerichten, die ihrerseits jedoch ein anderes Erbrecht anwenden (z. B. in Fällen doppelter Staatsangehörigkeit, ausländischer Wohnsitz des Erblassers³⁶), für Erblasserschulden in Anspruch genommen wird, so sollte sichergestellt werden, dass auch in diesem Staat die Ausschlagung wirksam ist. Vorsorglich sollte daher die Ausschlagung auch gegenüber den Nachlassgerichten dieses Staates erfolgen, namentlich wenn erhebliche Verbindlichkeiten bestehen, die auch im Ausland eingeklagt werden könnten.

IV. Wirkung der Ausschlagung

1. Anerkennung im Ausland?

Keine sichere Aussage kann man in der Regel darüber treffen, ob die vor deutschen Nachlassgerichten erklärte Ausschlagung auch im Ausland als wirksam anerkannt wird. Dies hängt davon ab, ob das hierüber zu befindende ausländische Gericht (1) die deutschen Nachlassgerichte für international zuständig ansieht, (2) das deutsche Nachlassgericht als richtigen Empfänger der Erklärung³⁷ betrachtet und (3) die erforderliche Form (beglaubigt – beurkundet) gewahrt ist. Vorsorglich ist daher stets dazu zu raten, die Ausschlagung auch gegenüber den ausländischen Nachlassgerichten vorzunehmen. Empfehlenswert kann es deshalb sein, eine zweite Ausschlagungserklärung abzugeben und zu beglaubigen (sowie ggf. Apostille und Legalisation einzuholen), die der Erbe sodann in eigener Regie dem zuständigen ausländischen Nachlassgericht übermittelt.

³⁶ Es handelt sich hierbei um Fälle der sog. faktischen Nachlassspaltung; zum Begriff *Fetsch*, RNotZ 2006, 1, 7 f.

³⁷ Wird z. B. ein Gerichtstyp oder gar bestimmtes Gericht namentlich bezeichnet (bei uns etwa: AG Schöneberg), so stellt sich die Frage, ob und welches deutsche Gericht dann richtiger Empfänger ist. *Lorenz*, ZEV 1994, 146, 147 qualifiziert diese Vorschriften verfahrensrechtlich, so dass insoweit bei Ausschlagungsverfahren in Deutschland das „Nachlassgericht“ i. S. v. § 1945 BGB zuständig ist; anderenfalls könnte sonst gar keine Ausschlagung in Deutschland erfolgen. Ob diese m. E. zutreffende Ansicht von ausländischen Gerichten geteilt wird, ist allerdings offen.

Denkbar ist auch die Beurkundung der Ausschlagungserklärung und Aushändigung des Originals nach § 45 Abs. 2 BeurkG zur Rechtsverfolgung im Ausland sowie Erteilung einer Ausfertigung zur Einreichung bei deutschen Nachlassgerichten.

2. Anerkennung einer im Ausland erklärten Ausschlagung in Deutschland

Die Anerkennung einer gegenüber ausländischen Nachlassgerichten oder sonstigen Stellen vorgenommenen Ausschlagungserklärung ist gesetzlich nicht geregelt. § 16 a FGG gilt nur für „ausländische Entscheidungen“; die bloße Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung fällt nicht hierunter, denn die Erklärung wird (jedenfalls bei deutschem Erbstatut) mit ihrem Zugang nach § 130 Abs. 1 und 3 BGB wirksam, ohne dass es eines weiteren Aktes des Gerichtes bedürfte.³⁸ Ob eine gegenüber ausländischen Nachlassgerichten erklärte Ausschlagung auch von deutschen Gerichten zu beachten ist, ist daher keine Frage der „Anerkennung“, sondern eine allein im Rahmen des maßgeblichen Erbstatuts inzidenter zu prüfende Frage.³⁹

a) Ausländisches Erbstatut

Unterliegt die Erbfolge aus Sicht des deutschen IPR ausländischem Recht, so ist eine Ausschlagung, die – entsprechend den Bestimmungen des ausländischen Erbstatuts – gegenüber den zuständigen Gerichten des fraglichen Staates form- und fristgerecht erklärt worden ist, auch von deutschen Gerichten und Behörden als wirksam zu betrachten. Die Wirkung der Ausschlagung selbst richtet sich freilich nach dem ausländischen Erbrecht.

b) Deutsches Erbstatut

Kaum erörtert in Literatur und Rechtsprechung ist bislang die Frage, inwieweit eine im Ausland erfolgte Ausschlagung nach einem deutschen Erblasser bzw. bei Geltung deutschen Erbrechts kraft Rückverweisung im Rahmen des deutschen Rechts Wirksamkeit entfalten kann. Soweit erkennbar befasst sich lediglich *Dörner* mit der Frage der Ausschlagung gegenüber Nachlassgerichten, die nicht dem Staat des Erbstatuts angehören. Er behandelt diese Frage als Substitutionsproblem; maßgeblich sei daher, ob das Erbstatut die Ausschlagung gegenüber einem „fremden“ Nachlassgericht als gleichwertig ansehe.⁴⁰ M. E. ist jedoch die Bestimmung des zuständigen Empfängers eine ausschließlich verfahrensrechtliche Frage;⁴¹ maßgeblich ist daher allein, dass das ausländische Nachlassgericht nach den für sich maßgebenden Verfahrensvorschriften international, örtlich und sachlich zuständig war. Damit gilt für die Beurteilung der Wirksamkeit einer im Ausland erfolgten Ausschlagung Folgendes:

(1) Maßgeblich für Form, Frist und Wirkung der Ausschlagung sind die §§ 1942 ff. BGB als Erbstatut (vgl. I.). Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB genügt zusätzlich auch die Einhaltung der ausländischen Ortsform, so dass etwa eine Erklärung entsprechend den geringeren Formanforderungen des Orts-

³⁸ *Zimmermann* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 16 a Rdnr. 2a ff. erwähnt daher zu Recht nicht einmal die Ausschlagung.

³⁹ Vgl. insoweit die Parallele zu im Ausland vorgenommenen Privatscheidungen, die ebenfalls allein inzidenter beurteilt werden, näher *Palandt/Heldrich*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 36.

⁴⁰ *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 113.

⁴¹ So auch BayObLG, ZEV 1998, 472, 472; *Lorenz*, ZEV 1998, 474, 475.

rechtes ebenso formwirksam wäre wie – im Falle strengeren Ortsrechtes – eine beglaubigte Erklärung nach § 1945 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

(2) Das ausländische Nachlassgericht (bzw. ggf. dortige Behörde) muss nach den dortigen Vorschriften international, örtlich und sachlich zuständig gewesen sein. Das „Nachlassgericht“ i. S. v. § 1945 BGB ist verfahrensrechtlich zu qualifizieren und damit als die nach dem „örtlichen Verfahrensrecht zuständige Stelle“ zu verstehen.⁴²

⁴² Vgl. Lorenz, ZEV 1994, 146, 147 zum umgekehrten Fall der Behandlung einer ausländischen Zuständigkeitsvorschrift bei Ausschlagung in Deutschland.

Etwas strenger dürfte die Auffassung *Dörners* sein: Als „gleichwertig“ wird man eine Ausschlagung nur dann ansehen können, wenn das ausländische Nachlassgericht (bzw. ggf. dortige Behörde) nach Maßstab des deutschen Verfahrensrechts international zuständig war (vgl. den Rechtsgedanken des § 328 Nr. 1 ZPO, § 16 a Nr. 1 FGG – Spiegelbildtheorie). Voraussetzung wäre daher dass bei spiegelbildlicher Anwendung des § 2369 BGB die ausländischen Gerichte zuständig waren, somit also Nachlassgegenstände im fraglichen Staat belegen waren oder – nach hier vertretener Auffassung (II. 2. c) – Nachlassverbindlichkeiten im fraglichen Staat eingeklagt werden konnten, hilfsweise, wenn dort eine Notzuständigkeit bestand. Örtliche und sachliche Zuständigkeit sind hingegen der ausländischen *lex fori* zu entnehmen.

Vorweggenommene Erbfolge unter Einbeziehung von drei Generationen

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 26.7.2006, X R 1/04¹ –

Von Notarassessor *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

Der BFH führt seine ertragsteuerliche Rechtsprechung zur vorweggenommenen Erbfolge fort und erlaubt eine flexible Handhabung der Vermögensübergabe gegen Versorgungszahlungen. Dies ermöglicht interessante Gestaltungen, auch unter Einbeziehung von mehr als zwei Generationen.

I. Interessenlage

Ebenso wie bei der erbrechtlichen Nachfolge wird das Vermögen auch im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge meist unmittelbar von der Elterngeneration auf die Kinder übertragen. Die vorweggenommene Erbfolge beschränkt sich jedoch nicht auf das „Vorziehen“ von Vermögensübergängen, die erbrechtlich ohnehin später eingetreten wären. Das Vermögen kann vielmehr auch auf Personen übertragen werden, die in der gesetzlichen Erbfolge nicht unmittelbar zur Nachfolge gelangen würden, so beispielsweise an Enkelkinder.²

Die Gründe für dieses „Überspringen“ der mittleren Generation bestehen glücklicherweise selten in einem echten Konflikt zwischen Eltern und Kindern, sondern sind eher auf folgende Zusammenhänge zurückzuführen:

- die Kinder sollen umgangen werden, weil sie überschuldet sind oder einer besonders haftungsträchtigen Tätigkeit nachgehen,
- die Kinder sind zur Führung des zu übergebenden Unternehmens nicht in der Lage oder nicht bereit,
- die Schenkungsteuerfreibeträge der Kinder sind bereits ausgeschöpft und die zusätzlichen Freibeträge der Enkel (derzeit 51.200 €) sollen „genutzt“ werden oder

- die mittlere Generation ist selbst bereits betagt, so dass eine zweimalige Übertragung (damit auch eine zweimalige Steuerbelastung) innerhalb absehbarer Zeit vermieden werden soll.

Derartige Konstellationen fordern das Geschick des Vertragsgestalters in besonderer Weise, da mit der Zahl der Beteiligten das Konfliktpotential steigt. So will neben den Übergebern auch die mittlere Generation versorgt werden und möchte – gerade wenn die Enkel noch sehr jung sind – Mitsprache- und Widerrufsrechte über den Tod der Übergeber hinaus eingeräumt haben. Häufig werden sowohl die mittlere Generation als auch die Enkel bedacht, weshalb Regelungen zur künftigen Nutzung des Vermögens (regelmäßig in Form einer Gesellschaft) getroffen werden müssen.

II. Das Urteil des BFH vom 26.7.2006

Angesichts dieser erheblichen zivilrechtlichen Schwierigkeiten sollte nicht übersehen werden, dass auch die steuerliche Anerkennung der vorweggenommenen Erbfolge im Drei-Generationen-Verhältnis keine Selbstverständlichkeit ist. Mit einer solchen Gestaltung musste sich der BFH in seinem Urteil vom 26.7.2006 auseinandersetzen.

Dem Urteil lag – deutlich vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde:

1. Die Großmutter übergibt einen 20 %igen Anteil an einer (offenbar nur mäßig ertragreichen) OHG an ihre Enkeltochter gegen Vereinbarung einer Leibrente.
2. Anschließend veräußern die Enkeltochter und ihr Vater, der die restlichen 80 % der Gesellschaft hält, den Geschäftsbetrieb im Wege eines *asset deal*, jedoch ohne ein im Gesamthandsvermögen befindliches Hausgrundstück.

¹ MittBayNot 2007, 350 (in diesem Heft).

² BMF-Schreiben vom 16.9.2004 („III. Rentenerlass“), BStBl I 2004, 922 Rdnr. 35; zum Hintergrund vgl. *Spiegelberger*, DStR 2004, 1105, 1110.

3. Die Enkeltochter kauft schließlich dieses Hausgrundstück zu fremdüblichen Konditionen aus der Gesellschaft heraus und verpflichtet sich gleichzeitig, einen großen Teil der Mieterträge dieses Objektes im Wege einer dauernden Last an den Vater zu zahlen. Dabei wurde von Anfang an vereinbart, dass die Leibrentenverpflichtung gegenüber der Großmutter ruht, solange die dauernde Last an den Vater gezahlt wird.

Das Finanzamt und die Vorinstanz haben den Sonderausgabenabzug der an den Vater gezahlten dauernden Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG versagt, der BFH hingegen ließ ihn zu.

Dies scheint auf den ersten Blick überraschend, denn die Enkelin hat von ihrem Vater nichts übergeben bekommen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass der BFH lediglich seine Rechtsprechung konsequent fortführt und verschiedene Sonderformen der Übergabe gegen Versorgungsleistungen kombiniert.

Gegenüber dem „Standardfall“ weist der vorliegende Sachverhalt folgende Besonderheiten auf:

- Gegenstand der Übergabe ist eine zwar existenzsichernde, aber nicht ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit, d. h. aus den Erträgen der OHG hätte die Enkeltochter die Leibrente an die Großmutter nicht zahlen können;
- die Versorgungsleistungen fließen nicht der Übergeberin, sondern ihrem Sohn zu;
- mit der Übergeberin war die Zahlung einer Leibrente vereinbart, während der Sohn schließlich eine dauernde Last erhält;³
- die Zahlungen fließen erst nach einer umfassenden Umstrukturierung;
- die Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Übergeberin und dem Sohn basieren auf verschiedenen Rechtsgeschäften.

Die ersten vier Aspekte waren von der Rechtsprechung und der ihr folgenden Finanzverwaltung bereits jeweils für sich geklärt. Neu ist gewissermaßen die Kombination all dieser Aspekte in einem „Paket“.

III. Die Einzelprobleme

1. Veräußerung des Übergabeobjektes

Grundsätzlich werden Versorgungszahlungen nur solange als Sonderausgaben anerkannt, wie der Übernehmer den übergebenen Vertragsgegenstand auch tatsächlich behält und ertragbringend nutzt.⁴ Mit Veräußerung des Vertragsgegenstandes endet die Zurechnung der Leistungen an den Übergeber, weitere Zahlungen sind als steuerlich unbeachtlicher Unterhalt i. S. v. § 12 Nr. 2 EStG zu klassifizieren.⁵

Von dieser Regel gibt es jedoch zwei wichtige Ausnahmen, nämlich den Fall der Weitergabe des Objektes im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an die nächste Generation⁶ und

die Umschichtung des Vermögens, wobei der Übernehmer aus dem Veräußerungserlös *zeitnah*⁷ eine neue, ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit erwirbt.⁸ Hier ist der Sachverhalt des Urteils vom 26.7.2006 angesiedelt, wobei der BFH zu Recht kein Problem darin sieht, dass anstelle eines Verkaufs des übergebenen Vermögens eine Art Tausch stattfand, nämlich (wirtschaftlich betrachtet) ein Tausch der 20%igen Beteiligung am restlichen Betriebsvermögen und des ebenfalls mit übergebenen und weiterveräußerten Sonderbetriebsvermögens gegen die fehlenden 80% des Hausgrundstückes.

2. Nicht ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit

Ein Sonderfall der Umstrukturierung ist die Veräußerung ertragslosen oder nicht ausreichend ertragbringenden Vermögens, wobei der Erlös reinvestiert und so erstmals eine ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit geschaffen wird. Auch diese kann unter den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen zur steuerlichen Anerkennung der Versorgungsleistungen führen, allerdings nur – das ist der Unterschied zu den unter 1. genannten Fällen – wenn der Übergeber dem Übernehmer die Verpflichtung zur Umschichtung schon im Übergabevertrag auferlegt hat⁹ und die Umschichtung innerhalb von drei Jahren, beginnend mit dem Abschluss des Übergabevertrages, vollzogen wird.¹⁰

Zwar war in dem vom BFH entschiedenen Sachverhalt eine solche Verpflichtung in dem ersten Vertrag zwischen Großmutter und Enkeltochter nicht enthalten. Dies hat der BFH jedoch nicht beanstandet, da die einschlägige Rechtsprechung erst lange nach dem Vertragsschluss ergangen ist.

Durch die in den Entscheidungsgründen enthaltene Formulierung, es genüge eine Umstrukturierung „in Absprache“ mit dem Übergeber, sollte man sich jedoch nicht fehlleiten lassen. Eine solche Aussage lässt sich insbesondere nicht dem dort genannten Urteil vom 31.5.2005¹¹ entnehmen, denn auch dieses lässt außerhalb des Übergabevertrages getroffene Absprachen nur für Sachverhalte zu, die vor Bekanntwerden des Beschlusses des Großen Senats verwirklicht wurden. Wer eine solche Gestaltung heute in Angriff nimmt, sollte die geplante Umstrukturierung im Übergabevertrag hinreichend konkret und verbindlich beschreiben.¹²

³ Zur Abgrenzung der Begriffe vgl. *Schmidt/Heinicke*, § 10 EStG Rdnr. 65.

⁴ BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 28.

⁵ BFH, BStBl II 2004, 830 zur Abzugsfähigkeit einer Rentenablösung aus Anlass der Veräußerung des übergebenen Betriebes.

⁶ BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 29.

⁷ Zur Mehrdeutigkeit dieses Begriffes vgl. *Hipler*, ZEV 2004, 412, 414; *Geck*, DStR 2005, 85, 89; siehe auch *Schmidt/Heinicke*, § 10 EStG Rdnr. 65 („weniger als drei Jahre“).

⁸ BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 31; zu den Einzelheiten *Schwenke*, DStR 2004, 1679, 1683.

⁹ BFH, BStBl II 2004, 95; BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 13; zur Begründung *Risthaus*, DB 2003, 2190, 2193.

¹⁰ BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 16, sowie für den Sonderfall des Erwerbs einer existenzsichernden Wirtschaftseinheit nach Übergabe von Bargeld Rdnr. 17.

¹¹ BFH, BFH/NV 2005, 1789.

¹² Allerdings sollte der Übernehmer nicht unnötig auf einen konkreten Ersatzgegenstand festgelegt werden. Vorzugswürdig und ausreichend sind Gattungsbezeichnungen mit Einräumung eines Rechts zur vorübergehenden anderweitigen Anlage, vgl. *Kempermann*, DStR 2003, 1736, 1739; ebenso *Geck*, DStR 2005, 85, 86. Anderenfalls könnten kleine Planänderungen oder Verzögerungen zu einem zumindest vorübergehenden Abzugsverbot führen; vgl. hierzu das Beispiel 1 im BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 14.

3. Person des Zahlungsempfängers

Während üblicherweise die Versorgungsleistungen dem Übergeber selbst zugute kommen, ist dies keine zwingende Voraussetzung für deren Anerkennung. Empfänger der Versorgungsleistungen können vielmehr auch der Ehegatte/Lebenspartner oder – wie hier – die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des Übergebers sein.¹³ Gemeint sind damit solche Abkömmlinge, die vorrangig durch die Übergeber hätten versorgt werden müssen und die mit ihren Pflichtteilsrechten die Übergabe stören könnten, also nicht die Abkömmlinge der Übernehmer.

Problematisch sind Zahlungen an Geschwister des Übernehmers, weil hier Rechtsprechung und Finanzverwaltung eine widerlegbare Vermutung aufstellen, dass diese nicht versorgt, sondern gleichgestellt werden sollen.¹⁴ Gleichstellungszahlungen jedoch werden nicht als Versorgungsleistungen angesehen, sondern als echtes Entgelt.¹⁵ Es obliegt dann den Beteiligten – und damit dem Vertragsgestalter – diese Vermutung beispielsweise durch Offenlegung der Wertverhältnisse zu widerlegen.

4. Wechsel zwischen Leibrente und dauernder Last

Nach Abschaffung der früheren Unterscheidung zwischen den Typen I und II im Übergabevertrag werden Versorgungsleistungen nunmehr regelmäßig als dauernde Last angesehen, es sei denn die Abänderbarkeit der wiederkehrenden Leistungen ist ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁶

Dabei ist die einmal getroffene Entscheidung für die Beteiligten nicht endgültig bindend; sie können jederzeit für die Zukunft die Abänderbarkeit einer ursprünglich vereinbarten Leibrente vereinbaren und so eine dauernde Last schaffen.¹⁷ Für den Umkehrfall (also den nachträglichen Ausschluss der Abänderbarkeit) liegt eine solche Entscheidung bislang nicht vor. Da den Beteiligten jedoch eine flexible Anpassung der Versorgungsleistung an ihre jeweilige Situation ermöglicht werden soll,¹⁸ kann dieser Fall kaum anders behandelt werden.

IV. Die Paketlösung des BFH

All diese Detailfragen wirft der oben geschilderte Sachverhalt auf; die Besonderheit besteht jedoch darin, dass die einzelnen Leistungen auf verschiedenen Vertragsverhältnissen beruhen.

¹³ Sogenannter „Generationennachfolge-Verbund“, vgl. BFH, BStBl II 1992, 612; BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 36. Nicht in diesen Kreis gehören hingegen Lebensgefährten, Stiefkinder und Hausangestellte, vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, § 22 EStG Rdnr. 81, sowie Geschwister des Übergebers, selbst wenn sie gesetzliche Erben sind, vgl. BFH, BStBl II 2004, 820. Der Kreis der Zahlungsempfänger ist demnach enger als der Kreis der potentiellen Vermögensempfänger (Übernehmer), vgl. *Spiegelberger*, DStR 2004, 1105, 1110.

¹⁴ BFH, BStBl II 2000, 602; BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 36; dagegen geht *Schmidt/Weber-Grellet*, § 22 EStG Rdnr. 81, davon aus, dass regelmäßig vom Wert des übergebenen Vermögens unabhängige Versorgungsbezüge vorliegen.

¹⁵ *Schmidt/Wacker*, § 16 EStG Rdnr. 63 ff.

¹⁶ BFH, BStBl II 1992, 499 = NJW 1993, 283; BStBl II 1997, 284. Zu dieser Abgrenzungsfrage ist noch ein weiteres Verfahren beim BFH anhängig, Az. X R 17/06.

¹⁷ BFH, BStBl II 2004, 824.

¹⁸ Vgl. Abschn. II.2 des Urteils vom 26.7.2006, MittBayNot 2007, 350, 351 (in diesem Heft).

Während die Vorinstanz die einzelnen Verträge getrennt betrachtet hatte, betrachtet der BFH die Einzelverträge als ein einheitliches „Paket“, das insgesamt die Anforderungen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG erfüllt. Zusammengehalten werden diese Verträge lediglich durch die Vereinbarung, dass die Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Großmutter ruhen, solange Zahlungen an den Vater geleistet werden.

Das Urteil sollte jedoch nicht als Freibrief dahingehend missverstanden werden, dass künftig Versorgungsleistungen nach Belieben umgestaltet und Zahlungsempfänger ausgetauscht werden können. In dem vom BFH entschiedenen Fall hatten die Beteiligten eine untereinander abgesprochene mehrstufige Gestaltung von Anfang an geplant. Der BFH wendet gewissermaßen stillschweigend seine Gesamtplan-Rechtsprechung¹⁹ an, die sich hier einmal *zugunsten* des Steuerpflichtigen auswirkt.

V. Fazit

Die Regelung der vorweggenommenen Erbfolge über mehr als zwei Generationen hinweg ist gestalterisch eine interessante, nicht immer leichte Aufgabe.

- Denkbar ist zunächst die Übergabe „Schritt für Schritt“, also zunächst an die Kinder und von diesen weiter an die Enkel. Wie die Ausführungen oben (III.1) zeigen, geht die steuerliche Anerkennung vereinbarter Versorgungsleistungen aus der ersten Übergabe durch die zweite Übergabe nicht verloren.

Möglich ist in diesem Fall sowohl die stufenweise Zahlung der Versorgungsleistungen als auch eine Übernahme der Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Großeltern durch die Enkel.²⁰ Die Übernahme von Versorgungsverpflichtungen wird nicht einer Schuldübernahme gleichgestellt, die zweite Übergabe bleibt daher ertragsteuerlich ein unentgeltliches Geschäft.²¹

- Häufiger wird die Enkelgeneration noch nicht in der Lage sein, die Erträge selbst zu erwirtschaften. Hier bietet sich in der zweiten Übergabe die Vereinbarung eines Nießbrauchsvorbehaltes zugunsten der mittleren Generation an, die sodann auch die Zahlungen an die Großeltern weiter übernimmt.

- Aus schenkungsteuerlicher Sicht könnte es interessant sein, die mittlere Generation (die ihre Freibeträge bereits verbraucht hat) ganz zu überspringen und unmittelbar an die Enkel zu übergeben. Dies ist ohne weiteres möglich; die Versorgungsleistungen können so dann wahlweise den Großeltern wie den Eltern zukommen. Wie das Urteil des BFH vom 26.7.2006 zeigt, muss die Auswahl des Zahlungsempfängers im Übergabevertrag nicht unabänderlich vorgenommen werden; sie kann auch von künftigen Ereignissen abhängig gemacht werden.

¹⁹ BFH, BStBl II 2001, 229; siehe dazu grundlegend *Spindler*, DStR 2005, 1 ff., der einen „Gesamtplan“ dann annimmt, wenn (1) mehrere Teilschritte auf einem von Anfang an bestehenden in sich geschlossenen Konzept beruhen und (2) jeder Teilschritt vom Steuerpflichtigen beherrschbar ist.

²⁰ BFH, BStBl II 1997, 458.

²¹ Der BFH hat in BStBl II 2004, 820, 823 angedeutet, dass dies auch für die Übernahme und sogar erstmalige Begründung von Versorgungsverpflichtungen gegenüber den bei der ersten Übergabe übergebenen Geschwistern der seinerzeitigen Übernehmer gelten könnte. Wem dies zu unsicher erscheint, der kann es bei der Übernahme der dinglichen Belastung und einer indirekten Zahlungsabwicklung belassen.

- Wer aber versucht, das wirtschaftliche Ergebnis der zweiten Gestaltung durch Zuwendung der Substanz an die Enkel und eines Nießbrauches an die Kinder gegen wiederkehrende Zahlungen zu erreichen, scheidet voraussichtlich an der Finanzverwaltung. Diese geht davon aus, dass ein Zuwendungsnießbrauch keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit ist. Die Ausführungen des III. Rentenerlasses zum Vorbehaltsnießbrauch²² sind auf diese Konstellation wohl nicht übertragbar. Freilich liegt eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit nur vor bei Vermögen, das zur generationsübergreifenden Anlage geeignet ist,²³ was bei einem Nießbrauch nicht der Fall ist. Ob dies allerdings auch dann gilt, wenn die Substanz zugleich an die Enkelgeneration übergeben wird, ist weniger eindeutig.

Das Urteil des BFH vom 26.7.2006 macht deutlich, dass nicht jede Abweichung vom geraden Weg mit einer Entziehung der

steuerlichen Anerkennung sanktioniert wird, solange sich im Gesamtbild eine anerkennungsfähige Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ergibt. Die Entscheidung ist daher aus Sicht der Gestaltungspraxis ohne Einschränkung zu begrüßen.

Gestalterischen Mut muss man jedenfalls den Beratern des vom BFH entschiedenen Ausgangsfalles bescheinigen, denn der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt wurde bereits im Jahr 1995 verwirklicht, also lange bevor der BFH all die aufgeworfenen Fragen beantwortet hat.

²² BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 11; gemeint ist dort die sogenannte gleitende Übergabe, bei der sich der Übergeber zunächst einen Nießbrauch vorbehält und diesen später gegen Zahlung einer Versorgungsrente ablöst.

²³ BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 Rdnr. 9.

TAGUNGSBERICHT

Erbrechtsberatung 2007 – Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht

7. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 4.5.2007

Von Notarassessor *Matthias Bierhenke*, Würzburg

Am 4.5.2007 fand in der Zehntscheune des Juliusspitals in Würzburg das 7. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg statt. Das diesjährige Symposium stand ganz im Zeichen des Erbrechts und des Erbschaftsteuerrechts. Ziel der Tagung war es, der zahlreich angereisten Zuhörerschaft einen Überblick über den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Kautelarpraxis im materiellen Erbrecht sowie der neuesten steuerlichen Entwicklungen zu geben. Die Tagung bot Raum für eine intensive Diskussion auf hohem Niveau in einem Kernbereich des notariellen Aufgabenspektrums.

Prof. Dr. *Rainer Kanzleiter*, der Vorsitzende der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., begrüßte die ca. 250 Teilnehmer des Symposiums in der Zehntscheune des Juliusspitals Würzburg. Angesichts der großen Teilnehmerzahl habe man leider den Gartenpavillon verlassen müssen. Die große Zahl an Besuchern zeige, dass sich das Symposium etabliert habe und das Thema der Veranstaltung auf reges Interesse stoße. Er stellte sodann den ersten Referenten des Tages vor, Herrn *Dieter Rojahn*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München und dort unter anderem zuständig für Nachlasssachen.

Rojahn erläuterte zunächst die Tätigkeit des Senates nach der Auflösung des Bayerischen Obersten Landesgerichts. Der Senat sei zuständig für alle FGG-Sachen aus Bayern, so dass eine Aufsplitterung auf drei Oberlandesgerichte unterblieben sei. Die Arbeitsbedingungen hätten sich dennoch verändert, da man mit weniger Personal und Sachmitteln auskommen müsse. Es sei daher nicht verwunderlich, dass derzeit nur wenige Veröffentlichungen des OLG München im Erbrecht zu verzeichnen seien. *Rojahn* stellte vier ausgewählte Themen-

kreise vor, mit denen die Rechtsprechung sich in der letzten Zeit verstärkt zu befassen hatte. Dies war zum einen die Frage nach der Wirksamkeit von Testamenten, zum anderen Probleme rund um Ersatzerbeinsetzungen, die Frage nach der Wirkung von Pflichtteilsklauseln und schließlich Zweifelsfragen rund um die Ausschlagung der Erbschaft.

Hinsichtlich der Wirksamkeit von Testamenten ging er zunächst auf eine Entscheidung des BayObLG¹ ein. In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Erblasser sein altes, eigenhändig geschriebenes Testament durchgestrichen. Ein neues Testament war nur teilweise vorhanden. Der Erblasser hatte es eigenhändig geschrieben und auch unterschrieben, und vermerkt, dass dieses Testament noch unvollständig sei und ergänzt werden müsse. Während im alten Testament die Ehefrau als Alleinerbin festgehalten war, fehlte dieser Satz im neuen Testament. Hier waren nur zahlreiche Vermächnisse ausgesetzt. Das LG hatte angenommen, die Streichung habe

¹ 1Z BR 93/04 = NJW-RR 2005, 258.

erst und nur insoweit gelten sollen, als durch das neue Testament Abänderungen beabsichtigt waren. Das BayObLG ist dem nicht gefolgt und ging davon aus, dass das alte Testament widerrufen wurde. Zur Auslegung des neuen Testaments konnte das alte jedoch noch mit herangezogen werden, so dass der Ehefrau ein Erbschein als Alleinerbin erteilt wurde.

Weiter stellte *Rojahn* einen Fall² vor, bei dem die Ehefrau ervertragsmäßig zur Vorerbin eingesetzt wurde und die Kinder aus erster Ehe zu Nacherben, ersatzweise deren Abkömmlinge unter sich zu gleichen Teilen. Die Kinder schlugen aus, forderten und bekamen den Pflichtteil. Hier war zu ermitteln, ob eine Ersatzerbeneinsetzung auch für diesen Fall vorlag. Das Gericht entschied dagegen. Zum einen solle der Stamm des Abkömmlings, der den Pflichtteil verlangt, nicht doppelt begünstigt werden. Zudem sei nicht anzunehmen, dass es der Wille des Erblassers gewesen sei, die Ehefrau sowohl durch den Pflichtteil als auch durch die Anordnung der Nacherbfolge für diesen Fall zu belasten.

Im Rahmen der Pflichtteilklauseln erörterte der Referent auch die Senatsentscheidung³ vom 29.3.2006 zur Frage, wann bei einer Pflichtteilsstrafklausel eine Schlusserbeneinsetzung vorliegt und dass nach Ansicht des Senats ein Verlangen des Pflichtteils auch dann gegeben sein kann, wenn die Zahlung des Pflichtteils hochverzinslich gestundet und durch eine Grundschild abgesichert wird. Eines der Kinder hatte den überlebenden Ehegatten mündlich und schriftlich gedrängt und in gesundheitliche Probleme gestürzt. Ferner sprach der Referent auch das Urteil des BGH⁴ vom 12.7.2006 an, wonach auch nach dem Tod des längstlebenden Ehegatten und Annahme der Schlusserbschaft noch der Pflichtteil nach dem Erstversterbenden gefordert werden kann. Im entschiedenen Fall ging es um eine Haftungsklage gegen einen Rechtsanwalt, der nicht auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht hatte.

Hinsichtlich der Ausschlagung der Erbschaft erläuterte der Referent, dass die Frist von sechs Wochen sehr kurz bemessen sei angesichts der Tragweite der Entscheidung. Häufig sei sich der Erbe auch im Hinblick auf § 2306 BGB nicht darüber im Klaren, ob Ausschlagung oder Annahme günstiger sei. Dies sei innerhalb der Frist sehr schwer festzustellen. Fragen ergäben sich auch immer wieder hinsichtlich des Fristbeginns. Dem Erben müssten die tatsächlichen und rechtlichen Umstände in zuverlässiger Weise bekannt geworden sein, so dass von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, sich für Ausschlagung und Annahme zu entscheiden. Dies sei beispielsweise nicht der Fall, wenn ein berufener Miterbe bei einer auslegungsbedürftigen letztwilligen Berufung mit vertretbaren Gründen annimmt, er sei Alleinerbe.⁵

Kanzleiters Referat thematisierte die Bindungswirkung bei gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag. Bindungsfragen seien für den Notar in drei Zusammenhängen bedeutungsvoll: Erstens bei der Erstellung von Testamenten und Erbverträgen, zweitens bei Änderungen, insbesondere einseitigen und Korrekturen unter Lebenden, und drittens bei einem Erbscheinsantrag. Bindungswirkungen seien häufig problematisch, da sie später sinnvolle erbrechtliche Regelungen unmöglich machen oder erheblich erschweren würden. Er plädierte daher dafür, Bindungen nur dort zu vereinbaren, wo es wirklich notwendig sei. Insbesondere beim privatschriftlichen

gemeinsamen Testament sei die Bindungswirkung problematisch. Den Ehegatten sei häufig nicht bewusst, welche Folgen sich aus einer gegenseitigen Erbeinsetzung mit Schlusserbeneinsetzung ergeben. Durch die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB würde diese Bindungswirkung zusätzlich verstärkt. Er plädierte daher für eine Gesetzesänderung, wonach die Wechselbezüglichkeit nicht mehr vermutet werde, sondern diese vielmehr des Nachweises bedürfe.

In einem kurzen geschichtlichen Abriss ging *Kanzleiter* darauf ein, wie die Regelungen über die Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament in das BGB aufgenommen worden seien. Die erste Kommission habe zwar den Erbvertrag zugelassen, das gemeinschaftliche Testament aber abgelehnt. Dies habe die zweite Kommission im Hinblick auf die weite Verbreitung zwar zugelassen, zu diesem Zeitpunkt sei allerdings noch die Beurkundung vorgeschrieben gewesen. Erst im Reichstag sei das handschriftliche gemeinschaftliche Testament mit aufgenommen worden. Die Folgeprobleme seien jedoch übersehen worden.

Auch sei der Bindungsgrund beim Erbvertrag ein anderer als beim gemeinschaftlichen Testament. Beim Erbvertrag beruhe die Bindung auf dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, beim gemeinschaftlichen Testament beruhe sie auf dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes. Er riet zur Vorsicht bei der Bindungswirkung, da sonst legitime Änderungen erheblich erschwert würden und appellierte an jeden Kollegen, klare und unzweideutige Formulierungen in seinen Beurkundungen zu verwenden. Die Bindungswirkung müsse sorgfältig formuliert werden, so dass Zweifel ausgeschlossen seien.

Die Ansicht von *Musielak*, wonach der vom Änderungsvorbehalt nicht erfasste Teil der Verfügung eine vollständige Verfügung darstellen müsse, die isoliert getroffen werden könne, werde in Rechtsprechung und Literatur nicht geteilt. Das Selbstanfechtungsrecht des § 2079 BGB sei in der Regel auszuschließen, da ansonsten unliebsame Folgen zu gegenwärtigen wären.

Anschließend ging *Kanzleiter* auf Möglichkeiten ein, den Nachlass umzuverteilen, wenn eine bindende Verfügung von Todes wegen nicht mehr geändert werden kann. Spätere beeinträchtigende Verfügungen von Todes wegen des überlebenden Ehegatten seien unwirksam. Ob eine Teilungsanordnung zulässig sei, sei zweifelhaft. Ein Zuwendungsverzicht des Bedachten wirke nicht gegen Abkömmlinge oder gegenüber ersatzweise Bedachten. Es könne daher zu erheblichen Problemen führen, wenn der Ersatzerbe bindend an die Stelle des Erben trete. Ein Beispiel dafür sei der Fall des OLG Frankfurt⁶ vom 6.3.1997. In Betracht kämen daher noch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, für die allerdings die Grenze des § 2287 BGB gelte. Wichtig sei, dass hier ein lebzeitiges Eigeninteresse nachgewiesen werden könne. Dies sei beispielsweise bei der ehebedingten Zuwendung schwierig, denn sie würde in erbrechtlicher Hinsicht als Schenkung angesehen.

Zum Schluss kritisierte *Kanzleiter* ein Urteil des BGH⁷ vom 7.7.2004, wonach die Wechselbezüglichkeit bei einem gemeinschaftlichen Testament auch über die Ehescheidung hinaus bestehen bleibe, wenn das gemeinschaftliche Testament gerade im Hinblick auf die Ehescheidung errichtet worden sei und dadurch die Vermutung des § 2268 Abs. 2 BGB widerlegt sei. *Kanzleiter* rügte dies als sehr zweifelhaft, da es hier nur um den Willen der Ehegatten gehe. Jedwede Wech-

2 OLG München, 31 Wx 39/06, ZErB 2006, 383 m. Anm. *Tanck*.

3 OLG München, 31 Wx 7/06, ZEV 2006, 411.

4 IV ZR 298/03, DNotZ 2006, 928.

5 OLG München, 31 Wx 45/06, NJW-RR 2006, 1668.

6 DNotZ 1998, 220 m. krit. Anm. *Kanzleiter*.

7 IV ZR 187/03, DNotZ 2005, 53 = NJW 2004, 3113 = ZEV 2004, 423 m. Anm. *Keim*.

selbستگیlichkeit müsse mit Ehescheidung erlöschen. Das Problem müsse gegebenenfalls auch durch die Gestaltungspraxis aufgegriffen und gelöst werden. Er befürwortete im Zweifel den Erbvertrag als vorzugswürdig vor dem gemeinschaftlichen Testament. Maßgabe für die Bindung müsse sein: so wenig Bindung wie möglich und so viel Bindung wie nötig.

Im Anschluss erläuterte Prof. Dr. *Peter Limmer* die verschiedenen Möglichkeiten der Testamentsgestaltung bei behinderten und überschuldeten Erben. Er stellte zunächst die sozialhilferechtliche Ausgangslage dar und zeigte auf, dass Sozialhilfeempfängern in der Regel nur kleine Barbeträge verbleiben dürfen. Auch Harz-IV-Empfänger sind zum Einsatz ihres eigenen Vermögens verpflichtet und haben nur ein je nach Alter gestaffeltes Schonvermögen. Beim behinderten Erben gebe es als Gestaltungsziel die Ausschaltung zweier Vorschriften des Sozialhilferechts: Zum einen solle der Kostenersatz durch die Erben des Behinderten nach § 102 SGB XII umgangen werden, wonach der Erbe der leistungsberechtigten Person zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe verpflichtet ist. Zum anderen müsse das Überleitungsrecht des Sozialhilfeträgers aus § 93 SGB XII ausgeschaltet werden. Dies sei, so *Limmer*, eine schwierige Aufgabe, da es auf diesem Gebiet nur wenige Gerichtsentscheidungen gebe. Gewisse Bereiche seien eine Art *terra incognita*. Als ungeeignete Lösung bezeichnete er die Enterbung des Behinderten, da der Pflichtteilsanspruch dann auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden könne und dem Behinderten dadurch nichts verbleibe. Auch Pflichtteilsstrafklauseln seien ungeeignet, da der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch für den ersten Erbfall auf sich überleiten und geltend machen kann. Zudem wäre dies auch beim zweiten Erbfall möglich. Auch sei es gefährlich, dem Behinderten eine zu geringe Quote zuzuwenden, da hier der gefährdende und haftungsträchtige § 2306 BGB einschlägig sei.

Limmer stellte sodann die Bestandteile eines klassischen Behindertentestamentes vor: Dies sei eine Kombination des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben nach § 2115 BGB und des Zugriffsverbotes auf die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände nach § 2214 BGB. Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögen stelle kein verwertbares Vermögen im Sinne des § 90 SGB XII dar, was vom OVG Saarland⁸ in einer Entscheidung vom 17.3.2006 bestätigt worden sei. Durch Anordnung der Nacherbfolge werde der dem Behinderten zugeteilte Nachlass vor der Verwertung durch Eigengläubiger geschützt. Außerdem werde durch die Anordnung der nicht befreiten Vorerbschaft verhindert, dass der ererbte Nachlass mit dem Tod des Behinderten auf dessen Erben übergehe. Er unterliege damit nicht dem Kostenersatz nach § 102 SGB XII. Die gewählte Gestaltung sei nach zwei Urteilen des BGH⁹ nicht als sittenwidrig zu verwerfen. Die gewählten Gestaltungen würden, so der BGH, vielmehr zeigen, dass die Eltern ihrer Verantwortung für das behinderte Kind nachkämen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft sei nicht gem. § 93 Abs. 1 SGB XII auf den Sozialhilfeträger überleitbar. Es bleibe eine höchstpersönliche Entscheidung des Erben, ob er annehmen oder ausschlagen wolle. Ein Betreuer dürfe hier auch nicht die Interessen des Sozialhilfeträgers wahrnehmen, sondern nur die Interessen des Erben.

Auch beim klassischen Behindertentestament gebe es noch Probleme und Zweifelsfragen. So sei z. B. im Rahmen eines

Erbvertrages zweifelhaft, wie die Erbeinsetzung beim ersten Todesfall gestaltet werden soll. Auch ergeben sich Grenzen aus der Höhe des Nachlasses, und zwar sowohl bei einem zu großen Nachlass als auch bei einem zu kleinen. Betreuer und Testamentsvollstrecker sollten nach einer Empfehlung von *Limmer* nicht personenidentisch sein. Auch sei zu klären, dass lebzeitige Zuwendungen an Geschwisterkinder abgesichert werden müssen durch Einräumung eines Vorausvermächtnisses zugunsten des behinderten Kindes. Inhaltlich entspreche dieses Vorausvermächtnis etwaigen Pflichtteilergänzungsansprüchen. Die Pflichtteilergänzungsansprüche würden sonst dem Sozialhilfeträger zustehen. Ferner stellte *Limmer* weitere mögliche Lösungen wie klassische und umgekehrte Vermächtnislösung und Leibrentenvermächtnis vor.

Beim überschuldeten Erben könne der Mechanismus, der beim Behindertentestament Anwendung finde, ebenso nutzbar gemacht werden. Hier drohten Risiken aus der Einzelzwangsvollstreckung und aus dem Insolvenzrecht. Die Erbschaft könne gepfändet werden, wie auch der Pflichtteil im Rahmen des § 852 Abs. 1 ZPO. Eine Anfechtung der Unterlassung der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs werde abgelehnt. Auch sei die Erbausschlagung des Überschuldeten nicht anfechtbar. Die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft stehe nach § 83 Abs. 1 InsO dem Schuldner höchstpersönlich zu. Ungeklärt sei allerdings das Verhältnis zur Obliegenheitsverantwortung nach § 295 InsO. Danach obliegt es dem Schuldner, das Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben. Bislang gebe es kaum Rechtsprechung zu diesem Problem.

Nach der Mittagspause beleuchtete Prof. Dr. *Klaus Tiedtke* die aktuellen Entwicklungen im Erbschaftsteuerbereich. Die Bedeutung der Erbschaftsteuer sei im Vergleich zu anderen Steuerarten gering. Nur rund vier Milliarden Euro betrügen die Steuereinnahmen aus dieser Steuer. Die Erbschaftsteuer sei daher nahezu eine Bagatellsteuer. Sodann erläuterte *Tiedtke* die Entscheidung des BVerfG¹⁰ vom 7.11.2006. Das BVerfG habe fünf Jahre für diese Entscheidung gebraucht, Zweifel an der Zulässigkeit aber leider mit wenigen Worten abgetan. In seiner Entscheidung habe das BVerfG die derzeitige Ausgestaltung der Erbschaftsteuer als gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßend angesehen und dem Bundesgesetzgeber aufgegeben, bis 31.12.2008 eine neue Regelung der Erbschaftsteuer zu treffen. Das BVerfG forderte, dass eine Lenkung nicht bereits auf der Wertermittlungsstufe beginnen dürfe. Die Wertermittlung müsse allgemein am gemeinen Wert der einzelnen Nachlassgegenstände ansetzen. Nur dort, wo es unerlässlich sei, dürfe auf Typisierungen und Vereinfachungen zurückgegriffen werden. Der steuerliche Wertansatz müsse mindestens 70 % des gemeinen Wertes betragen. Erst auf einer weiteren Stufe dürfe der Gesetzgeber entscheiden, ob er gewisse Vermögenswerte bei der Besteuerung verschone oder nicht. Dies müsse aber auf einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung beruhen, gleichheitsgerecht ausgestaltet, zielgenau und klar sein. Zudem müsse eine Verschonung rechtsformneutral sein. Ob eine vollständige Befreiung möglich ist, sei umstritten. *Tiedtke* war der Ansicht, dass bis zum Beschluss des Deutschen Bundestages hinsichtlich eines neuen Steuergesetzes Planungssicherheit bestehe. Altfälle würden auf der Grundlage des bislang geltenden Rechts veranlagt. Eine rückwirkende Verschärfung des Steuerrechts für vor diesem Stichtag abgeschlossene Fälle sei seiner Meinung nach nicht zulässig.

⁸ 3 R 2/05, MittBayNot 2007, 65 m. Anm. *Spall*.

⁹ BGHZ 111, 36 und BGHZ 123, 368.

¹⁰ NJW 2007, 573 = MittBayNot 2007, 161 (Leitsatz) m. Anm. *Wälzholz*.

Tiedtke berichtete weiter über den Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge. Dabei solle ein sogenanntes Abschmelzungsmodell die Besteuerung der Unternehmensnachfolge regeln. Werde der Betrieb im vergleichbaren Umfang wie vor dem Erbfall fortgeführt, so würden im Lauf von zehn Jahren jedes Jahr $\frac{1}{10}$ der Erbschaftsteuerschuld erlassen. Voraussetzung hierfür sei das Vorliegen begünstigten Betriebsvermögens, die Betriebsfortführung in vergleichbarem Umfang und die Haltefrist. Als begünstigtes Betriebsvermögen solle im Wesentlichen nur produktives Betriebsvermögen gelten. Dieses werde im Gesetzentwurf näher definiert. Bei bestimmten schädlichen Verwendungen könnten die Privilegierungen wieder rückgängig gemacht werden. Allerdings bestünden gegen diesen Entwurf noch bestimmte europa- und verfassungsrechtliche Bedenken. Die Beratungspraxis befürchte eine Steuererhöhung als Folge dieser Pläne. Es müsse jedoch die weitere Entwicklung abgewartet werden. *Tiedtke's* Fazit lautete, dass die Vorgaben des BVerfG und das Abschmelzungsmodell praktische Probleme mit sich bringen werden. Er schloss mit der Forderung nach Abschaffung der Erbschaftsteuer. Immer mehr Länder hätten diese Steuer aufgegeben oder stünden kurz davor, so z. B. auch Österreich. Er wisse aber, dass diese unter den jetzigen politischen Gegebenheiten nicht zu erwarten sei.

Als letzter Redner des Symposiums stellte Prof. Dr. *Lutz Michalski* von der Universität Bayreuth die Abfindungsregelungen für Erbfälle in einer GbR, OHG, KG und GmbH in einem leidenschaftlichen Vortrag dar. Er erörterte zunächst die gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen beim Tod eines Gesellschafters, die sich in einer Personengesellschaft bzw. einer GmbH ergeben. Abfindungsansprüche würden grundsätzlich in den Nachlass fallen. Es gehe daher darum zu prüfen, inwieweit ein Ausschluss des Abfindungsentgelts bzw. bei der GmbH eine Einziehung ohne Einziehungsentgelt zulässig seien. Sei ein völliger Ausschluss des Abfindungsentgelts

möglich, so seien selbstverständlich auch weniger einschneidende Maßnahmen, wie z. B. eine Beschränkung des Abfindungsentgelts zulässig. Als Schranke für einen völligen Ausschluss des Abfindungsentgelts sei insbesondere § 138 BGB zu nennen, und zwar einmal unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerbenachteiligung und zum anderen unter dem Gesichtspunkt der Knebelung. § 138 BGB würde hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung wohl nur eingreifen, wenn der Ausschluss speziell für solche Fälle vereinbart worden sei. Auch eine Knebelung wäre nur dann denkbar, wenn der Gesellschafter in seiner Entscheidungsfreiheit unzumutbar eingeschränkt werde. Beim lebzeitigen Austritt seien vier Fallgruppen anerkannt: zum einen die Gesellschaft mit rein ideellen Zwecken, zum anderen eine Gesellschaft mit rein genossenschaftlichem Charakter, ein Gesellschafter ohne Kapitalanteil oder auch eine Freiberuflersozietät, und zwar jedenfalls dann, wenn keine Mandantenschutzklausel vereinbart sei und kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Die Fälle seien im Wesentlichen auch auf den Ausschluss der Abfindung im Todesfall übertragbar. *Michalski* fragte weiter, inwieweit es sich bei dem Ausschluss der Abfindungen möglicherweise um eine Schenkung bzw. eine Schenkung auf den Todesfall handle. Er kam zu dem Ergebnis, dass in der Regel keine Schenkung vorliege, da nicht nur ein Gesellschafter einem Abfindungsausschluss unterliege. Die Rechtsnatur dieses Ausschlusses sei wohl noch ungeklärt, da es zum einen auf ein Anwartschaftsrecht, zum anderen aber auch auf ein Vollrecht eigener Art hinauslaufen könne.

Insgesamt war es eine spannende und gelungene Veranstaltung. Das Erbrecht erweist sich weiterhin als eine komplizierte und in Bewegung befindliche Materie. Ein Tagungsband ist in Vorbereitung. Das nächste Symposium des Instituts für Notarrecht im Jahr 2008 soll sich mit Scheidung, Trennung und Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen beschäftigen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Wurm/Wagner/Zartmann: Das Rechtsformularbuch. 15., Neubearb. Aufl., O. Schmidt 2007. 2 537 S., 129 € + CD-ROM

Bereits seit 1936 ist der *Wurm/Wagner/Zartmann* am Markt. Seit der Voraufgabe 1998 hat er eine gewaltige Blutauffrischung erfahren. Von den insgesamt 25 Autoren sind 20 neu hinzugekommen. Unter den neuen finden sich fünf Notare, unter den alten so bekannte Namen wie *Langenfeld* für die größten Teile des Handels- und Gesellschaftsrechts, *Graf von Westphalen* für Leasing (leider nur von Mobilien), Factoring, Franchising, Software-Überlassungsverträge. Gerade solche notarfremde Themen werfen die Frage auf, wozu dem Notar ein Formularbuch nützen kann, welches versucht, das gesamte bürgerliche Recht, Arbeitsrecht, Handels-, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht in Erläuterungen und Mustern auf einen einzigen Band zu konzentrieren und darin auch noch steuerrechtliche und kostenrechtliche Hinweise unterzubringen. Für den klassischen Bereich des Immobilienrechts zum Beispiel – wie ihn der *Schöner/Stöber* auf gut 1 800 Seiten abdeckt – stehen dem Bearbeiter, Rechtsanwalt und Notar a. D. *Helmut Götte*, ca. 400 Seiten zur Verfügung. Wenn dabei – zu Recht – die Formulierungsmuster im Vordergrund stehen, müssen naturgemäß die Erläuterungen kurz und prägnant ausfallen. Von solcher Komprimierung profitiert der Notar in den Kerngebieten seiner Tätigkeit kaum. Hilfe findet er dagegen im *Wurm/Wagner/Zartmann*, sobald er mit Rechtsmaterien konfrontiert wird, denen er nur selten begegnet, zum Beispiel Stiftungsrecht (Rechtsanwalt *Fleckenstein*), Miet- und Pachtrecht (Rechtsanwalt *Schneiderhan*), Bürgschaft und Patronatserklärungen (Rechtsanwalt *Reiners*), Urheberrecht und Internetrecht (Rechtsanwalt *B. Götte*), Wettbewerbsrecht (Rechtsanwälte *Riegger* und *Schmid*), Arbeitsrecht (Rechtsanwalt *Vogel*). Zwar kann der Notar auf diesen Gebieten nicht umfassend den Fachanwalt ersetzen. Gleichwohl sollte er hier seinen Klienten für eine Erstberatung zur Verfügung stehen, aber auch für den Entwurf eines nicht beurkundungspflichtigen Vertrags. Denn die Kompetenz der Notare als Vertragsjuristen darf nicht dort enden, wo die Beurkundungspflicht endet.

Spannende Lektüre bietet das Buch überall dort, wo ein Rechtsgebiet im Umbruch ist, zumal wenn sich ein junger Kollege dessen angenommen hat. Ich kenne keine Zusammenfassung des Rechts der englischen Limited, die für die Praxis geeigneter wäre als die knapp 30 Seiten, auf welchen Notar *Dorsel* den Errichtungsakt, die Haftungsregeln sowie die Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten nach englischem Recht darstellt, sich mit deren Transformation ins deutsche Recht befasst, die steuerrechtliche Behandlung erörtert sowie Vor- und Nachteile gegenüber der deutschen GmbH abwägt unter den Aspekten Kapitalausstattung, Haftungsrecht, Mitbestimmung, Kosten, administrativer Aufwand, Behandlung im Erbfall, Rechts(un)sicherheit. Gerade der Blick auf das englische Recht führt zu seinem Fazit: „Die laufenden Kosten sind hoch, die Rechtsunsicherheit groß, die Haftung schwer absehbar und in vielen Punkten strenger als nach deutschem Recht.“

Notar *Kessler* hat die Aufgabe übernommen, mit Textbausteinen auf den Umbruch zu reagieren, den das BVerfG im Recht der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen ausgelöst hat. Formulieren ist hier ungleich schwieriger als literarisch oder ex post vom Richterstuhl rasonieren über den „richtigen“ Inhalt solcher Verträge. Mit Recht misst *Kessler*

der vertraglichen Modifikation des gesetzlichen Güterstands mehr Bedeutung zu als der Gütertrennung. Dabei zeigt er eindringlich auf, welche Fülle von Fragen bei der vielfach empfohlenen Herausnahme einzelner Vermögensgegenstände aus dem Zugewinnausgleich zu beantworten ist, um ungewollte Verzerrungen bis hin zur Ausgleichspflicht des benachteiligten Ehegatten zu vermeiden (S. 1105). Er wagt auf Seite 1144 auch ein Muster einer „Vertragsentstehungsdokumentation“ und einer „Präambel“ zum Ehevertrag. Erstere erscheint mir wichtig. Letztere verheißt dem Notar voraussichtlich das Lob künftiger Richter, sofern es ihm denn gelungen ist, die angehenden Eheleute zur Ausbreitung ihrer Lebenspläne zu bewegen und selbst daran zu glauben, dass dieses Verfahren die Verlässlichkeit des Vertrags stärkt. Es folgen sehr differenzierte Vorschläge für Vereinbarungen zur Begrenzung des nachehelichen Unterhalts auf Höchstbeträge, bestimmte Unterhaltstatbestände, bestimmte Zeiträume, bestimmte Einsatzzeitpunkte (S. 1147 ff.). Alle Vorschläge beruhen auf der Erfahrung, dass ausschließlich Begrenzungen des nachehelichen Unterhalts vereinbart werden, niemals Erweiterungen. Diesem Befund entspricht die Reform des Unterhaltsrechts, die *Kessler* in ihren Grundzügen auf den Seiten 1137 ff. bereits darstellt. Nützliches Wissen vermitteln ferner die Ausführungen *Kesslers* zu den vielfältigen Möglichkeiten der Namenswahl bei Eheschließung und nach Beendigung der Ehe (S. 1067 ff.).

Das Erbrecht umfasst ca. 200 Seiten aus einem Guss, bearbeitet vom badischen Notar *Fröhler*. Besonders wichtig erscheinen mir die Vorschläge zur Herausnahme bestimmter Gegenstände aus der Nacherbenbindung (S. 1387, 1398). Die beim Vermächtnis eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten hätten m. E. weitere Formulierungsvorschläge verdient, etwa zur Belastung des Ehegattenalleinerben mit einem Universalvermächtnis auf den Rest, um dessen einseitige Abkömmlinge nicht am Nachlass des zuerst verstorbenen Ehegatten partizipieren zu lassen und gleichwohl die Nachteile einer Vorerbschaft zu vermeiden (vgl. *Reimann*, MittBayNot 2002, 4), zur Ernennung des Vermächtnisnehmers als Testamentsvollstrecker ausschließlich zum Zweck, die Erfüllung des Vermächtnisses sicherzustellen, wodurch der Vermächtnisanspruch seine schuldrechtlichen Schwächen verliert (angedeutet auf S. 1406). Einen besonderen Abschnitt widmet *Fröhler* dem Unternehmertestament, u. a. mit einem – allerdings sehr knappen – Formulierungsvorschlag zur Auswahl des Unternehmensnachfolgers gemäß § 2151 BGB. Im Anschluss an das Muster eines Behindertentestaments (S. 1393) mit Vor- und Nacherbschaft sowie Testamentsvollstreckung erörtert *Fröhler* die Alternativlösungen nach dem Stand der aktuellen Diskussion. Besonders nützlich erscheint mir die Auswahl abgestufter Änderungsvorbehalte bei einer erbvertraglichen Schlussereben-Einsetzung (S. 1428).

Verbesserungs- und Aktualisierungsbedarf besteht im immobilienrechtlichen Teil. Die Kaufvertragsmuster beruhen teilweise auf kaum exportfähigen baden-württembergischen Gepflogenheiten, wie etwa der Überwachung der Fälligkeitsvoraussetzungen durch den Käufer selbst (S. 672). Die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden durch bevollmächtigte Mitarbeiter des Notars (S. 657) ist dagegen keine regional begrenzte Spezialität, jedoch mit § 17 Abs. 2 a Nr. 1 BeurkG schwerlich vereinbar. Falls eine Finanzierungsgrundschuld

am Eigentum des Verkäufers eingetragen wird, schützt die Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs und die Anweisung an die Grundschuldgläubigerin, das Darlehen bis zur Kaufpreishöhe an den Verkäufer auszuzahlen (S. 653), den Verkäufer nicht vor einer Inanspruchnahme wegen der Darlehenszinsen, wenn der Kaufvertrag wegen unvollständiger Kaufpreiszahlung rückabgewickelt werden muss. Abenteuerlich wird das Stehenlassen einer eingetragenen Grundschuld für Finanzierungszwecke des Käufers, wenn der Käufer die Grundschuld vor Bezahlung des Kaufpreises ohne weitere Einschränkung „als Sicherheit für eigene Geldgeber verwenden“ und an einen neuen Grundschuldgläubiger abtreten kann (S. 662). Beim Kauf „wie besichtigt“ macht es durchaus Sinn, den Verkäufer für Mängel haften zu lassen, die zwischen Besichtigung und Übergabe entstanden sind (S. 651). Noch besserer Kronzeuge dafür als *Weigl* (MittBayNot 1996, 349) wäre der BGH (DNotZ 2003, 687). Dass bei dem Grundstückskaufvertrag auf S. 654 eine „Treuhandaufwicklung durch den Notar“ vorgesehen sein soll, möchte man nicht glauben, weil dann eine Ausfertigung für den Treuhänder entbehrlich wäre, die Eintragung der Eigentumsvormerkung nicht in das freie Ermessen des Notars gestellt werden könnte und der Name des Treuhänders nicht hätte offen bleiben müssen. Aber auch ein anderer Treuhänder gerät in unlöslichen Konflikt, wenn einerseits trotz noch nicht eingetragener Finanzierungsgrundschuld der auf dem Treuhandkonto eingezahlte Kaufpreis „frei verfügbar“ sein muss, andererseits zur Lastenfreistellung zu verwenden ist (S. 658). Wie soll man nach alledem noch beurteilen, ob dabei „für den Treuhandauftrag“ eine Gebühr nach § 149 Abs. 1 KostO und daneben „für die Abwicklung des Treuhandauftrags“ eine Gebühr nach § 147 Satz 2 KostO anfällt (S. 659)?

Zum Bauträgervertragsmuster ist ohne Rücksicht auf die Änderung der MaBV angemerkt, für die Fälligkeit des Kaufpreises genüge statt der Eintragung der Eigentumsvormerkung das Vorliegen einer unwiderruflichen Eintragungsbewilligung nebst Antrag beim Grundbuchamt (S. 714 Fn. 11). Die Vereinbarung im Bauträgervertrag, wonach die Auflassung erst erklärt werden muss, nachdem „der Kaufpreis in voller Höhe einschließlich etwaiger Verzugszinsen bezahlt ist“

(S. 718) lässt sich mit der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2002, 41 m. Anm. *Basty*) nicht in Einklang bringen. Der Hinweis auf OLG Frankfurt (DNotZ 1990, 672), wonach die getrennt erklärte Auflassung kostenrechtlich falsche Sachbehandlung darstellen kann (S. 718), ist überholt durch OLG Hamm, MittBayNot 1998, 275 und BayObLG, MittBayNot 2000, 575. Auch sonst sollten alte Rechtsprechungsnachweise durch aktuellere und wichtigere ersetzt werden entsprechend dem angegebenen Stand der Bearbeitung Ende August 2006, z. B. zur Wegeunterhaltung bei Dienstbarkeiten statt OLG Köln, MittRhNotK 1996, 220 nunmehr BGH, DNotZ 2005, 617. Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Verbraucherverträgen finden Haftungsausschlüsse des Verwenders beziehungsweise Unternehmers ihre Grenze nicht nur in § 276 Abs. 3 BGB, sondern darüber hinaus in § 309 Nr. 7 BGB. Falls diese Grenzen im Vertragstext nicht verdeutlicht werden, droht die Unwirksamkeit des gesamten Haftungsausschlusses wegen Intransparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Muster für die Einräumung eines Erbbaurechts berücksichtigen dies (S. 891, 896). Bei den Formulierungsvorschlägen für Grundstückskaufverträge fehlt jeglicher Hinweis darauf, wie auch beim Bauträgervertrag, obwohl dort die Haftung für Bodenqualität ausgeschlossen ist (S. 716). Zutreffend ist auf S. 1011 festgestellt, dass eine Reallast zur Leistung „standesgemäßen Unterhalts“ wegen unzureichender Bestimmbarkeit unwirksam ist. Gleichwohl findet sich auf S. 1013 ein Textvorschlag für eine solche Reallast.

Den Leser dieser Zeitschrift brauchen solche Schwächen nicht zu kümmern, da er für die Kernbereiche des Immobilienrechts ohnehin auf seinen Textschatz und speziellere Formularbücher zurückgreift. Der neue *Wurm/Wagner/Zartmann* wird ihm Gewinn bringen, wenn er sich mit Rechtsmaterien außerhalb des Immobilienrechts oder gar außerhalb der herkömmlichen Notartätigkeit befassen muss. Nirgends werden ihm dafür in einem einzigen Band so vielfältige Textmuster und prägnante Erläuterungen präsentiert, die in der Regel auch das einschlägige Steuerrecht einbeziehen. Fazit: Unentbehrlich ist dieses Rechtsformularbuch nicht, wohl aber eine nützliche Bereicherung der Bibliothek.

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

Bauer/v. Oefele (Hrsg.): Grundbuchordnung. 2. Aufl., Vahlen, 2006. 1 777 S., 195 €

Das Ergebnis der Lektüre des von *Bauer* und *v. Oefele* herausgegebenen Werkes zur Grundbuchordnung soll vorweggenommen werden: Der Kommentar zeichnet sich durch eine tiefgründige, argumentationsfreudige Auseinandersetzung mit sämtlichen zentralen Fragen des Grundbuchrechts aus, besticht durch eine klare, praxistaugliche Darstellung und kann jedem Kollegen mit voller Überzeugung empfohlen werden.

Das Werk ist in einen Allgemeinen Teil, der sich mit den Eintragungsgrundlagen nach materiellem Recht und Vorschriften außerhalb der GBO beschäftigt sowie in einen Kommentarteil zu Grundbuchordnung und Grundbuchbereinigungsgesetz gliedert. Zuletzt schließen sich Ausführungen zu internationalen Bezügen im Grundstücksverkehr an.

Besonders hervorzuheben ist, dass die Autoren vor der Beschäftigung mit einzelnen Problemen der Materie ihrem Werk einen vom Präsidenten des Thüringer Oberlandesgerichts

Bauer bearbeiteten Abschnitt zu den Grundlagen des Grundbuchwesens vorangestellt haben. Neben der Einordnung des Grundbuchrechts als zentraler Bestandteil des Liegenschaftsrechts überzeugt hier vor allem die für den rechtshistorisch interessierten Leser gewinnbringende Darstellung der historischen Entwicklung des Grundbuchwesens, in der die Entstehung des Grundbuchs insbesondere mit der mittelalterlichen Stadtentwicklung und der Notwendigkeit der damit verbundenen urkundlichen Fixierung der Eigentumsverhältnisse begründet wird.

Um die Aktualität und systematische Gründlichkeit des Werks zu unterstreichen, soll beispielhaft auf die Darstellungen zur Beschlusszuständigkeit der Wohnungseigentümerversammlung (*v. Oefele*) sowie die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses bei mehreren Berechtigten nach § 47 GBO (*Wegmann*) eingegangen werden.

Der Notar *v. Oefele* stellt zunächst kurz die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit sog. „Zitterbeschlüsse“ der Wohnungseigentümergeinschaft dar und ar-

beitet als Quintessenz heraus, dass es nunmehr für die Frage der Beschlusszuständigkeit der Eigentümergemeinschaft nicht mehr auf eine materiellrechtliche Kernbereichstheorie, sondern auf die „formelle Legitimation“ durch Kompetenzzuweisung im WEG oder der Gemeinschaftsordnung ankommt (AT V, Rdnr. 97). In Fällen einer a priori fehlenden Beschlusszuständigkeit der Eigentümerversammlung sei der Beschluss nicht lediglich anfechtbar, sondern nichtig. Hilfreich ist hier vor allem die Aufführung von Beispielen für nichtige Beschlüsse, die dem Notar, von dem die Wohnungseigentümer einen Rechtsrat begehren, eine wichtige Handhabe liefert. Für den gestaltungsfreudigen Notar weist v. Oefele selbstverständlich auf die Möglichkeit einer vertraglichen Öffnungsklausel für Mehrheitsbeschlüsse in der Gemeinschaftsordnung hin, die eine sprichwörtliche „Versteinering“ von Eigentümergemeinschaften verhindern könnte.

Ein praktisch häufiges und dogmatisch leicht unterschätztes Problem des Grundbuchrechts ist die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses bei mehreren Berechtigten nach § 47 GBO. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Übertragungen von Grundbesitz durch die Eltern auf Kinder, wenn im Rahmen der Gegenleistungen für beide Elternteile dingliche Rechte begründet werden sollen. Zunächst grenzt sich der Bearbeiter Wegmann von der herrschenden Meinung ab, wonach der Normzweck des § 47 GBO darin liege, die Verfügungsbefugnis des einzelnen Berechtigten über ein dingliches Recht zu bezeichnen. Seiner Auffassung nach dient die Vorschrift zum einen der Kennzeichnung der rechtlichen Verselbständi-

gung eines Anteils sowie der Realisierung der materiellrechtlichen Vermutungs- und Gutgläubenswirkung der §§ 891 ff. BGB (§ 47, Rdnr. 12 ff.). Aus der Fülle der bearbeiteten Einzelprobleme soll die vor allem für im ländlichen Bereich tätige Notare relevante Frage herausgegriffen werden, inwieweit bei bestehender Gütergemeinschaft von Ehegatten für diesen eingeräumte dingliche Rechte (z. B. ein Wohnungsrecht) eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB vereinbart werden kann, was in der Praxis insbesondere naheliegender ist, um das Berechtigungsverhältnis auch bereits für den Fall einer möglichen Aufhebung oder Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft festzulegen. Wegmann vertritt hier die zutreffende Auffassung, dass eine Gesamtberechtigung im Sinne von § 428 BGB wirksam nur geschaffen werden könne, wenn das für die Ehegatten bestellte Recht für jeden von beiden zum Vorbehaltsgut erklärt würde. Ansonsten falle das jeweilige dingliche Recht zwingend in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft.

Aberundet wird das Werk seinem hohen konzeptionellen Anspruch entsprechend durch die Darstellung internationaler Bezüge im Grundstücksverkehr (Schaub). Diese beschäftigt sich vor allem mit der Vertretung natürlicher Personen und Handelsgesellschaften sowie den Auswirkungen der Eheschließung nach ausländischem Güterrecht auf den Grundstücksverkehr und ist für Kollegen mit einer größeren Zahl von Fällen mit internationalen Implikationen ausgesprochen hilfreich.

Notar Tobias Fembacher, Greiding

Krause: Das Familienheim bei Trennung und Scheidung. Nomos, 2007. 304 S., 44 €

Der Autor Lambert Krause ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht und hat in diesem Buch, welches in der Reihe Nomos Anwalt erschienen ist, seine Erfahrungen auf diesem Gebiet vor allem für Rechtsanwälte und sonstige Berater zusammengefasst. Hauptaugenmerk hat er dabei auf die Rechtsprechung der Obergerichte gelegt, wobei maßgebliche Urteilspassagen oftmals wörtlich wiedergegeben werden, um dem Leser das Heraussuchen der Fundstellen zu ersparen. Er behandelt übersichtlich und gut gegliedert sämtliche Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem „Familienheim“ im Trennungs- und Scheidungsfall ergeben können, so z. B. unterhalts- sowie güterrechtliche Folgen eines Eigenheims, Probleme im Zusammenhang mit einem angemieteten Objekt, Wohnungszuweisung und HausratsVO, Ausgleich wegen ehebezogener Zuwendungen, Auseinandersetzung von Miteigentum (einvernehmlich oder durch Teilungsversteigerung), Gesamtschuldnerausgleich, Hausratsverteilung sowie Probleme bei Beteiligung von Schwiegereltern. Ein letztes Kapitel widmet er der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Am Ende eines jeden Kapitels erfolgt eine Zusammenfassung in kurzen Thesen, so dass man sich das Gelesene nochmals in Erinnerung rufen kann. Ausführungen zu einzelnen Problemen findet man schnell aufgrund der klaren und ausführlichen Gliederung im Inhaltsverzeichnis.

Krause beleuchtet in einem ersten Kapitel sehr ausführlich die Auswirkungen des Eigenheims im Unterhaltsrecht, von der Höhe des Wohnvorteils, über die Auswirkungen von Hausschulden vor bzw. nach Verkauf bis zu den Finanzierungskosten bei Übernahme eines Miteigentumsanteils.

Wenngleich ein Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung einer Scheidungsvereinbarung im Regelfall die Unterhaltsberechnung den beteiligten Anwälten überlassen wird, so sollte er dennoch deren Grundzüge beherrschen, insbesondere wenn der Unterhalt – wie häufig – dem Scheidungsverfahren vorbehalten bleibt, im Vorfeld aber eine Regelung der Eigentumsverhältnisse erfolgen soll. Für den Kautelarjuristen sehr relevant sind weiterhin die Ausführungen zur Behandlung des Familienheims im Güterrecht und zu den – oftmals bei Ehegatten vernachlässigten – einkommensteuerlichen Auswirkungen bei der Auseinandersetzung des Miteigentums. Mit besonders großem Interesse und Gewinn habe ich die Abschnitte über ehebezogene Zuwendungen sowie über die Probleme bei Beteiligung der Schwiegereltern gelesen, insbesondere über die Behandlung von Schenkungen an das Schwiegerkind.

Obgleich das Buch vor allem auf die anwaltliche Tätigkeit ausgerichtet ist und sich die enthaltenen „Praxistipps“ ausschließlich an den Anwalt richten, habe ich dennoch das Buch mit Gewinn für die Vertragsgestaltung gelesen. Gerade durch die zahlreichen Beispiele werden einem die – nicht immer zu gerechten und nachvollziehbaren Ergebnissen führenden – Rechtsfolgen im Unterhalts- und Ehegüterrecht aufgezeigt. So kann man im Beratungsgespräch sowohl beim vorsorgenden Ehevertrag als auch im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung besser beurteilen, ob Gesetzeslage und Rechtsprechung zu einem angemessenen Ergebnis führen oder ob durch eine vertragliche Vereinbarung den Interessen der Beteiligten besser Rechnung getragen wird. Es fehlen jedoch naturgemäß Ausführungen zur neuen BGH-Rechtsprechung zu Eheverträgen, da der Autor den Bereich Ehevertragsgestaltung nicht behandelt. Eine Konsequenz der differenzierten neuen Recht-

sprechung zu Eheverträgen ist, dass man als Vertragsgestalter nur mehr in Ausnahmefällen auf standardisierte „Schubladenentwürfe“ zugreifen kann, sondern individuelle und ausgewogene Gestaltungen finden muss. Diese sind nur mit fundierten Kenntnissen auch der Rechtsprechung zu Einzelfällen mög-

lich. Das Buch ist – als Ergänzung zu speziell auf die Vertragsgestaltung ausgerichteten Standardwerken – durchaus auch für den Vertragsjuristen empfehlenswert.

Notarin *Nicola Struck*, Bad Königshofen i. Gr.

Bonefeld/Daragan/Wachter (Hrsg.): Der Fachanwalt für Erbrecht. Zerb, 2006. 1 589 S., 98 €

Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2007. 1 483 S., 109 €

Besonders Anwälte, die die Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Erbrecht“ anstreben, werden sich über das Erscheinen zweier Handbücher freuen. In moderater Preisgestaltung, gutem Preis-Leistungs-Verhältnis und äußerst ähnlicher Bezeichnung versprechen beide die umfassende Vermittlung aller Grundlagen und Kenntnisse zur Vorbereitung auf den Fachanwaltslehrgang und zur Bearbeitung erbrechtlicher Mandate in allen Phasen des Mandats.

Ausweislich des Vorworts von *Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos* (im Folgenden: *Frieser*) und der Verlagsankündigung zum Erscheinen der bereits zweiten Auflage soll dieses Werk aber auch unverzichtbar für alle anderen erbrechtlichen Berater sein. Anders als im Vorwort des ebenfalls von *Frieser* herausgegebenen Kompaktcommentars Erbrecht sind dabei Notare ausdrücklich erwähnt. Sind die Handbücher demgemäß (auch) dem Notar zur Anschaffung zu empfehlen?

In der äußeren Aufmachung ähnelt der *Frieser* anderen, ebenfalls im Luchterhand Verlag erschienenen Fachanwaltshandbüchern. Zunächst gewöhnungsbedürftig ist der Abdruck von Abkürzungen ohne Punkt, die offenbar im Lektorat auch zu kleinen Schreibfehlern geführt haben (etwa in Kapitel 1, Rdnr. 482); derartige Kleinigkeiten sind aber ohne weiteres in der nächsten Auflage zu berichtigen. Der *Bonefeld/Daragan/Wachter* (im Folgenden: *Bonefeld*) ähnelt äußerlich eher dem im Luchterhand erschienenen Kompaktcommentar Erbrecht.

Im Autorenkreis beider Handbücher sind vor allem Anwälte, teilweise Fachanwälte für Erbrecht, jedoch auch Notarskollegen vertreten. Die Autorenauswahl steht für den Anspruch besonderer Praxisnähe, verbunden mit den für die Weitergabe von Fachanwaltswissen erforderlichen fundierten rechtlichen Kenntnissen.

Beide Werke setzen auf eine Hervorhebung wichtiger Textteile durch Fettdruck und die praxisnahe Durchbrechung des Fließtexts durch Praxis- und Richter-Tipps, Checklisten, Fälle und Musterformulierungen (im *Frieser*) und Praxishinweisen, Formulierungsbeispielen, grafischen Schemata und Vertiefungshinweisen (im *Bonefeld*). Im *Frieser* muten die Beispiele und Praxis-Tipps allerdings manches Mal als selbstverständlich bzw. etwas banal an, etwa wenn im Rahmen der Vorbereitung und dem Ablauf des Erstgesprächs mit einem Mandanten ein gestelltes Anschreiben der zweiten Ehefrau des Erblassers textlich wiedergegeben und der Praxis-Tipp gegeben wird, eine „lesbare“ Skizze zu erstellen. Ob ein gesonderter Richter-Tipp in einem Handbuch für den Fachanwalt Erbrecht erforderlich ist, der zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten empfiehlt, keine einzelnen Vermögensgegenstände zuzuweisen, sondern einen Erben und bei meh-

ren Erben die Erbquoten zu bestimmen und einzelne Vermögensgegenstände durch eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis zuzuweisen (so *Frieser/Krause*, Kapitel 2, Rdnr. 341), erscheint zumindest fraglich.

Am *Frieser* fällt das ausführliche, 60 Seiten umfassende Inhaltsverzeichnis auf. Es unterschlägt allerdings drei Anhänge im Anschluss an Kapitel 19, die sich mit Formalia im Zusammenhang mit dem Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung beschäftigen und beispielsweise eine Musterfallliste der RAK Hamm enthalten. Das Stichwortverzeichnis ist ebenfalls ausführlich, reicht aber an das fast 50-seitige Stichwortverzeichnis des *Bonefeld* nicht ganz heran. Besonders praxisnah erscheint im *Bonefeld* der Abdruck von vier Musterklausuren und Klausurfragen zur Testamentsvollstreckung mit ausführlichen Lösungshinweisen sowie Ausführungen zur richtigen Antragstellung für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung, die auch einen Auszug aus der Fachanwaltsordnung (FAO) enthalten.

Inhaltlich sind beide Werke an den für den Fachanwalt für Erbrecht gemäß §§ 14 f. FAO nachzuweisenden Kenntnissen orientiert. Danach sind in den Bereichen materielles Erbrecht unter Einschluss erbrechtlicher Bezüge zum Familien-, Gesellschafts-, Stiftungs- und Sozialrecht, Internationales Privatrecht im Erbrecht, vorweggenommene Erbfolge, Vertrags- und Testamentsgestaltung, Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenz und Nachlasspflegschaft, steuerrechtliche Bezüge zum Erbrecht, Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung besondere Kenntnisse nachzuweisen. Gegenüber der Erstauflage wurde demgemäß im *Frieser* der Themenkomplex „Erbrecht und Sozialrecht“ neu aufgenommen.

Neben diesen Rechtsgebieten, in denen sicher jeder auf dem Gebiet des Erbrechts tätige Praktiker sattelfest sein muss, enthalten beide Werke Ausführungen zur Mandatsführung, dem Erstgespräch mit dem Mandanten und der Rechtsanwaltsvergütung. Während dieser Teil im *Bonefeld* eher sachorientiert abgehandelt wird, überrascht *Frieser* mit einem stimmungsvollen Textbeginn des ersten Kapitels. Dem Erbrecht werde seit Menschengedenken besonderes Interesse attestiert, da es um Geld, Macht, Reichtum, Verbrechen, Intrigen, Hass, Leidenschaft, Versöhnung und Ehre gehe, das Erbrecht das pralle Leben widerspiegeln und die Feststellung gelte „die Leute [lesen] Erbgeschichten noch lieber als Sexgeschichten“. Wer nicht weiß, wie er den „Gestiefelten Kater“ mit einem Handbuch für den Fachanwalt Erbrecht in Verbindung bringen soll, dem sei der literarische Ausflug in Kapitel 1, Rdnr. 6 ff., ans Herz gelegt. Ausflüge in die interdisziplinäre Literatur und Journaille lockern das Handbuch an dieser Stelle auf und zeigen in zumeist pointierter Weise, dass es im Erbrecht eben nicht nur auf die Fachkenntnisse des Beraters, sondern auch und in besonderer Weise auf dessen Fingerspitzengefühl ankommt.

Keines der Handbücher erhebt naturgemäß den Anspruch, ein Formularbuch zu sein. Gleichwohl finden sich an zahlreichen

Stellen Musterformulierungen und zum Teil ausführliche Formulierungshinweise. Sicher ist die im *Frieser* (Kapitel 1, Rdnr. 431) wiedergegebene, erschreckende Tatsache, dass 25 % aller zugelassenen deutschen Anwälte jährlich einen Schadensfall anmelden, nicht hauptsächlich auf die unkritische Übernahme von Formulierungsbeispielen aus (Formular-)Büchern zurückzuführen. Klar wird allerdings, dass auch uns Notaren stets der sensible Umgang mit Musterformulierungen ans Herz zu legen ist. Ob es wirklich Streitvermeidend ist, dem Testamentsvollstrecker „die übliche Vergütung“ auszusetzen (*Frieser/Krause*, Kapitel 2, Rdnr. 483), ob nicht statt des Ausschlusses der Übertragbarkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts (*ders.*, Kapitel 2, Rdnr. 392) eher die mögliche Veräußerung an den Vorerben unter Entfallen jeglicher Ersatzerbeinsetzung zu bevorzugen ist (so *ders.*, Kapitel 2, Rdnr. 577) oder im Rahmen einer Pflichtteilsstrafklausel allein auf das Geltendmachen des Pflichtteilsanspruchs abgestellt wird (so *ders.*, Kapitel 2, Rdnr. 153 ff.), muss der Gestalter einer Verfügung von Todes wegen sicher im Einzelfall und eigenständig entscheiden. Zu welcher überraschenden Rechtsfolgen eine Pflichtteilsklausel in Form einer automatischen Ausschlussklausel bzw. Verwirkungsklausel führen kann, hat allerdings das Urteil des BGH vom 12.7.2006 eindrücklich gezeigt (IV ZR 298/03, MittBayNot 2007, 223 m. Anm. *Selbherr*).

Einige Formulierungsbeispiele sind im *Bonefeld* doppelt enthalten, beispielsweise stellen sowohl *Littig* (Kapitel 20, Rdnr. 217), als auch *Enzensberger* (Kapitel 21, Rdnr. 197), unterschiedliche Formulierungsbeispiele für sog. Behindertentestamente, insbesondere für die in deren Rahmen gebräuchlichen Verwaltungsanordnungen nach § 2216 Abs. 2 BGB, vor.

Am *Frieser* gefällt, dass er sich teilweise an ausführliche Formulierungen wagt, etwa bei der von *Stückemann* entworfenen Musterformulierung einer Vorsorgevollmacht (Kapitel 3, Rdnr. 576 a). Deren Umfang allerdings erstaunt im Vergleich zu der im gleichen Kapitel unter Rdnr. 552 bis 553 vorgeschlagenen, ihrerseits auffallend knappen Musterformulierung einer Patientenverfügung. Im *Bonefeld* stellen *Ramstetter* und *Bittler* zwar die Grundlage von Vorsorgevollmachten als privatrechtlichen Vorsorgeregulungen und Patientenverfügungen dar, sie enthalten sich aber weitgehend eigener Formulierungsbeispiele und geben stattdessen Literaturhinweise (auch auf einschlägige Formularbücher).

Die Praxis zeigt, wie wichtig gerade im Unternehmensbereich die Fragestellung ist, wer im Notfall Entscheidungen im Unternehmen treffen und dieses wenigstens kommissarisch weiterführen kann; dieser Gesichtspunkt sollte in die Gestaltungsüberlegungen bei der Abfassung einer (Vorsorge-)Vollmacht sicher einfließen. *Stückemann* verwendet im *Frieser* hierfür den Begriff der „UVV“ (Unternehmervorsorgevollmacht). Dass es beim Unternehmer im Rahmen einer „Patientenvollmacht“ aber Besonderheiten geben soll, mutet auf den ersten Blick überraschend an. Die Ausführungen belehren den Leser darüber, dass auch hier zunächst klargestellt werden sollte, dass „der Unternehmer in jeglichem zumutbaren Rah-

men nach den vorhandenen medizinischen Möglichkeiten geheilt werden möchte; erst wenn sich die vorhandenen medizinischen Mittel als lediglich technische Hilfe zur Verlängerung des Leidens erweisen sollten, will man dies nicht mehr“ (*Frieser/Stückemann*, Kapitel 3, Rdnr. 639). Besonderheiten beim Unternehmer spielen sich sicher vor allem im Bereich des Unternehmertestaments als Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht ab und machen in diesem Bereich umfassende und rechtzeitige Nachfolgeplanung besonders bedeutsam, was *Wachter* im 18. Kapitel des *Bonefeld* sachkundig aufzeigt. Vollmachten werden dort (Rdnr. 18) lediglich als Teil einer ganzheitlichen und generationenübergreifenden Unternehmensnachfolgeplanung genannt; im Übrigen findet der Praktiker lesenswerte Ausführungen mit Formulierungsbeispielen zu den Zielen, der Vorbereitung und den Gestaltungsmöglichkeiten des Unternehmertestaments.

Wie notarspezifisch die Perspektive des jeweiligen Bearbeiters ist, hängt offenbar im Wesentlichen von dessen Berufsstand ab. Gerade in einem Handbuch für den Fachanwalt Erbrecht goutiert der Notar das von *Krause* (Notar in Staßfurt) ins Feld geführte Zitat „Den Vorzug verdient immer das notarielle Testament.“, das er in der Folge mit kompetenten Argumenten unterfüttert (*Frieser/Krause*, Kapitel 2, Rdnr. 20). Der *Bonefeld* verzichtet nicht nur darauf, die Vorteile des notariellen Testaments ausführlich darzustellen (*Roth* gibt in Kapitel 5, Rdnr. 67 lediglich einen Hinweis auf die Form der öffentlichen Testamente), in dem von *Enzensberger* verfassten Kapitel 21 zur Testamentsgestaltung sind neben dem Ehegattentestament bei den rechtlichen Grundlagen sogar nur die Formalien des eigenhändigen Testaments als eigener Unterpunkt behandelt.

Wer übrigens den von *Frieser* herausgegebenen Kompaktcommentar Erbrecht sein Eigen nennt, dem werden einige Textpassagen bekannt vorkommen, vor allem die Ausführungen von *Krause* zu typischen Gegenleistungen und vorbehaltenen Rechten im Übergabevertrag (*Frieser/Krause*, Kapitel 3, Rdnr. 58 ff. einerseits und *Krause* in *Frieser*, Kompaktcommentar Erbrecht, § 516 BGB, Rdnr. 35 ff. andererseits). Kleine Unachtsamkeiten (etwa der „Nachlasskonkurs“ in *Frieser*, Kapitel 1, Rdnr. 541) beeinträchtigen dagegen den Gesamteindruck nicht und wären in einer weiteren Auflage leicht auszumerken.

Beide Handbücher können zur Vorbereitung auf den Fachanwaltslehrgang Erbrecht sicher empfohlen werden und sind konsequent nach den Bedürfnissen des gewählten Adressatenkreises gestaltet. Welches Werk gewählt wird, empfehle ich, am eigenen persönlichen Eindruck beider Handbücher festzumachen. Insgesamt erscheint mir der *Bonefeld* stringenter und sachorientierter geschrieben und gegliedert. Der *Frieser* vermag dafür durch seine offene und direkte Formulierungsweise den Leser auch zu unterhalten und so zum Weiterlesen zu motivieren. Naturgemäß sind in beiden Handbüchern zahlreiche, nicht notarrelevante Themen abgehandelt. Wer jedoch den Blick über den Tellerrand zu schätzen weiß, findet in beiden Handbüchern geeignete Begleiter.

Notarin Anja Kapfer, Hof

Werber: Die Erbengemeinschaft. Nomos, 2006. 158 S., 34 €

Werber legt ihr erstmals aufgelegtes Werk mit der Zielsetzung vor, dem Praktiker zu helfen, vertiefte Kenntnisse im problem- und streitträchtigen Recht der Erbengemeinschaft zu erlangen. Die Autorin kommt selbst aus der Praxis. Sie hat sich – so lässt sich der Rückseite des Buchs entnehmen – in ihrer fast 40-jährigen Richtertätigkeit, zuletzt als Vorsitzende des Erbrechtssenats des OLG Dresden, überwiegend mit dem Erbrecht befasst.

In der notariellen Praxis ist die Erbengemeinschaft zu zwei Zeitpunkten relevant: *Vor* ihrem Entstehen bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen, und *nachdem* sie bereits entstanden ist, bei ihrer (Teil)Auseinandersetzung oder wenn ihre Mitglieder an Verträgen mit Dritten beteiligt sind. Entsprechend ist der Blickwinkel des notariellen Lesers des Werks ein doppelter: Zum einen sucht er nach Erkenntnissen, wie er letztwillige Verfügungen als Grundlage künftiger Erbengemeinschaften (besser) gestalten kann, zum anderen sucht er nach Antworten zu Fragen beim Umgang mit bestehenden Erbengemeinschaften. Obwohl das Werk sichtlich aus dem Blickwinkel desjenigen geschrieben ist, der mit dem bereits abgeschlossenen Sachverhalt (= entstandene Erbengemeinschaft) befasst ist, wie es bei Richtern typischerweise der Fall ist, macht die Autorin immer wieder Gestaltungsvorschläge für den Kautelarjuristen.

Das Werk ist in acht Kapitel untergliedert, nämlich „Die Verwaltung der Erbengemeinschaft“, „Die Auskunftspflicht unter Miterben“, „Die Ausgleichspflicht der gesetzlichen Erben“, „Nachlassauseinandersetzung“, „Die Vermittlung der Auseinandersetzung durch das Nachlassgericht“, „actio pro socio (die Geltendmachung von Nachlassansprüchen)“, „Die Haftung der Erbengemeinschaft“ und „Das Vorkaufsrecht der Miterben“. Entsprechend dem Untertitel des Werkes „Verwaltung–Haftung–Auseinandersetzung“ liegt die Schwerpunktsetzung.

Das Versprechen auf der Rückseite des Buchs „Beispiele und Formulierungsmuster erhöhen den Praxisnutzen“ wird bezüglich der Formulierungsmuster nur durch ein einziges erfüllt. Andere Formulierungsmuster als das für die Fassung des Klageantrags auf Erbteilung (S. 92, 93) konnte ich nicht finden. Beispiele, vor allem aus obergerichtlicher Rechtsprechung, finden sich dagegen zahlreich. Immer wieder untermauert *Werber* inhaltliche Aussagen mit teilweise detailliert wiedergegebenen Gerichtsentscheidungen. Leser, die gerne fallbezogen verstehen, werden dies goutieren. Die vielen Beispiele aus der Rechtsprechung verdeutlichen überdies eindrucksvoll, dass das Recht der Erbengemeinschaft in der Tat problem- und streitträchtig ist.

Die Vorschläge für die Gestaltung letztwilliger Verfügungen, die *Werber* unterbreitet, um Probleme und Streit möglichst erst gar nicht entstehen zu lassen, können bei einem Buch dieses Formats naturgemäß nur eingeschränkter Tiefgang haben. So ist der Hinweis „Denkbar ist die Anordnung einer Bedingung“ bei der Diskussion des Verhältnisses der Verwaltungsanordnung des Erblassers zum Vorausvermächtnis und zur Auflage (S. 38) etwas knapp. Die mit gleicher Zielrichtung getroffene Aussage auf S. 72 im Hinblick auf die Möglichkeit des Erblassers, ein Auseinandersetzungsverbot durchzusetzen, „wirkungsvoll dürfte allein die Einsetzung eines Erben unter der auflösenden Bedingung der Auseinandersetzung

sein“, mag im Hinblick auf den Aspekt der Wirkung richtig sein; ob die Gestaltung ohne weiteres empfehlenswert ist, ist damit aber noch nicht ausgemacht.

Die Lektüre regt dennoch zum Nachdenken über die Gestaltung letztwilliger Verfügungen an. Wenn der Wille des Erblassers entsprechend umsetzbar ist, sollte möglichst der Einsetzung eines Alleinerben und dessen Beschwerung mit Vermächtnissen gegenüber einer Erbengemeinschaft der Vorzug eingeräumt werden. Interessant ist beispielsweise im ersten Kapitel die Diskussion der Frage, ob es bei Verfügungen über Nachlassgegenstände ausnahmslos beim Grundsatz des § 2040 Abs. 1 BGB bleibt, nach dem die Erben nur gemeinschaftlich über Nachlassgegenstände verfügen können. *Werber* ist hier der Ansicht, dass insbesondere bei Notmaßnahmen i. S. d. § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB diese auch dinglich wirksam sein müssen. Es darauf ankommen zu lassen (und so den Grundbuchvollzug von Notverfügungen über Grundbesitz zu versuchen), wird in der notariellen Praxis sicher die Ausnahme bleiben.

Einprägsam sind die Ausführungen zur Ausgleichspflicht der gesetzlichen Erben, die wegen § 2052 BGB übrigens auch testamentarische Erben treffen kann. Die Berechnungsbeispiele zeigen, wie kompliziert diese Materie ist. Der Schwerpunkt des Kapitels „Nachlassauseinandersetzung“ liegt nicht auf dem in der notariellen Praxis häufigen Auseinandersetzungsvertrag, sondern darauf, inwieweit und wann die Erben die Auseinandersetzung verlangen und auf welche Weise sie Ansprüche gerichtlich durchsetzen können. Vor allem der Grundsatz, dass gerichtlich grundsätzlich nur eine Gesamtauseinandersetzung unter Vorlage eines konkreten Teilungsplanes durchgesetzt werden kann, zeigt, wie schwierig und riskant diese Art der Auseinandersetzung ist. Im Kapitel „Das Vorkaufsrecht der Miterben“, stellt man mit Erstaunen fest, dass *Werber* der Ansicht ist, dieses Vorkaufsrecht könne durch eine Vormerkung gesichert werden (S. 145), ist doch ein Erbteil, nicht ein Grundstück, Gegenstand des Vorkaufsrechts.

In formaler Hinsicht fällt auf, dass das Literaturverzeichnis mehrfach nicht mehr aktuelle Auflagen ausweist (z. B. die 20. Auflage des Kersten/Bühling aus dem Jahr 1994, wo doch selbst die 21. Auflage trotz des Ergänzungsbandes nach einer Neuauflage ruft), die Autorin durchgängig § 313 BGB als Formvorschrift zitiert (z. B. S. 26, 86), auf ein „1.“ kein „2.“ folgt oder auf ein a) kein b) (z. B. S. 28, 52, 73, 150), und das Stichwortverzeichnis recht knapp gehalten ist, sucht man doch dort Begriffe wie Nachlassauseinandersetzung, Auseinandersetzung, Erbauseinandersetzung, Teilungsanordnung und sogar den von *Werber* favorisierten Begriff der Auseinandersetzungsanordnung vergeblich. Diese formalen Mängel könnten bei einer weiteren Auflage jedoch ohne weiteres geglättet werden.

Insgesamt richtet sich das Werk wohl eher an den Praktiker, der mit streitenden Mitgliedern bereits entstandener Erbengemeinschaften befasst ist. Für den Gestalter letztwilliger Verfügungen ist das Werk nicht die erste Wahl. Eine Lücke in der Bibliothek des Notars, der sich gegen die Anschaffung des Werks entscheidet, klafft nicht, und dies liegt nicht (nur) daran, dass beim Kapitel „Die Vermittlung der Auseinandersetzung durch das Nachlassgericht“ die aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen bestehende Möglichkeit der Vermittlung durch den Notar unerwähnt bleibt.

Notar *Florian Hagenbucher*, Straubing

Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis. ZAP, 2007. 342 S., 88 € + CD-ROM

Die zu besprechende Veröffentlichung erscheint zu einem Zeitpunkt, in dem die meisten Notare und ihre Mitarbeiter zum elektronischen Handelsregisterverkehr bereits praktische Erfahrungen gesammelt und manche Anfangsschwierigkeiten überwunden haben. Der seit dem 1.1.2007 mit der elektronischen Einreichung verbundene Mehraufwand bei der Datenerfassung dürfte überwiegend bereits zur Routine gehören, ebenso der Umgang mit den in der Praxis häufigsten Anmeldefällen. Viele Kollegen haben jedoch immer noch Mühe, den Einrichtungs- und Pflegeaufwand für die Programme SigNotar, XNotar und EGVP ohne fremde Hilfe zu bewältigen. Es ist ebenfalls oft nicht einfach, mit den regelmäßigen Updates umzugehen, die zum Teil erhebliche, nicht dokumentierte Änderungen mit sich bringen.

Das Werk von *Gassen/Wegerhoff* bietet an dieser Stelle Hilfe und Orientierung, und zwar in mehrere Richtungen. Die Autoren stellen nicht nur die Rechtsgrundlagen und den standespolitischen Werdegang des elektronischen Rechtsverkehrs nochmals eingehend dar, sondern beschreiben auch Sinn und Zweck sowie die praktische Handhabung der von der Bundesnotarkammer entwickelten bzw. mitgestalteten Komponenten einschließlich geplanter oder möglicher Perspektiven. Die Informationen sind aus erster Hand, da beide Autoren während der Entstehung des Werks an vorderster Front aktiv waren: *Gassen* als Geschäftsführer der Notarnet GmbH und *Wegerhoff* als Mitglied der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer. So sind die Programmbeschreibungen trotz der seit Drucklegung vergangenen Zeit praktisch auf aktuellem Stand, da zahlreiche damals geplante und jetzt realisierte Änderun-

gen schon berücksichtigt werden konnten. Dem beschreibenden Teil folgen praktische Übungen, die denjenigen, die eine der von den Notarkammern veranstalteten Schulungen besucht haben, vertraut sind. Wer keine Schulung besuchen konnte, hat so die Möglichkeit, das Programm im Selbststudium nachzuholen. Im Anhang sind weitere nützliche Informationen über technische Hintergründe enthalten, die insbesondere technisch fortgeschrittenen Nutzern bei der Einrichtung und Konfiguration von Programmkomponenten helfen.

Das Buch wird mit einer CD-ROM ausgeliefert, die erforderliche Daten zur Bearbeitung der Übungsfälle, Bildschirmfilme mit praktischen Demonstrationen, eine Vorschriftensammlung im Volltext, verschiedene Software und eine Testversion der „Notarrechtsbibliothek“ enthält. Angesprochen werden somit verschiedene Leserkreise, die das Werk samt CD-ROM mit Gewinn nutzen können. So erhält der Notar, der bei sich und seinen Mitarbeitern Defizite aus der Schulungsphase feststellt, die Möglichkeit, anhand der Übungsfälle losgelöst vom Ernstfall seine praktischen Fertigkeiten und die seiner Mitarbeiter zu kontrollieren und zu erweitern. Der an einer Gesamtdarstellung interessierte Kollege kann das ganze Spektrum von Theorie und Praxis nochmals wohlaufbereitet an sich vorüberziehen lassen. Aber auch der Kollege, der im Prinzip die Technik beherrscht und an standespolitischen Überlegungen weniger interessiert ist, bekommt Hintergrundinformationen, die ihm das Verständnis der derzeit noch im Werden begriffenen Situation erleichtern und ihm einen Ausblick auf die kommenden Entwicklungen ermöglichen. Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass es sich zwar nicht um ein „must have“ für das notarielle Überleben, jedoch um eine durchaus nützliche und spannende Lektüre für den „elektronisch einreichenden Notar“ handelt.

Notarin *Sigrun Erber-Faller*, Memmingen

Tiedtke: Notarkosten im Grundstücksrecht. 2. Aufl., ZAP, 2006. 586 S., 78 €

Nach ca. sechs Jahren liegt nunmehr die zweite Auflage des Werkes „Notarkosten im Grundstücksrecht“ von Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, dem Leiter der Prüfungs- und Ausbildungsabteilung der Notarkasse München A. d. ö. R., vor. Der Umfang hat zur ersten Auflage um ca. 190 Seiten zugenommen. Unverändert ist das Konzept des Werkes, einzelne zusammenhängende Sachgebiete kompakt und abschließend zu behandeln. Erklärtes Ziel des Autors ist es, dem Praktiker mit dem Buch bei der täglichen Bewertungspraxis eine bessere Orientierungshilfe zu geben. Die aktuelle Rechtsprechung wurde bis zum 1.11.2006 berücksichtigt und entsprechend eingearbeitet. Das Werk ist sehr übersichtlich und aufgrund vieler Absätze und Hervorhebungen sehr gut zu lesen.

Der Schwerpunkt liegt in der systematischen Darstellung des Kostenrechts für Grundstücksangelegenheiten. Beginnend mit einer Einführung in das Kostenrecht mit Erläuterungen zum Aufbau und zur Anwendung der KostO und weiteren Grundfragen des Kostenrechts, wird auch ausführlich zu verfahrensrechtlichen Themenbereichen Stellung genommen, wie z. B. zur richtigen Erstellung einer Kostenrechnung (Rdnr. 258), Fälligkeit und Verjährung der Notargebühren (Rdnr. 283) und dem Kostenbeschwerdeverfahren bei Einwendungen gegen eine notarielle Kostenrechnung. Ebenfalls

mit eingearbeitet sind Ausführungen zum brandneuen Thema „Kosten des elektronischen Rechtsverkehrs“ (ab Rdnr. 14).

Der Hauptteil befasst sich ausführlich mit Kostenfragen zu Grundstücksveräußerungsverträgen. Beim Kaufvertrag wird zuerst die Geschäftswertberechnung und deren Ermittlung behandelt. Sodann wird – teils auch mit Beispielen – dargelegt, wann noch vom Verkäufer vorbehaltene Nutzungen (z. B. Nießbrauch, Wohnungsrecht) dem Kaufpreis zuzurechnen sind. Wertvolle Hinweise bietet dieses Kapitel auch für die Wertermittlung des Vertragsgegenstands (Grundstück, Gebäude). Nicht immer werden in der Praxis von den Beteiligten verwertbare Angaben hierzu gemacht. Dieser Teil wurde sehr umfangreich bearbeitet und lässt diesbezüglich keine Wünsche offen. Zum Thema „Bauverpflichtung“ wurde die neueste Entscheidung des BGH berücksichtigt. Dieser ordnet die Eingehung einer Bauverpflichtung immer als vermögensrechtliche Angelegenheit ein, auch wenn der Verkäufer kein wirtschaftliches, sondern nur ein ideelles Interesse an der Erfüllung der Verpflichtung hat. Hier wurden die Streitfragen aus der Vergangenheit aus dem Weg geräumt.

Sehr ausführlich auseinandergesetzt hat sich der Autor mit § 44 KostO und den jüngsten höchstrichterlichen Entscheidungen hierzu (Rdnr. 431 ff.). Der wohl in der Anwendung schwierigste Paragraph der KostO wird gut verständlich in seinen Grundzügen dargestellt und dem Leser nähergebracht. Bereits im Einführungsteil findet man allgemeine Aussagen

zur Systematik des § 44 KostO, zur Einordnung und Unterscheidung von gegenstandsgleichen und gegenstandsverschiedenen Erklärungen sowie zur Gebührenberechnung derselben (Rdnr. 128–156). Als weitere Hilfestellung dienen hierzu auch Übersichten und Bewertungsbeispiele.

In den Rdnr. 499–529 und Rdnr. 530–574 behandelt der Autor die sog. Vollzugsgebühr (§ 146 KostO) sowie die Gebühr für Nebentätigkeiten des Notars (§ 147 KostO). Sehr hilfreich sind hier die einzelnen Übersichten, in denen man sich problemlos zurechtfindet. Die Auffassung der Rechtsprechung und Literatur zu Einzelfragen wird übersichtlich dargestellt unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Bundesländern. Aufgrund einer Divergenzvorlage des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 1.8.2006) wurde dem BGH die Streitfrage vorgelegt, ob für die Einholung einer Löschungsbewilligung (ohne Entwurf) zu einem Grundstückskaufvertrag nun eine Vollzugsgebühr oder eine Nebentätigkeitsgebühr anfällt. Der Autor ist der Ansicht, dass hier keine Vollzugsgebühr anfallen kann, da die Einholung der Löschungsbewilligung nicht zur Durchführung des dinglichen Erfüllungsgeschäfts erforderlich ist, sondern „nur“ die schuldrechtlichen Vereinbarungen der Vertragsteile erfüllt. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Etwaige Folgen der Gegenmeinung sind in den Rdnr. 553–556 erläutert. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, welchem Argument der BGH folgt.

Des Weiteren findet man im Abschnitt „Grundstücksveräußerungsverträge“ u. a. noch etliches zum „Übertragungsvertrag“. Beginnend mit allgemeinen Ausführungen und den wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen widmet sich der Autor sodann der Berechnung bzw. Feststellung des Grundstückswertes. Ausführlich erörtert der Autor die Berechnung des Geschäftswertes einer land- und forstwirtschaftlichen Betriebsübergabe. Abschließend findet man unter der Rdnr. 849 ein Bewertungsbeispiel einer landwirtschaftlichen Betriebsübergabe mit Anmerkungen hierzu.

Der Abschnitt C widmet sich den Grundpfandrechten. Wie vom Autor dargestellt sind Grundschuldbestellungen im Notariat Praxisalltag, die Bewertung von solchen jedoch nicht immer unproblematisch. Erwähnt sei hier die Grundschuldbestellung ohne außergrundbuchlichen Erklärungen sowie ohne Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen gemäß § 800 ZPO, also nur Unterschriftsbeglaubigungen mit oder ohne Entwurf. Problematisch ist hier die Vornahme von Ergänzun-

gen am Grundschuldbestellungsformular. Insoweit kommt es auf den Umfang der Veränderung an. Bei unerheblichen Ergänzungen bleibt es beim § 45 KostO, bei erheblichen Ergänzungen ist die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO einschlägig. Die Detailunterschiede hat der Autor ordentlich herausgearbeitet. In den Rdnr. 916–962 durchleuchtet er die Bewertung von Grundschuldbestellungen mit Rangbeschaffungserklärungen, Vollzugstätigkeiten und Nebengeschäften, u. a. die Anwendung des § 44 Abs. 3 KostO, wenn Rangrücktrittserklärungen in einer Urkunde mit der Grundschuldbestellung beurkundet werden. Hier wird präzise dargestellt, wie Rangrücktrittserklärungen kostenrechtlich zu behandeln sind (Rdnr. 920–924). Da der Notar bei Vorhandensein mehrerer gleich sicherer Wege den wählen muss, welcher die geringsten Kosten verursacht, sind grundsätzlich Rangrücktrittserklärungen von z. B. Leibgedings-, Wohn- oder Reallastberechtigten in die Haupturkunde aufzunehmen und nicht zusätzlich zu bewerten, da die Rangänderungserklärung gegenstandsgleich zum Hauptgeschäft (Grundschuldbestellung) ist. Wann ausnahmsweise eine Rangänderungserklärung doch zu bewerten ist, ist in den Rdnr. 923 und 924 zu lesen.

Des Weiteren werden vom „Tiedtke“ die Bereiche Erbbaurecht, Wohnungs- und Teileigentum, Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht, die Bewertung von Verträgen, die die Bestellung von Rechten an Grundstücken zum Inhalt haben (z. B. Vorkaufsrecht, Ankaufsrecht, Dienstbarkeiten), Bauherrenmodelle und auch Ehevertrags- und Gesellschaftsverträge mit Grundstücksbezug ausführlich behandelt. Im Abschnitt 2 findet man ein umfangreiches Rechtsprechungslexikon, in dem die wichtigsten Entscheidungen in alphabetischer Reihenfolge dargestellt sind, sowie als Anhang eine Gehührentabelle bis zu einem Geschäftswert von zehn Millionen Euro.

Dem Verfasser ist es gelungen, dem Praktiker die „Notarkosten im Grundstücksrecht“ praxisnah und verständlich darzulegen. Die Anschaffung dieses Buches kann jedem Kostenrechtler für die tägliche Arbeit im Notariat auch neben dem altbewährten „Streifzug“ empfohlen werden. Wegen der anstehenden Reform des Kostenrechts, welche wohl frühestens für 2008 zu erwarten ist, wird vermutlich auf die dritte Auflage dieses Buches weit weniger lang als auf diese zu warten sein.

Inspektor i. N. Tobias Langbauer,
Hauzenberg-Wegscheid

Boruttau: Grunderwerbsteuergesetz. 16. Aufl., Beck, 2007. 1 351 S., 105 €

Die Grunderwerbsteuer dürfte diejenige Steuerart sein, die noch vor der Erbschaft- und Schenkungsteuer spontanen und oftmals nicht anderweit abgedeckten Beratungsbedarf in der notariellen Praxis auslöst. Natürlich gehört auch die Grunderwerbsteuerliche Beratung nicht zu den Amtspflichten des Notars. Allerdings lassen sich in diesem Bereich viele Probleme gleich beim ersten Zugriff schnell lösen, so dass sich hier leicht ein Mehrwert beim Klienten erzeugen lässt. Wer allerdings in seiner Bibliothek nichts Entsprechendes zum ersten Zugreifen hat, geht ein hohes Risiko ein, wenn er im Vertrauen auf seine juristischen Fähigkeiten und Fertigkeiten „vom Blatt“, vulgo: vom Gesetzestext her zur Grunderwerb-

steuer berät. Wer einmal die Abs. 2 a und 3 des § 1 GrEStG gelesen hat, weiß warum. Hinzu kommt, dass zur Grunderwerbsteuer „nur“ drei spezialisierte Kommentare auf dem Markt gegeneinander antreten. Neben dem hier zu besprechenden Werk handelt es sich dabei um die Kommentare von *Pahlke/Franz* (3. Aufl. 2005, vgl. hierzu die Besprechung von *Kessler*, MittBayNot 2006, 315) und von *Hofmann/Hofmann* (8. Aufl. 2004). Eine persönliche Statistik bei mir ergibt, dass eigentlich nur das zuerst genannte Buch, ebenfalls ein Produkt aus dem Hause C. H. Beck, ein Konkurrent zum *Boruttau* ist, bei entsprechender Kostenstruktur im Amt vielleicht sogar die Alternative. Beide Werke weisen eine vergleichbare Fülle von Hilfsmaterialien und jeweils einen Kommentator aus den Reihen des zuständigen BFH-Senats auf. Bedauerlich ist nur, dass die Neuauflagen stets jeweils lange auf sich warten lassen.

Die Voraufgabe des *Boruttau* ist in dieser Zeitschrift bereits ausführlich gewürdigt worden (*Gottwald*, MittBayNot 2002, 272). Die dort vom Rezensenten zur Struktur des Werkes angemerkt Punkte gelten nach wie vor. Der Normgehalt jedes Paragraphen wird geradezu lehrbuchartig entfaltet, auch – noch – nicht gerichtlich entschiedene Spezialprobleme werden erörtert. Der Nachteil ist, dass man sich oftmals durch lange, teilweise auch unübersichtliche Textpassagen hindurchkämpfen muss. Der *Pahlke/Franz* erleichtert demgegenüber dem in der Beratungspraxis Tätigen die Arbeit erheblich, indem er regelmäßig „Fallgruppen-ABC“ bringt oder Norminterpolationen, eine im Grunderwerbsteuerrecht besonders häufig angewendete Methode, zusammenfassend darstellt. Hier erfordert der *Boruttau* nach wie vor erheblich mehr Eigeninitiative und einen langen Atem. Unter rein materielljuristischen Gesichtspunkten ist dies natürlich kein Kriterium. Was diese angeht, möchte ich partes pro toto auf folgende Kommentierungen zu neueren Entwicklungen im Grunderwerbsteuerrecht eingehen:

Eingearbeitet sind selbstverständlich die Auswirkungen des geänderten Umsatzsteuersystems im Immobilienbereich auf die Grunderwerbsteuer, ebenso die aktuelle BFH-Rechtsprechung zum Einfluss der Grunderwerbsteuer auf die Höhe des umsatzsteuerlichen Entgelts (§ 9 Rdnr. 281 ff.). Zugleich liegt hierin ein Musterbeispiel für die erwähnte „Praktikerunfreundlichkeit“: Die Passagen sind sehr unübersichtlich gestaltet, wobei das Sachwortregister gar nicht einmal auf diese verweist, sondern auf Spezialprobleme des einheitlichen Vertragswerks und auf die allgemeine (allerdings höchst lesenswerte) Darstellung in den Vorbemerkungen zum Verhältnis der beiden Steuerarten zueinander. Die Kreativität des Benutzers ist gefordert.

Die unentgeltliche Übertragung von Grundstücken zwischen öffentlich-rechtlichen bzw. gemeinnützigen Körperschaften wird bei § 3 Nr. 2 neu und ausführlich kommentiert (Rdnr. 218). Die zu dieser Norm in Rdnr. 91 a vertretene Auffassung von *Sack* betreffend die unentgeltliche Übertragung von Personengesellschaftsbeteiligungen i. V. mit § 1 Abs. 2 a GrEStG (Unanwendbarkeit) hat der BFH allerdings u. a. mit Urteil vom 12.10.2006 (II R 79/05, ZEV 2007, 140) anders entschieden.

Völlig neu – und deswegen erstmals kommentiert – ist die Steuerbefreiung für Grundstückserwerbe im Rahmen von „Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP)“ in § 4 Nr. 9. Es gibt also tatsächlich auch eine deutsche Bezeichnung für diese Handlungsform der Verwaltung ...

Die Behandlung grunderwerbsteuerlicher „Bagatellfälle“ (§ 3 Nr. 1 GrEStG, Freigrenze von 2.500 €) bei mehreren Veräußerern und Erwerbern hat sich nach Erscheinen der Voraufgabe mit neuer Erlasslage der Finanzverwaltung ganz entscheidend geändert (vgl. gleichlautende Ministerialschreiben der Länder, etwa das des BayStMinFin vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322 mit Ergänzung zur Gütergemeinschaft vom 15.11.2002, MittBayNot 2003, 244). Es kommt nun allein auf die Zahl der Erwerber an, nicht auch darauf, dass

bei mehreren Veräußerern jeder seinen Anteil – grunderwerbsteuerlich ein eigenes Grundstück! – aufgibt. Für die Praxis kann dies im Kleinen ärgerliche Auswirkungen haben und fordert zu gekünstelter Vertragsgestaltung heraus; ich halte diese geänderte Sichtweise auch inhaltlich für nicht überzeugend (*Everts*, MittBayNot 2003, 204). Enttäuschend ist allerdings, dass diese neue Erlasslage von *Sack* in der an sich und seit jeher ausführlichen Kommentierung des Erwerbs von Miteigentumsanteilen (§ 3 Rdnr. 81 f.) nur in zwei Fundstellen angedeutet wird, davon einmal mit lapidarem „a. A.“. Dem Praktiker ist damit nicht geholfen; hinzu kommt, dass der Autor selbst (m. E. erst recht zu Unrecht) noch zwischen den Fällen „Mehrere Veräußerer – ein Erwerber“ und „Mehrere Veräußerer – mehrere Erwerber“ unterscheidet.

Ein Kaufrechtsvermächtnis, also das letztwillig verfügte Recht, ein bestimmtes Nachlassgrundstück von dem Erben zu einem bestimmten Preis zu erwerben, soll nach wie vor wegen § 3 Nr. 2 GrEStG grunderwerbsteuerfrei sein, jedenfalls dann, wenn – wie regelmäßig – der Verkehrswert höher liegt (§ 3 Rdnr. 132 f.). Dies halte ich zwar persönlich nicht für richtig, da in Erfüllung des Kaufrechtsvermächtnisses schließlich ein gesonderter (Kauf-)Vertrag abgeschlossen werden muss – erbschaftsteuerbar kann also m. E. nur die Differenz zum eigentlichen Verkehrswert sein. Die wohl noch herrschende Meinung sieht dies anders – und steht damit auch im Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechung des BFH zu Grundstückserwerben aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (MittBayNot 2003, 73), mit der sich der Kommentator an dieser Stelle aber nicht auseinandersetzt. Die anerkannte Rechtslage ist aber natürlich für den Steuerbürger günstig, so dass Kaufrechtsvermächtnisse nach wie vor als erbschaftsteuerliches Gestaltungsmittel empfohlen werden können. Dies vielleicht umso mehr, als man damit auch dem mittlerweile berühmten *obiter dictum* des BFH zur Bewertung von Grundstückssachvermächtnissen (DStR 2004, 1868, 1869) ein Schnippchen schlagen kann.

Bewegung ist seit der Voraufgabe auch in den § 16 GrEStG gekommen (Probleme im Zusammenhang mit dem Austausch von Erwerbspersonen; Folgen der Verletzung von Anzeigepflichten), die Neuaufgabe liefert eine zuverlässige Aufbereitung.

Fazit: Für den schnellen ersten Zugriff im Grunderwerbsteuerrecht sollte man sich nach meiner persönlichen Empfehlung zunächst und vor allem den – auch preisgünstigeren – Kommentar von *Pahlke/Franz* anschaffen, zumal auch dieser noch aktuell ist. Für Spezialprobleme, insbesondere noch nicht entschiedene, sowie für tiefer gehende Darstellungen ist aber der *Boruttau* die richtige Wahl. Wer ferner bedenkt, dass traditionell eher der *Boruttau* auf den Tischen der Sachbearbeiter in den Grunderwerbsteuerstellen steht, gleich dem Werk von *Schöner/Stöber* in den Grundbuchämtern, sollte die Anschaffung auch dieses Werks trotz des hohen Preises keinesfalls scheuen. Die Klienten werden es ihrem Notar danken.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1; BGB §§ 305 Nr. 5 b, 305 c Abs. 2, 307 Abs. 1 (*Aufzahlungsklausel im Einheimischenmodell zulässig*)

Im sog. Einheimischenmodell, bei dem Einheimische von der Stadt Grundstücke zu einem vergünstigten Preis erwerben, sind Klauseln zulässig, die für den Fall eines vorzeitigen Weiterverkaufs des Grundstücks eine Nachzahlung des Unterschiedsbetrages zwischen dem verbilligten Ankaufspreis und dem Verkehrswert vorsehen. Hierbei ist es unerheblich, ob der Erwerber das Grundstück mit Gewinn oder Verlust verkauft. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06

Mit notariellem Vertrag vom 24.3.1997 kauften die Beklagten von der Klägerin zwei gleiche Miteigentumsanteile an einem Grundstück, das nach dem Vertrag mit zwei Doppelhaushälften in der Form von Wohnungseigentum bebaut und entsprechend aufgeteilt werden sollte. In dem Vertrag hieß es unter anderem:

„a) Der heutige Verkehrswert des Kaufgrundstücks beträgt auf dem freien Markt 355 DM/m². Die Stadt I. veräußert das Kaufgrundstück verbilligt, um einheimischen Bürgern den Bau eines Eigenheims zu ermöglichen. Für den Fall, dass der Käufer ohne vorherige schriftliche Genehmigung der Stadt I. das Kaufobjekt innerhalb von zehn Jahren ab heute ganz oder teilweise veräußert (als Veräußerung gilt bereits der Abschluss des entsprechenden schuldrechtlichen Vertrags), kann die Stadt I. ... vom Käufer für jeden Quadratmeter der vom Käufer veräußerten Grundstücksfläche die Zahlung eines Differenzbetrags zwischen dem heutigen Verkehrswert des Kaufgrundstücks und dem oben unter § 2 Ziff. 1 a) vereinbarten Kaufpreis, also 50 DM/m², verlangen.“

b) Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wird durch die Vereinbarung nach vorst. lit. a) nicht berührt. Der nach lit. a) zu zahlende Betrag wird auf etwaige Schadensersatzansprüche der Stadt I. im ... angerechnet ...“

Die Beklagten errichteten ihre Doppelhaushälfte, als deren Eigentümer zu je 1/2 Anteil sie nach Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum am 30.6.2004 eingetragen wurden. Am 28.5.2004 verkauften sie die Doppelhaushälfte an ein ebenfalls in I. ansässiges Ehepaar zur Eigennutzung, ohne die Genehmigung der Klägerin einzuholen. Daraufhin verlangte diese von den Beklagten die Zahlung eines Anteils von 10.699 € des rechnerischen Differenzbetrags von 11.768,66 € unter ausdrücklichem Vorbehalt der Nachforderung. Dies lehnen die Beklagten ab, weil sie die vorbezeichnete Vertragsklausel für unwirksam halten. Mit einer im Berufungsrechtszug erhobenen Widerklage verlangen sie die Feststellung, dass der Klägerin Ansprüche aus der Vertragsklausel auch im Übrigen nicht zustehen.

Das LG hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen und auf die Widerklage festgestellt, dass der Klägerin über den geltend gemachten Betrag hinaus auch keine weiteren Ansprüche zustehen. Dagegen richtet sich die von dem OLG zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die Nachzahlungsklausel für unwirksam. Der BGH habe eine vergleichbare Klausel in einem Einheimischenmodell zwar an § 11 Abs. 2 BauGB gemessen und für wirksam gehalten (DNotZ 2003, 341). Offen gelassen habe er aber die Frage, ob das auch für Verträge in Einheimi-

schenmodellen gelte, die, wie hier, nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABIEG Nr. L 95, S. 29 – fortan Klauselrichtlinie) geschlossen worden seien. Diese Frage sei zu verneinen. Solche Verträge unterlägen den Bestimmungen des AGBG (jetzt §§ 305 bis 310 BGB). Danach sei die Klausel unwirksam, weil sie eine unzulässige Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen enthalte. Die Klausel erlaube es den Erwerbern auch nicht, einen Verkaufsverlust schadensmindernd geltend zu machen. Das gebe der Klausel einen AGB-rechtlich nicht hinzunehmenden Strafcharakter. Die Klausel berücksichtige auch nicht, dass der Förderungszweck bei einem vorzeitigen Verkauf an Einheimische faktisch gewahrt werde. Unangemessen benachteiligt würden die Erwerber auch durch die Kumulation von Widerkaufsrecht und Nachforderungsanspruch.

II.

Das hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Der geltend gemachte Nachzahlungsanspruch der Klägerin folgt aus § 4 lit. a) des Kaufvertrags. Danach haben die Beklagten den ihnen eingeräumten Preisnachlass zu erstatten, soweit sie das ihnen verkaufte Grundstück vor Ablauf von zehn Jahren ohne schriftliche Zustimmung der Klägerin weiterverkaufen. Das ist hier geschehen.

2. § 4 lit. a) des Vertrags hält auch einer Inhaltskontrolle stand.

a) Als Maßstab für eine solche Inhaltskontrolle kommt einerseits § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB in Betracht, der ohne inhaltliche Änderung an die Stelle des hier zunächst anwendbaren § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG (i. d. F. d. Bek. vom 28.4.1993, BGBl I, S. 622) getreten ist. Der Vertrag der Parteien diene nämlich der Durchführung eines Einheimischenmodells und war damit ein städtebaulicher Vertrag im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB. § 4 dieses Vertrags stammt andererseits nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aus einem Vertragsmuster der Klägerin, das diese in der Vergangenheit mehrfach verwandt und auch für die weitere Verwendung in vergleichbaren Fällen vorgesehen hat. Die Klausel ist deshalb eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 AGBG (§ 305 BGB) und kann infolgedessen auch einer Inhaltskontrolle nach diesem Gesetz unterliegen. Verträge in Einheimischenmodellen, die vor dem Ablauf der Frist zur Umsetzung der Klauselrichtlinie am 31.12.1994 geschlossen worden sind, hat der Senat nur an dem Maßstab des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB gemessen. Ob das auch für Verträge gilt, die, wie der Vertrag der Parteien, nach diesem Zeitpunkt geschlossen worden sind, hat er dagegen, wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht, offen gelassen. Diese Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung. Die Klausel hält einer Überprüfung nach beiden Maßstäben stand.

b) Sie genügt den Anforderungen an eine angemessene Vertragsgestaltung.

aa) Das hat der Senat für eine Klausel in einem Einheimischenmodell, die den Erwerber bei vorzeitiger Weiterveräußerung zur Nachzahlung des Unterschiedsbetrags zwischen Ankaufspreis und Bodenwertanteil des Verkaufserlöses ver-

pflichtete, bereits entschieden (BGHZ 153, 93, 103 f. = DNotZ 2003, 341). Die hier zu beurteilende Klausel verpflichtet zwar nicht zur Abführung von Teilen des späteren Verkaufserlöses, sondern zur Erstattung des bei Vertragschluss gewährten Preisnachlasses im Umfang des vorzeitigen Weiterverkaufs. Das ändert indessen an der Beurteilung der Klausel nichts.

bb) Die Verbilligung konnte den Beklagten wegen der haushaltsrechtlichen Bindungen der Klägerin nur zu einem gesetzlichen Förderungszweck, hier der in § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB eröffneten Einheimischenförderung, und dazu auch nur eingeräumt werden, wenn die Erreichung dieses Förderungszwecks durch entsprechende Vertragsbedingungen abgesichert war (vgl. BGHZ 153, 93, 104 = DNotZ 2003, 341). Dieser Zweck besteht nach § 3 Abs. 2 des Vertrags darin, die Beklagten zu dem Bau eines Eigenheims zu veranlassen, das innerhalb der Wartefrist ihnen selbst oder in dem Gebiet der Klägerin ansässigen Bürgern, in dort ansässigen Betrieben Beschäftigten oder Studenten der dortigen Akademie als (Miet-)Wohnraum zur Verfügung steht. Zur Absicherung des Förderungszwecks hatte die Klägerin zwar nach § 3 Abs. 3 des Vertrags ein Wiederkaufsrecht, das entgegen der Darstellung der Klägerin auch bei Verstoß gegen die Wartefrist eingreift. Dieses dient aber in erster Linie der Absicherung der Bauverpflichtung. Es kann nicht wirtschaftlich sinnvoll zur Sicherung des zweiten Teils der Verpflichtung der Beklagten eingesetzt werden, das errichtete Wohnhaus innerhalb der Wartefrist als Eigenheim zu nutzen oder Bürgern von I. und den ihnen Gleichgestellten als Mietwohnraum zur Verfügung zu stellen. Als Wiederkaufspreis müsste die Klägerin nämlich nach § 3 Abs. 4 des Vertrags neben dem erhaltenen Kaufpreis für das Grundstück auch geleistete Zahlungen für Erschließungsmaßnahmen und den Wert des errichteten Eigenheims bereitstellen. Sie müsste also die Sicherung der bereits gewährten Förderung durch zusätzliche Mittel absichern. Das ist haushaltsrechtlich nicht darzustellen und scheidet als Alternative aus. Als Mittel, Verstöße gegen die Wartefrist zu verhindern, kommt deshalb in der hier vorliegenden Fallgestaltung praktisch nur die Nachforderung des Preisnachlasses in Frage. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, wenn sich die Klägerin als Alternative die Nachforderung des nachgelassenen Anteils des Kaufpreises vorbehielt. Der mögliche Umfang dieser Nachforderung war auf den eingeräumten Preisvorteil begrenzt. Die vorgesehene Wartefrist hält sich mit zehn Jahren auch in den Grenzen, die das Gebot einer angemessenen Vertragsgestaltung der Bindung von Erwerbern in Einheimischenmodellen nach der Rechtsprechung des Senats setzt.

c) Nichts anderes ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, wenn man die Klausel am Maßstab des AGBG (jetzt §§ 305 bis 310 BGB) misst.

aa) Die Klausel stellt keine nach § 11 Nr. 5 lit. b) AGBG [jetzt § 309 Nr. 5 lit. b) BGB] unzulässige Schadenspauschalierung dar. Die Klägerin konnte zwar durch die vorzeitige ungenehmigte Weiterveräußerung einen Schaden erleiden, der sich auch in einem entgangenen Veräußerungserlös darstellen kann. Etwaige Ansprüche werden in § 4 des Vertrags aber gerade nicht geregelt. Die Klausel beschränkt sich vielmehr darauf, der Klägerin solche Ansprüche vorzubehalten und zugunsten der Beklagten die Anrechnung der Nachzahlung auf einen Schadensersatzanspruch vorzusehen. § 4 lit. a) bezieht sich auch inhaltlich nicht auf einen Schadensersatzanspruch, sondern auf die Regelung über den Kaufpreis. Dieser enthielt einen Preisnachlass um 50 DM/m², der den Beklagten schon aus den erwähnten haushaltsrechtlichen Gründen endgültig nur verbleiben durfte, wenn sie die Verwendungsbeschränkungen

während der Wartefrist einhielten. Als Folge wird auch nicht ein Anspruch auf Schadensersatz oder seine Pauschalierung, sondern die Verpflichtung zur Nachzahlung des gewährten Preisnachlasses vorgesehen. Etwas anderes lässt sich auch aus der Formulierung, dass die Klägerin eine Nachzahlung „verlangen kann“, nicht ableiten. Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt bei der Beschreibung von Ansprüchen keinem einheitlichen Sprachgebrauch und verwendet eine solche Formulierung auch für Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche (vgl. §§ 437, 634, 651 c Abs. 2 BGB).

bb) Eine nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 BGB) unzulässige unangemessene Benachteiligung der Beklagten als Erwerber bewirkt die Klausel schon deshalb nicht, weil die Parteien den Kaufpreis in § 2 des Vertrags nur vorläufig festgelegt haben und die Nachzahlungspflicht seiner endgültigen Festlegung dient (BGHZ 153, 93, 104 = DNotZ 2003, 341). Zum selben Ergebnis gelangte man, wenn man in dem Nachzahlungsanspruch ein Recht der Klägerin sähe, neben einem verbindlich festgeschriebenen Kaufpreis ein zusätzliches Entgelt zu verlangen. Mit einem solchen Inhalt wäre die Klausel nur zu beanstanden, wenn sie dem Transparenzgebot nicht Rechnung trüge, nicht an schwerwiegende Änderungsgründe anknüpfte oder in ihren Voraussetzungen und Folgen die Interessen des Vertragspartners nicht angemessen berücksichtigte (BGH DNotZ 2004, 457; JurBüro 2006, 663). Ein solcher Mangel liegt aber erkennbar nicht vor. Die Klausel legt eindeutig fest, wie hoch die Nachzahlung ist und wann sie geschuldet ist. Sie trägt den Interessen der Beklagten angemessenen Rechnung, weil sie ihnen einen verbilligten Ankauf ermöglicht, auf den sie keinen Anspruch haben (BGH JurBüro 2006, 663). Sie dient dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des hier verfolgten städtebaulichen Gestaltungsziels. Die Bindungsdauer von zehn Jahren ist AGB-rechtlich nicht zu beanstanden. Denn auch bei Anlegung dieses Maßstabs ist zu berücksichtigen, dass Verträge in Einheimischenmodellen städtebaulichen Zielen verpflichtet sind und eine Bindung der Erwerber in dem durch die Bindungsdauer von Bebauungsplänen vorgegebenen Rahmen (vgl. dazu BGHZ 153, 93, 105 = DNotZ 2003, 341) möglich sein muss.

cc) An dieser Bewertung ändert es nichts, dass die Nachzahlungspflicht auch greift, wenn die Beklagten, wie hier, bei dem vorzeitigen Weiterverkauf einen Mindererlös erzielen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts folgt aus dieser vermeintlichen Einseitigkeit zwar, dass die Klausel einen mit den Anforderungen des § 9 Abs. 1 AGBG nicht mehr zu vereinbarenden Strafcharakter hat. Dabei geht das Berufungsgericht indessen davon aus, dass die Klausel eine Abschöpfung des Veräußerungsgewinns bezweckt oder bewirkt. Das ist, anders als in dem in BGHZ 153, 93 zu beurteilenden Sachverhalt, hier aber gerade nicht der Fall. Die Klausel sieht keine Abschöpfung des Veräußerungsgewinns vor, sondern nur, dass die Beklagten bei einem Verstoß gegen die Wartefrist den vorläufig eingeräumten Preisnachlass von 50 DM/m² wieder verlieren. Sie bewirkt eine solche Abschöpfung auch nicht. Ein etwaiger Veräußerungsgewinn bliebe den Beklagten nämlich ungeschmälert erhalten. Dem entspricht es, dass sie auch das Risiko eines Veräußerungsverlustes tragen. Dieses Risiko hätten die Beklagten zudem, wie jeder Erwerber eines Grundstücks, auch dann zu tragen gehabt, wenn ihnen von vornherein kein Preisnachlass eingeräumt worden wäre und sie das Grundstück zum damaligen Verkehrswert erworben hätten. Einen Anspruch darauf, dass ihnen die Klägerin dieses Risiko teilweise abnahm, hatten sie nicht. Eine solche Entlastung der Beklagten war der Klägerin auch nicht möglich, weil sie außerhalb des mit einem Einheimischenmodell verfolgten Subventionszwecks liegt.

dd) Unerheblich ist ferner, dass die Klausel auch bei einem vorzeitigen Weiterverkauf an einheimische Erwerber gilt. In einem solchen Fall könnte zwar der Förderungszweck trotz der vorzeitigen Veräußerung erreicht werden. § 4 des Vertrags schließt aber einen – nachzahlungsfreien – Eintritt solcher Erwerber in die Wartefrist der Ersterwerber nicht aus. Er verlangt nur, dass die Beklagten vor einer Weiterveräußerung die Zustimmung der Klägerin einholen. Dieses Zustimmungserfordernis ist nicht zu beanstanden, weil die Klägerin die Möglichkeit haben muss zu prüfen, ob der Förderungszweck anderweitig erreicht wird und dies auch hinreichend vertraglich abgesichert ist. Unter welchen Voraussetzungen die Klägerin eine Zustimmung erteilen kann oder muss, wird in § 4 des Vertrags nicht geregelt. Dies ist auch nicht geboten, weil die Klägerin, wie noch auszuführen ist, bei der Geltendmachung ihrer vertraglichen Rechte im Hinblick auf den verfolgten öffentlichen Zweck einer besonderen Ausübungskontrolle unterliegt.

ee) Eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten lässt sich schließlich nicht aus einer Kumulation von Wiederkaufsrecht und Nachforderungsanspruch ableiten. Das Wiederkaufsrecht sichert zwar, wie ausgeführt, nicht nur die Bauverpflichtung, sondern auch die Wartefrist. In dem Vertrag ist das Verhältnis des Wiederkaufsrechts nach § 3 zu dem Nachforderungsrecht nach § 4 auch nicht näher geregelt. Das führt aber nur dann zur Anwendung der Unklarheitenregel des § 5 AGBG (heute § 305 c Abs. 2 BGB) und zu der für die Klägerin als Verwenderin ungünstigsten Auslegung, wenn eine objektive Auslegung der Klausel kein eindeutiges Ergebnis hat (BGH, NJW 2002, 3232, 3233; *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 c BGB Rdnr. 85). Das hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Eine objektive Auslegung der Klausel, die der Senat vornehmen kann, ergibt, dass das Wiederkaufsrecht nicht neben dem Nachforderungsanspruch geltend gemacht werden kann. Beide Rechte schließen sich begrifflich und inhaltlich aus. Mit dem Wiederkaufsrecht kann die Klägerin den geschlossenen Kaufvertrag im wirtschaftlichen Ergebnis wieder rückgängig machen, wohingegen der Nachforderungsanspruch ein Festhalten an dem Vertrag voraussetzt. Aus dem von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführten Urteil des Senats vom 14.1.2000 (DNotZ 2000, 457) ergibt sich nichts anderes. Darin hat der Senat zwar von einem Nebeneinander von Kauf und Wiederkauf gesprochen. Er hat aber ausdrücklich hinzugefügt, dass der Wiederkauf der Geltendmachung der Rechte aus dem ursprünglichen Kauf entgegensteht und der Rückgriff auf diese Rechte erst (wieder) möglich ist, wenn das Wiederkaufverhältnis beendet ist. Deshalb könnte die Klägerin den Nachforderungsanspruch nur anstelle des Wiederkaufsrechts oder nach Scheitern eines Wiederkaufvertrags, nicht aber neben ihren Ansprüchen aus dem Wiederkaufvertrag geltend machen. Nur das entspricht auch dem Zweck der Nachforderungsklausel in § 4 des Vertrags. Sie soll der Klägerin eine Alternative zur Durchsetzung der Wartefrist in den Fällen verschaffen, in denen sie das Wiederkaufsrecht nicht sinnvoll einsetzen kann.

3. Die Geltendmachung des Nachzahlungsanspruchs durch die Klägerin ist auch ermessensfehlerfrei.

a) Die Klägerin ist bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche aus § 4 des Vertrags nicht frei. Sie hat mit diesem Vertrag ein Einheimischenmodell verwirklicht und damit eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Dabei unterliegt sie ungeachtet des privatrechtlichen Charakters des Vertrags weitergehenden Bindungen. Sie muss nicht nur die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, sondern auch das Über-

maßverbot einhalten (BGHZ 93, 372, 381; 153, 93, 106 = DNotZ 2003, 341; DNotZ 2006, 910). Dagegen hat sie nicht verstoßen.

b) Die Beklagten haben ihre Doppelhaushälfte deutlich vor Ablauf der Wartefrist verkauft. Sie haben die Klägerin um ein Abstandnehmen von der Nachforderung gebeten, weil sie einen Mindererlös erzielt haben wollen. Das rechtfertigt aber ein Absehen von der Nachforderung nicht. Der Nachzahlungsbetrag von insgesamt 11.768 € macht etwas mehr als 5 % des erzielten Weiterverkaufspreises aus und überfordert die Beklagten, die das Haus zudem nicht selbst genutzt, sondern vermietet haben, der Höhe nach nicht. Auf diese Nachzahlungsverpflichtung konnten sich die Beklagten auch einstellen, da sie sich nach Grund und Höhe unmittelbar und zweifelsfrei aus dem Kaufvertrag ergab. Die Beklagten hätten sie auch bei ihren Verkaufsüberlegungen berücksichtigen können, wenn sie das im Kaufvertrag vorgesehene Verfahren eingehalten und die Beklagten vor dem Verkauf um Genehmigung gebeten hätten.

c) Einer Geltendmachung des Nachzahlungsanspruchs steht schließlich nicht entgegen, dass die Beklagten die Doppelhaushälfte an eine Familie aus dem Gebiet der Klägerin verkauft haben. Zwar würde der Förderungszweck erreicht, wenn diese Familie bis zum Ablauf der Wartefrist am 24.3.2007 in dem Objekt bliebe. Das müsste die Klägerin bei ihrer Entscheidung, den Anspruch geltend zu machen, auch berücksichtigen (vgl. BGH DNotZ 2006, 910). Voraussetzung hierfür wäre aber, wie bei dem in § 4 lit. b) Abs. 2 des Vertrags geregelten Fall des vorzeitigen Verkaufs an Angehörige, dass die Erwerber die Verpflichtungen der Beklagten übernommen hätten, um der Klägerin eine weitere Durchsetzung des Förderungszwecks zu ermöglichen. Daran fehlt es. Ohne eine gleichwertige Sicherung gegenüber den Erwerbern musste die Klägerin bei pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens aber nicht von der Geltendmachung ihres Nachzahlungsanspruchs absehen.

Anmerkung:

1. Richterliche Inhaltskontrolle städtebaulicher Verträge

Land- und Oberlandesgerichte haben mit der Spezialmaterie der städtebaulichen Verträge weiterhin Probleme.¹ Auch das nunmehr vom BGH aufgehobene Urteil des OLG Stuttgart vom 18.1.2006² gehört zu dieser Kategorie. Während die Instanzgerichte allzu schnell die Flucht in die Generalklauseln antreten und mit allgemeinen Billigkeitserwägungen argumentieren, nimmt der BGH eine saubere dogmatische Prüfung vor. Dies gibt sowohl dem gestaltenden Juristen als auch den Beteiligten Rechtssicherheit. Die Prüfung erfolgt hierbei – ebenso wie bei Eheverträgen – zweistufig, nämlich zunächst im Wege der Inhalts- und sodann im Wege der Ausübungskontrolle.

2. Wiederkaufsrecht und Erlösbeteiligung

Einheimischenmodelle unterliegen trotz ihrer privatrechtlichen Einordnung³ zahlreichen öffentlich-rechtlichen Bin-

¹ Vgl. OLG München, IBR 2006, 231; OLG München, IBR-online 2006, 2553; LG München I, MittBayNot 2005, 178 und OLG Karlsruhe, DNotZ 2006, 511.

² 3 U 150/05, IBR 2006, 300.

³ Vgl. BVerwG, DNotZ 1994, 63 m. Anm. *Grziwotz*; BGH, DNotZ 1999, 398 m. Anm. *Busse* u. BGH, DNotZ 2003, 341 = ZfIR 2003, 205.

dungen,⁴ die sich teilweise aus § 11 Abs. 2 BauGB sowie teilweise aus den Bindungen des Zivilrechts ergeben. Der BGH muss die von ihm bereits im Urteil vom 29.11.2002⁵ offen gelassene Frage, ob die Verbraucherschutzrichtlinie auf nach dem 1.1.1995 abgeschlossene Verträge anwendbar ist, die vom OLG Stuttgart bejaht wurde,⁶ weiterhin nicht beantworten.

Entgegen einer Entscheidung des OLG München⁷ geht der BGH nicht von einem Ergebnisgleichlauf von Wiederkaufsrecht und Nachforderung aus. Das Wiederkaufsrecht spielt nämlich in der Praxis regelmäßig nur eine Rolle bei unbebauten Grundstücken und höchstens noch bei steckengebliebenen, weitgehend wertlosen Bauvorhaben (z. B. Beginn der Bauausführung durch Abschieben des Mutterbodens). Sind bereits wirtschaftliche Werte geschaffen, kommt dagegen nur noch die „Auf-“ bzw. „Nachzahlung“ in Betracht. An die Stelle der Rückgewähr des Grundstücks tritt diejenige der Subvention, nämlich der Kaufpreismäßigung. Der BGH weist zutreffend darauf hin, dass der bisherige Streit, inwieweit bei einer Zuwendungsrückforderung die Erfüllung der Zweckbindung, das Steigen und Sinken der Grundstückspreise sowie der Zeitpunkt der Erfüllung der Zweckbindung und die Weiterveräußerung an eine Person des geförderten Kreises zu berücksichtigen sind, für die Zulässigkeit der Klausel eigentlich unerheblich ist.⁸ Diese Fragen haben allein im Rahmen der Entscheidung über die Rückforderung Bedeutung. Aufgrund dieser dogmatischen Einstufung handelt es sich auch zivilrechtlich um keine unzulässige Schadenspauschalierung. Sowohl im öffentlichen als auch im Zivilrecht gelten das Transparenzgebot und das Gebot der angemessenen Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners. Bei einer Verbilligung, auf die kein Anspruch besteht, wird die Angemessenheit regelmäßig beachtet.⁹ Dies hat das OLG Stuttgart übersehen, das in seiner Argumentation auf den Zeitpunkt der späteren Weiterveräußerung und die dann vorliegenden Wertveränderungen abgestellt hat. Maßgeblich ist bei einer Zweckverfehlung jedoch der Zeitpunkt der Zuwendung. Der BGH korrigiert insoweit die von den Gemeinden unzutreffend geführte Diskussion über die Abschöpfung eines Veräußerungsgewinns. Dies bedeutet allerdings, dass Klauseln, in denen einseitig dem Privaten das Risiko der Wertminderung zugewiesen wird, während die Wertsteigerung auf jeden Fall der Gemeinde verbleibt, bedenklich sein können.

3. Angemessenheitskorrektur

Im Rahmen der Ausübungskontrolle prüft der BGH, ob die konkrete Forderung angemessen ist. Unangemessen soll es nicht sein, dass trotz einer siebenjährigen Einhaltung des Veräußerungsverbots der gesamte Aufzahlungsbetrag gefordert wird. Auch der Umstand, dass die Immobilienpreise gesunken sind, macht die Forderung der Nachzahlung nicht unangemessen. Hätte die Gemeinde von Anfang an den erhöhten Kaufpreis gefordert, wäre der Käufer nicht anders gestanden. Der Verstoß gegen die von ihm eingegangenen Pflichten kann nicht dazu führen, dass er zusätzlich von weiteren allgemei-

nen wirtschaftlichen Risiken durch die Gemeinde entlastet werden müsste. Schließlich untersucht der BGH den Aspekt der weiteren Erfüllung des Vertragszwecks. Er lehnt eine darauf beruhende Einschränkung des Nachforderungsrechts ab, da diesbezügliche Verpflichtungen in der Weiterveräußerung nicht eingegangen wurden. Insofern stellt sich die Frage, ob bereits die Weiternutzung durch den Erwerber auch den Subventionszweck erfüllt hätte. Häufig werden nämlich an die Person des Erwerbers weitere Anforderungen gestellt (z. B. Einkommen, Zahl der Kinder, kein anderweitiger Immobilienbesitz usw.).

4. Hinweise zur Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung ergeben sich aus dieser Entscheidung wichtige Konsequenzen: Zunächst sollte zwischen Wiederkaufsrecht sowie Nach- bzw. Aufzahlungen in der Urkunde unterschieden und insoweit auch das Alternativverhältnis („anstelle“) klargestellt werden. Hat das Wiederkaufsrecht nur bis zur Erfüllung der Baupflicht Bedeutung, ist die Rückauffassungsvormerkung nach Durchführung des Bauvorhabens¹⁰ zu löschen. An ihre Stelle tritt die Restkaufpreishypothek. Insofern sind die Rangverhältnisse zwischen gemeindlicher Sicherung und Zweckerreichung des Vertrags zu beachten. Die strikte Weigerung von Gemeinden, mit ihren Rechten hinter Finanzierungsgrundpfandrechte zurückzutreten, dürfte danach kaum als angemessen angesehen werden können. Hinsichtlich der Nachzahlung kann der Umstand der zeitlich beschränkten Zweckerreichung durch eine entsprechende prozentuale Minderung berücksichtigt werden. Damit würde in diesem Bereich eine spätere Ausübungskontrolle überflüssig. Geboten scheint die Berücksichtigung einer teilweisen zeitlichen Zweckerfüllung jedoch nach der Entscheidung des BGH nicht zu sein. Bei einem Weiterverkauf empfiehlt es sich für den Verkäufer, die Folgen der Rückforderung vor der Beurkundung zu klären. Möglicherweise kann durch eine Mitwirkung der Gemeinde an der Weiterveräußerung und die Übernahme der vom Erstkäufer eingegangenen Verpflichtungen für die Restlaufzeit eine Nachzahlung vermieden werden. Der pauschale und nicht abgesprochene Eintritt des Erwerbers in die Verpflichtungen aus dem Erstvertrag für die Restlaufzeit ist dagegen wenig hilfreich, da damit noch keine Ermessensreduzierung auf Null seitens der Gemeinde garantiert ist.

Die Entscheidung gibt der Vertragsgestaltung Sicherheit. Es wäre zu wünschen, dass sie auch von den Instanzgerichten beachtet wird.

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

¹⁰ Vgl. zu diesem Begriff BVerwG, BauR 1997, 276 = NVwZ-RR 1997, 462.

⁴ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, § 23 Rdnr. 29 ff.

⁵ DNotZ 2003, 341 = ZfIR 2003, 205.

⁶ Vgl. auch *Krautzberger*, ZfIR 2003, 205; *Pützhoven*, NotBZ 2003, 235; *Bunzel*, LMK 2003, 86 und *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391.

⁷ ZfIR 1999, 447.

⁸ Siehe *Grziwotz*, DNotZ 2006, 513, 514; vgl. auch *Hertel* in NotRV (Hrsg.), Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, 2003, S. 166, 207 ff.

⁹ Vgl. auch BGH, LKV 2007, 94.

2. BGB §§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 (*Sofortige Rückabwicklung beim Grundstückskaufvertrag*)

Ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertigendes Interesse des Käufers bzw. ein entsprechendes Interesse, ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können, ist im Regelfall anzunehmen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages arglistig verschwiegen hat.

BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

1. Mit notariellem Vertrag kaufte der Kläger von den Beklagten ein Hausgrundstück unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Gestützt auf die Behauptung, bei starken Regenfällen dringe – was die Beklagten arglistig verschwiegen hätten – Oberflächen- und Grundwasser in die Garage und den Keller des Hauses ein, hat der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Er hat die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 257.030,38 € (Kaufpreis und Erstattung von Vertragskosten) Zug um Zug gegen Rückübereignung des Grundstücks sowie die Feststellung beantragt, dass die Beklagten zum Ersatz weiteren Schadens verpflichtet seien und sich mit der Rücknahme des Grundstücks in Verzug befänden.

Das LG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision hat der Kläger, bevor der Rechtsstreit für erledigt erklärt worden ist, die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

2. Das Berufungsgericht hat einen Sachmangel des Kaufgrundstücks bejaht. Es hat ferner angenommen, dass sich die Beklagten auf den vereinbarten Haftungsausschluss nicht berufen könnten, da sie den Mangel arglistig verschwiegen hätten. Es hat ein Rücktrittsrecht gleichwohl nicht für gegeben erachtet, weil der Kläger keine nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Die Nacherfüllung sei weder unmöglich noch unzumutbar gewesen noch sei die Fristsetzung ausnahmsweise nach Absatz 2 der Vorschrift entbehrlich gewesen. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Beklagten liege nicht vor. Das arglistige Verschweigen des Mangels allein mache die Nacherfüllung bei nicht persönlich zu erbringenden Leistungen in der Regel nicht unzumutbar.

3. Diese Ausführungen hätten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht standgehalten. Die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB und auf Aufwendungs- bzw. Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281, 284 BGB konnten mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden.

a) Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der unzureichende Schutz der Garage und des Kellers vor Überschwemmungen einen Mangel des verkauften Hausgrundstücks darstellt, den die Beklagten bei dem Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen haben, so dass sie sich nach § 444 BGB auf den vereinbarten Haftungsausschluss nicht berufen können.

Ein arglistiges Verschweigen setzt voraus, dass der Verkäufer den Fehler kennt oder ihn zumindest für möglich hält, wobei es genügt, dass er die den Fehler begründenden Umstände kennt (oder für möglich hält). Ob er sie rechtlich zutreffend als Fehler im Sinne des Gesetzes einordnet, ist demgegenüber ohne Belang (BGH, DNotZ 2003, 691). Damit kann – entgegen der Auffassung der Revisionsrichter – ein arglistiges Verhalten nicht mit dem Argument verneint werden, die Beklagten hätten die Gefahr gelegentlicher Überschwemmungen für den „Normalfall“ gehalten. Maßgeblich und ausreichend ist vielmehr allein, dass ihnen diese Gefahr, die allein schon den Sachmangel begründet, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts tatsächlich bekannt war.

Neben der Kenntnis des Mangels setzt ein arglistiges Handeln des Verkäufers weiter voraus, dass dieser weiß oder doch da-

mit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr. des BGH, vgl. nur WM 1983, 990; NJW 1987, 2511; NJW 1989, 42; DNotZ 2003, 691). Von einem solchen jedenfalls bedingten Vorsatz der Beklagten ist das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausgegangen.

b) Nicht zu folgen wäre ihm indes gewesen, soweit es gemeint hat, die verlangte Rückabwicklung des Kaufvertrages sowie der geltend gemachte Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch scheiterten daran, dass der Kläger den Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

aa) Zutreffend ist lediglich der Ausgangspunkt, dass nämlich der Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels wie auch das darauf gestützte Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung sowie von Aufwendungsersatz seit Inkrafttreten des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes in grundlegender Abkehr vom früheren Recht im Regelfall den erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung voraussetzt. Der Vorrang der Nacherfüllung ergibt sich für den Rücktritt aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB und für den Schadens- bzw. Aufwendungsersatz aus §§ 437 Nr. 3, 281 Abs. 1 Satz 1, 284 BGB.

bb) Er gilt indessen nicht ausnahmslos, §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB. Eine Ausnahme greift namentlich dann ein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts oder Geltendmachung des Schadens- bzw. Aufwendungsersatzanspruchs rechtfertigen (§§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Gemessen an den anderen normierten Ausnahmetatbeständen kommt diesen Regelungen Auffangcharakter zu. Sie sollen den Gerichten Bewertungsspielräume eröffnen und Einzelfälle erfassen. Beispielhaft wird dabei die verspätete und daher nicht mehr verwendbare Lieferung von Saisonware oder Dünger für die Landwirtschaft genannt (BT-Drucks. 14/6040, S. 186). Ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertigendes überwiegendes Käuferinteresse wird von der Literatur und der untergerichtlichen Rechtsprechung ganz überwiegend auch dann bejaht, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags verschwiegen hat (AnwKommBGB/Dauner-Lieb, § 281 Rdnr. 42 und § 323 Rdnr. 28; Henssler/Graf von Westphalen/Dedek, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 281 BGB Rdnr. 36; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 521; KK-Schuldrecht/Willingmann/Hirse, § 281 BGB Rdnr. 16 und § 323 Rdnr. 17; im Ergebnis ebenso, doch gestützt auf § 440 Satz 1 BGB [Unzumutbarkeit der Nacherfüllung], LG Köln, Urteil vom 30.8.2005, 5 O 479/04, Rdnr. 25, zitiert nach juris; LG Bonn, NJW 2004, 74, 75; AnwKommBGB/Büdenbender, § 440 Rdnr. 18; AnwKommBGB/Raab, § 636 Rdnr. 23; Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 440 Rdnr. 37; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 440 Rdnr. 3; Gruber, JbZivRWiss 2001, 187, 199; KK-Schuldrecht/Tonner/Crellwitz, § 440 BGB Rdnr. 16, MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 440 Rdnr. 8; Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl., § 440 Rdnr. 8; Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt, BGB, § 440 Rdnr. 8; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 440 Rdnr. 22; Schur, ZGS 2002, 243, 248; vgl. ferner zum internationalen Recht Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl., Art. 46 Rdnr. 30 und Art. 49 Rdnr. 9; differenzierend OLG Celle, OLGR 2005, 185, 186; Lorenz, NJW 2004, 26 f.; ders., NJW 2006, 1925, 1927; MünchKommBGB/Ernst, § 281 Rdnr. 60 und § 323 Rdnr. 130; a. A. lediglich LG Berlin, Urteil vom 1.2.2005, 5 O 176/04, Rdnr. 161, zitiert nach juris).

Dem tritt der Senat bei. Hat der Verkäufer beim Abschluss eines Kaufvertrags eine Täuschungshandlung begangen, so ist in der Regel davon auszugehen, dass die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt ist (so bereits BGHZ 46, 242, 246 zu § 634 Abs. 2 BGB a. F.). Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, dann, wenn die Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst oder unter dessen Anleitung im Wege der Mängelbeseitigung erfolgen soll (Lorenz, NJW 2004, 26, 27). In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen.

Dem stehen regelmäßig keine maßgebenden Interessen des Verkäufers gegenüber. Nach den Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dient der Vorrang der Nacherfüllung allein dem Zweck, dem Verkäufer eine Chance zu geben, den mit der Rückabwicklung verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (BT-Drucks. 14/6040, S. 221). Diese Chance zur nachträglichen Fehlerbeseitigung verdient der Verkäufer allerdings nur dann, wenn ihm der Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags nicht bekannt war. Kannte er ihn, so kann er ihn vor Abschluss des Vertrages beseitigen und die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand leisten. Die Chance, eine spätere Rückabwicklung des Vertrages zu vermeiden, wird dem Verkäufer daher in diesem Fall bereits im Vorfeld der vertraglichen Beziehungen eingeräumt. Entschließt sich der Verkäufer jedoch, den Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm nach Entdeckung des Mangels durch den Käufer eine zweite Chance zu gewähren. Der so handelnde Verkäufer verdient keinen Schutz vor den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen (vgl. hierzu auch BGH, DNotZ 2006, 828 m. Anm. Kallrath; NJW 1979, 1983, 1984).

cc) Gemessen daran war auch im vorliegenden Fall eine Frist zur Nacherfüllung entbehrlich, da die Beklagten bei Abschluss des Kaufvertrags die bestehende Überschwemmungsgefahr nicht offenbart haben. Ohne Belang ist dabei, aus welchem Grund die Beklagten ihrer Offenbarungspflicht nicht nachgekommen sind, so dass nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht auf diesbezügliche tatsächliche Feststellungen verzichtet hat. Die nach §§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB gebotene Interessenabwägung rechtfertigte nämlich eine sofortige Geltendmachung von Rücktritt, Schadens- und Aufwendungsersatz selbst dann, wenn die Beklagten – wie von der Revisionserwiderung angeführt – die ihnen bekannte Überschwemmungsgefahr als „Normalfall“ und damit nicht als Mangel im Rechtssinne bewertet haben sollten. Das lässt weder den Vorwurf der Arglist entfallen (s. o.) noch erhält das Verhalten der Beklagten aus der Sicht des Klägers ein für die Bewertung der Zumutbarkeit wesentlich anderes Gewicht.

Anmerkung:

In seiner vorstehend abgedruckten Entscheidung beschäftigt sich der BGH vordergründig mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Käufer bei Kaufmängeln von einem Kaufvertrag zurücktreten kann, ohne zuvor eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben. Tatsächlich hat dieser Beschluss jedoch eine viel weiter reichende Bedeutung. Es handelt sich nämlich um eine der ersten obergerichtlichen Entscheidungen, in denen zu Umfang und Grenzen des „Vorrangs der Nacherfüllung“ Stellung genommen wird. Dieses Prinzip wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der sog. Modernisierung

des Schuldrechts in das BGB implementiert,¹ um dem Grundsatz *pacta sunt servanda* deutlicher als bisher zur Geltung zu verhelfen.² Dem Vertragsbrüchigen soll danach bei Vertragsstörungen in der Regel ein Recht zur „zweiten Andienung“, d. h. eine letzte Chance eingeräumt werden, den Vertrag zu erfüllen. Ein Rücktritts- bzw. Minderungsrecht und ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung soll der anderen Vertragspartei grundsätzlich erst dann zustehen, wenn der Vertragsbrüchige diese letzte Chance ungenutzt verstreichen lässt.³

Der Umsetzung dieser neuen Rechtsfigur des „Vorrangs der Nacherfüllung“ dient in der Praxis die in § 281 Abs. 1 BGB und § 323 Abs. 1 BGB normierte Pflicht des Gläubigers, vor Geltendmachung weiterer Rechte eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen und deren fruchtlosen Ablauf abzuwarten.⁴ Den Rücktritt darf der Gläubiger gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ohne vorherige Fristsetzung allerdings erklären, wenn ein relatives Fixgeschäft vorliegt. Ausgenommen vom Fristsetzungserfordernis sind zudem der Rücktritt und das Schadensersatzverlangen bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung (§§ 281 Abs. 1 Alt. 1, § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und bei Vorliegen besonderer Umstände, die unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien eine sofortige Geltendmachung der Sekundärrechte legitimieren (§§ 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Das Vorliegen solcher besonderen Umstände bejaht der BGH nunmehr in seinem vorstehend abgedruckten Beschluss, wenn der Verkäufer bei Vertragsschluss arglistig über das Vorliegen des Mangels getäuscht hat. Infolge der Täuschung sei die Vertrauensgrundlage für eine Nacherfüllung beschädigt und zwar unabhängig davon, ob die Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst oder durch eine von diesem beauftragte Person erfolgen solle.

Dem kann in dieser Pauschalität nicht gefolgt werden. Der BGH verkennt in seiner Entscheidung das in diesen Vorschriften normierte Gebot, die Interessen *beider* Vertragsparteien gegeneinander abzuwägen. Anders als in der Vorgängernorm des § 326 Abs. 2 BGB a. F. ist gerade nicht nur das Gläubigerinteresse für den Fortfall des Fristsetzungserfordernisses ausschlaggebend.⁵ Arglistiges Verhalten des Verkäufers muss diesen daher nicht notwendigerweise um die Möglichkeit bringen, den Anspruch des Käufers in einer Nachfrist doch noch zu befriedigen. Es sind vielmehr durchaus Fälle denkbar, in denen es dem Käufer trotz Arglist zuzumuten ist, die vertragsgemäße Leistung anzunehmen, wenn ihm diese angeboten wird.⁶ Dabei werden Ausmaß und Umstände der Täuschung sowie, anderes als der BGH meint, auch die Frage zu berücksichtigen sein, ob eine Nacherfüllung durch den arglistig Handelnden selbst oder einen Dritten im Raum

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I, S. 3138.

² BT-Drucks. 14/6040, S. 182; MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl. 2004, § 437 Rdnr. 3. Ausführlich dazu unter dem Aspekt der ökonomischen Analyse des Rechts, Grundmann, AcP 202 (2002) 40, 50 ff.

³ Statt aller MünchKommBGB/Westermann, § 437 Rdnr. 2.

⁴ Für das Kaufrecht verweist § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB auf die §§ 281, 323 BGB. Zur Verbesserung der Lesbarkeit wird im Text auf das Zitat der Verweisungsnorm fortan verzichtet.

⁵ Staudinger/Otto, BGB, Neubearbeitung 2004, § 323 Rdnr. B 112; MünchKommBGB/Ernst, § 323 Rdnr. 124; Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl. 2006, § 323 Rdnr. 22.

⁶ Ebenso MünchKommBGB/Ernst, § 281 Rdnr. 60 und § 323 Rdnr. 130; Lorenz, NJW 2004, 26, 27; LG Berlin, Urteil vom 1.2.2005, 5 O 176/04, unveröffentlicht.

steht.⁷ Nur eine solche Einzelfallbetrachtung wird dem Willen des Gesetzgebers, einen einmal geschlossenen Vertrag möglichst in seinem Bestand zu erhalten, vollumfänglich gerecht.

Abschließend bleibt darüber hinaus zu bemerken, dass es sich bei den §§ 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB um eng auszulegende Ausnahmenvorschriften handelt.⁸ Mit seinem Versuch, ihnen Auffangcharakter zuzuerkennen, riskiert der BGH die Schaffung immer weiterer Ausnahmetatbestände durch die Instanzgerichte und damit das Entstehen einer unüberschaubaren Kasuistik betreffend den Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung. Auch dies wäre jedoch dem Anliegen der sog. Modernisierung des Schuldrechts abträglich, eine Vereinfachung und Systematisierung des Leistungsstörungsrechts herbeizuführen. Es bleibt daher zu hoffen, dass der BGH in künftigen Entscheidungen einer weiteren Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entschieden entgegen tritt.

Notarassessor Dr. *Thomas Kilian*, Amberg

⁷ Ebenso *Lorenz*, NJW 2004, 26, 27.

⁸ *Staudinger/Otto*, § 281 Rdnr. B 116 und § 323 Rdnr. B 102; *Münch-KommBGB/Ernst*, § 323 Rdnr. 125.

3. AGBG § 9 Abs. 1; BGB § 307 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 1034 Abs. 2 (*Schiedsvereinbarung im Bauträgervertrag wirksam*)

Eine formularmäßig ausbedungene unangemessene Einschränkung des Schiedsrichterernennungsrechts einer Partei führt nicht zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung. Der benachteiligten Partei steht der Antrag gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu Gebote, um durch die Entscheidung des staatlichen Gerichts eine ausgewogene Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu erreichen.

BGH, Urteil vom 1.3.2007, III ZR 164/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aufgrund eines notariell beurkundeten Vertrages vom 29.2.2000 veräußerte die Beklagte an die Kläger ein Grundstück und errichtete hierauf ein Einfamilienhaus. Der Vertrag bestimmte in dem Abschnitt „Schiedsvertrag“ unter anderem Folgendes:

„§ 1

Über alle Streitigkeiten aus dem Bauträgervertrag gemäß Abschnitt I. zwischen den Parteien soll, soweit gesetzlich zulässig, unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges ein Schiedsgericht entscheiden, dessen Entscheidung endgültig und verbindlich ist.

§ 2

Das Schiedsgericht besteht aus einem Schiedsrichter.

Schiedsrichter ist Herr ... R., Vorsitzender Richter am Landgericht ... Sollte dieser Schiedsrichter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht bereit oder in der Lage sein, das Schiedsamt zu übernehmen, so benennt der Präsident des OLG Hamm auf Antrag einer der Parteien den Schiedsrichter. Dieser muss in jedem Fall die Fähigkeit zum Richteramt haben. Nach Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens hat eine Partei, die Einwendungen gegen die Person des Schiedsrichters hat, diese binnen 14 Tagen von der Kenntnis der Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens der anderen Partei und dem Schiedsrichter mitzuteilen. Anderenfalls sind nach Eröffnung des Schiedsgerichtsverfahrens Einwendungen gegen die Person des Schiedsrichters ausgeschlossen.

§ 3

Das Schiedsgericht bestimmt das Verfahren nach den einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung nach pflichtgemäßem Ermessen ...“

Die Kläger fordern von der Beklagten einen Vorschuss für Aufwendungen, die zur Beseitigung von Baumängeln notwendig sein sollen. Mit der Klage machen sie einen Anspruch auf Zahlung von 2.262 € nebst Zinsen geltend. Die Beklagte hat die Einrede der Schiedsvereinbarung erhoben.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei aufgrund wirksamer Schiedsvereinbarung unzulässig. Die in dem notariell beurkundeten Vertrag vom 29.2.2000 geschlossene Schiedsvereinbarung sei formwirksam und enthalte den gesetzlich notwendigen Inhalt.

Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte mehrfach gleich lautende Schiedsvereinbarungen der hier fraglichen Art verwendet habe und in geschäftlichen Beziehungen zu dem Urkundsnotar gestanden habe. Sofern die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen anzunehmen sei, sei jedenfalls ein Verstoß gegen das AGBG nicht festzustellen. Die gemäß § 2 AGBG erforderliche Einbeziehung der Schiedsvereinbarung sei erfolgt.

Ob die in den §§ 2 bis 5 des Schiedsvertrages getroffenen Bestimmungen für das schiedsrichterliche Verfahren nach dem AGBG wirksam seien, könne offen bleiben. Die eventuelle Teilnichtigkeit einzelner Bestimmungen führe nicht zur Gesamtnichtigkeit des (schieds-)vertraglichen Regelwerks.

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand.

Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten erhobene Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO) zu Recht für durchgreifend erachtet. Zwischen den Parteien ist mit den Regelungen in Abschnitt „II. Schiedsvertrag“ des am 29.2.2000 geschlossenen Vertrages eine wirksame Schiedsvereinbarung zustande gekommen.

Die in dem Vertrag vom 29.2.2000 getroffene Schiedsvereinbarung erfüllt die Formanforderungen des bei Beteiligung eines Verbrauchers, hier der Kläger, anwendbaren § 1031 Abs. 5 ZPO. Die von § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO vorgeschriebene schriftliche Form ist hier durch die notarielle Beurkundung ersetzt worden (vgl. § 126 Abs. 4 BGB); wegen der notariellen Beurkundung war es ferner nicht vonnöten, die Schiedsvereinbarung in einer besonderen Urkunde niederzulegen (vgl. § 1031 Abs. 5 Satz 3 Hs. 1 Alt. 1 und Hs. 2 ZPO; siehe auch Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (im Folgenden: Begründung) BT-Drucks. 13/5274, S. 37; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 1031 Rdnr. 13).

2. Die Revision meint, der nach dem Vortrag der Kläger von der Beklagten formularmäßig verwandte Schiedsvertrag halte einer Inhaltskontrolle nach AGB-Recht nicht stand. § 2 Abs. 2 Satz 1 des Schiedsvertrages benachteilige die Klägerin unangemessen. Dort werde nämlich einseitig von der Beklagten, die den Schiedsvertrag vorformuliert habe, der Vorsitzende Richter am LG R. zum alleinigen Schiedsrichter bestimmt. § 3 Satz 1 des Schiedsvertrages lasse zudem unklar, welches Verfahrensrecht für den Schiedsrichter gelten solle.

Die Rüge dringt nicht durch.

Der Senat hat die Frage, ob und inwieweit eine formularmäßige Schiedsklausel über die – im Streitfall erfüllten – strengen Anforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO hinaus überhaupt der Kontrolle nach dem hier noch anwendbaren (vgl.

Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) AGBG zu unterwerfen ist, offen gelassen (vgl. BGHZ 162, 9, 15 = DNotZ 2005, 666); sie muss auch jetzt nicht entschieden werden. Soweit das AGBG anwendbar sein sollte, führte das jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung.

a) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegte Schiedsvereinbarung stellt als solche keine unangemessene Benachteiligung (§ 9 Abs. 1 AGBG, jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) des Vertragspartners dar; insbesondere muss ein besonderes Bedürfnis für die Einsetzung eines Schiedsgerichts seitens des Verwenders nicht vorliegen (vgl. BGHZ 162, 9, 16).

b) Die (namentliche) Festlegung der Person des Schiedsrichters in einem formularmäßigen Schiedsvertrag dürfte allerdings den Vertragspartner des AGB-Verwenders unangemessen benachteiligen, denn er verliert dadurch praktisch jeden Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts (vgl. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 9 Rdnr. 10; *Mankowski*, EWiR 2000, 411, 412; a. A. OLG Celle, OLG-Report 2000, 57). Eine solche unzulässige Einschränkung des Ernennungsrechts einer Partei hat aber nach der Einführung des § 1034 Abs. 2 ZPO durch das Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997 (BGBl I, S. 3224) nicht mehr die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge (so noch zu §§ 1025 ff. ZPO a. F.: BGHZ 54, 392, 394 f.; zurückhaltender bei ausländischen Schiedssprüchen dagegen Senatsurteil BGHZ 98, 70, 73 ff). Gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO (n. F.) kann die benachteiligte Partei bei Gericht beantragen, den oder die Schiedsrichter abweichend von der erfolgten Ernennung oder der vereinbarten Ernennungsregelung zu bestellen, wenn die Schiedsvereinbarung der anderen Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht gibt. Die Schiedsvereinbarung unterliegt nach dieser – auch dem AGB-Recht vorgehenden – Spezialregelung einer Inhaltskontrolle durch das staatliche Gericht in Bezug auf die integrale Zusammensetzung des Schiedsgerichts; im Falle einer Beanstandung hat das staatliche Gericht gemäß § 1034 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch die Bestellung unabhängiger und unparteiischer Schiedsrichter (vgl. § 1035 Abs. 5 Satz 1 ZPO) für eine ausgewogene Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu sorgen. Die Schiedsabrede als solche bleibt wirksam (vgl. Begründung, a. a. O., S. 39; *Stein/Jonas/Schlosser*, § 1029 ZPO Rdnr. 26 und § 1034 ZPO Rdnr. 2 und 5; *MünchKommZPO/Münch*, 2. Aufl. 2001, § 1034 Rdnr. 6 und 8; *Musielak/Voit*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 1034 Rdnr. 5; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 9 Rdnr. 12; siehe auch *Zöller/Geimer*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 1034 Rdnr. 13; vgl. auch *Mankowski*, EWiR 2000, 411, 412, der die formularmäßige Benennung für gemäß § 9 AGBG unwirksam hält und die Anwendung des § 1035 Abs. 3 ZPO befürwortet).

c) Die Revision sieht diesen Punkt letztlich nicht anders, meint aber, im Streitfall komme hinzu, dass nicht klar sei, welches Verfahrensrecht für den Schiedsrichter gelten solle. Dieser weitere Gesichtspunkt bringt die Schiedsvereinbarung – und damit die Schiedseinrede – aber ebenso wenig zu Fall.

Zur Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens sieht § 1042 Abs. 1 ZPO vor, dass die Parteien gleich zu behandeln sind und ihnen rechtliches Gehör zu gewähren ist; Rechtsanwälte dürfen als Bevollmächtigte nicht ausgeschlossen werden (§ 1042 Abs. 2 ZPO). Im Übrigen können die Parteien – vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften des Zehnten Buchs der ZPO – das Verfahren selbst regeln (§ 1042 Abs. 3 ZPO). Soweit eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt und das Zehnte Buch der Zivilprozessordnung keine Rege-

lung enthält, werden die Verfahrensregeln vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt (§ 1042 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Das Gesetz räumt mithin den Parteien eine weitgehende Dispositionsfreiheit und dem Schiedsgericht im Fall fehlender Parteivereinbarung ein freies Verfahrensermessen ein. Dann kann es aber nicht beanstandet werden, wenn wie hier eine Schiedsvereinbarung getroffen worden ist, wonach das Schiedsgericht „das Verfahren nach den einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung nach pflichtgemäßem Ermessen“ bestimmt (vgl. § 3 Satz 1 des Schiedsvertrages). Denn das Verfahrensermessen des Schiedsgerichts ist nicht einmal völlig „frei“ (in den von § 1042 ZPO genannten Grenzen), sondern ist in Beziehung zu den einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung gesetzt. Damit ist der gesetzliche Dispositionsrahmen keinesfalls überschritten.

4. BGB §§ 883, 401 (*Keine Gleichwertigkeit der „abgetretenen“ Vormerkung*)

Die sog. abgetretene Vormerkung ist keine der originären Vormerkung gleichwertige Sicherung des Grundstückskäufers. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05

Die Klägerin verkaufte der Beklagten verschiedene Grundstücke sowie eine unvermessene Grundstücksteilfläche zu einem Gesamtkaufpreis von 4.199.999,60 DM. Eines dieser Grundstücke stand noch nicht im Eigentum der Klägerin. Sie hatte dieses zuvor von der V-GmbH (V.) gekauft, welche es ihrerseits von der A-GmbH (A.) gekauft hatte, und diese von der Stadt S. Der von der Beklagten bar zu entrichtende Kaufpreis sollte 14 Tage nach Zugang einer Fälligkeitsbescheinigung des Notars gezahlt werden, die u. a. zur Voraussetzung hatte, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch der Beklagten – ausgenommen die unvermessene Teilfläche – durch Eintragung von Vormerkungen gesichert war.

Hinsichtlich des der Klägerin bereits gehörenden Grundbesitzes wurde die Vormerkung am 26.2.1997 eingetragen. In das Grundbuch des Grundstücks, das die Klägerin gekauft hatte, das aber noch nicht in deren Eigentum stand, wurde am selben Tage die Abtretung einer Vormerkung seitens der A. eingetragen, deren Eigentumsverschaffungsanspruch gegen die Stadt S. entsprechend gesichert worden war.

Der Notar stellte eine Fälligkeitsbescheinigung aus. Die Beklagte zahlte den Kaufpreis nicht innerhalb von 14 Tagen, sondern erst nach weiteren 15 Tagen.

Aus den Gründen:

II.

1. Der Kaufpreis ist nach den Bestimmungen in § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages nicht fällig geworden.

a) Die vertragliche Vereinbarung hat das Berufungsgericht dahin ausgelegt, dass die Fälligkeit des Kaufpreises nicht allein aufgrund der Mitteilung des Notars, sondern nur dann eintreten sollte, wenn auch die im Kaufvertrag dafür benannten Voraussetzungen tatsächlich vorlagen. Diese tatrichterliche Auslegung, die von der Revision – weil für ihre Auffassung günstig – nicht angegriffen wird, ist für den Senat bindend. Die vertragliche Absprache der Parteien dahin, dass die Fälligkeit des Kaufpreises nach notarieller Mitteilung über den Eintritt der dafür vereinbarten Voraussetzungen eingetreten sei, kann eine solche Erklärungsbedeutung haben (dazu BGH, WM 1985, 1109, 1111). Für Verstöße gegen Auslegungsregeln, Denkgesetze oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze, auf die die Überprüfung der tatrichterlichen Auslegung auch einer vertraglichen Regelung über den Eintritt

der Fälligkeit nach Mitteilung des Notars beschränkt ist (BGH, MittBayNot 2005, 395), ist nichts ersichtlich und auch nichts vorgetragen.

b) Die in § 4 Abs. 1 lit. b des Kaufvertrages vereinbarte Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit ist nicht eingetreten, da eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Beklagten aus dem Kaufvertrag auf Verschaffung des Eigentums nicht eingetragen worden war. Die Eintragung der Vormerkung war an dem Grundstück noch nicht möglich. Es fehlte an der dafür erforderlichen Identität des Schuldners (Verkäufers) mit dem Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts (BGHZ 12, 115, 120; 134, 182, 188 = NJW 1997, 861).

2. Die Kaufpreisfälligkeit ist auch nicht dadurch eingetreten, dass der Beklagten stattdessen der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch der A. aus deren Kaufvertrag mit der Stadt abgetreten wurde.

a) Soweit die Revision Einwendungen gegen die von dem Berufungsgericht bejahte Wirksamkeit der Zession erhebt, sind diese allerdings unbegründet. Die Erklärung der Abtretung der Vormerkung durch die Erstkäuferin ist im Zweifel als Abtretung des vorgemerkten Anspruchs auszulegen, bei der das dingliche Sicherungsrecht nach § 401 BGB kraft Gesetzes auf den Zessionar übergeht (vgl. BGH, NJW 1994, 2947 = DNotZ 1995, 47; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 319). Damit brachte die Beklagte als Empfängerin der Abtretungserklärung nach außen auch den Willen zum Erwerb des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs zum Ausdruck, der für eine Annahme nach § 151 BGB erforderlich ist (vgl. BGHZ 74, 352, 356; 111, 97, 101). Mit der Eintragung der Übertragung erwarb die Beklagte die dingliche Sicherung aus der Vormerkung (BGH, NJW 1994, 2947, 2948 = DNotZ 1995, 47).

b) Rechtsfehlerhaft sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die Beklagte mit der „zedierten“ Vormerkung ein gleichwertiges, in Bezug auf die Rangwirkung der Vormerkung (dazu BGHZ 143, 175, 180; *Weirich/Ivo*, Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdnr. 917) sogar besseres Sicherungsrecht als mit der Eintragung einer „originären“ Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung aus dem mit der Klägerin geschlossenen Kaufvertrag erlangt habe. Davon kann nicht ausgegangen werden.

Zu Recht beanstandet die Revision diese Gleichsetzung der Sicherheit aus abgetretener und originärer Vormerkung. Sie besteht schon deshalb nicht, weil der Bestand des abgetretenen Anspruchs dem Einfluss des nachfolgenden Käufers entzogen und die Vormerkung zu diesem Anspruch akzessorisch ist. Besteht er nicht, ist auch die Vormerkung wirkungslos (vgl. BGHZ 150, 138, 142 sowie zur fehlenden Gleichwertigkeit vgl. *Staudinger/Pfeifer*, BGB, 2004, § 925 Rdnr. 147 sowie DNotI-Report 1998, 213, 214). Ob eine Gleichwertigkeit der Sicherheit unter der Voraussetzung bejaht werden kann, dass der abgetretene Übereignungsanspruch „rechtsbeständig“ geworden ist, weil gesetzliche oder vertragliche Rücktrittsrechte aus den vorangegangenen Grundstücksgeschäften nicht mehr bestehen (KG, KG-Report 1997, 271, 274; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 883 Rdnr. 44), kann dahinstehen, da hierzu weder etwas festgestellt noch vorgetragen worden ist.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Amann*, NotBZ 2005, 1.

5. GBV § 6 Abs. 4 (*Beibringungspflicht im Grundbuchverfahren*)

Das Grundbuchamt kann seine Verpflichtungen aus § 6 Abs. 4 Satz 3 GBV nicht auf den Eigentümer abwälzen.

OLG München, Beschluss vom 27.2.2007, 32 Wx 25/07; eingesandt von Notar Dr. *Lorenz Bülow*, Immenstadt, und mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Zu notarieller Urkunde veräußerte der Beteiligte aus seinem Grundbesitz zwei Flurstücke ganz und aus drei weiteren Flurstücken Teilflächen und beantragte die Eintragung entsprechender Eigentumsvermerkungen. Der Grundbesitz des Beteiligten ist im Grundbuch wie folgt vorgetragen:

„Landwirtschaftliches Anwesen Haus-Nr. 5 in R. Vgl. Auszug aus dem Liegenschaftsbuch U. Best.-Nr. vom.“

Dieser amtliche Auszug aus dem Liegenschaftsbuch befindet sich bei den Grundakten und ist fortgeführt.

Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt die Vorlage eines aktuellen beglaubigten Auszugs aus dem Liegenschaftsbuch hinsichtlich sämtlicher im Bestandsverzeichnis unter Ziffer 1 vermerkter Flurstücke. Hiergegen wandte sich der Beteiligte mit der Beschwerde, welche vom LG zurückgewiesen wurde. Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgte der Beteiligte das Ziel, das Grundbuchamt entsprechend §§ 116 ff. GBO zur Anlegung des Grundbuchblatts anzuhalten. Gemäß § 117 GBO müsse das Grundbuchamt in diesem Fall selbst einen amtlichen Auszug aus dem Liegenschaftsbuch erholen.

Aus den Gründen:

Die gem. § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde hatte in der Sache Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Belastung einzelner Teilflächen in einer Auflassungsvormerkung sei nur möglich, wenn alle Grundstücke durch Eintragung in das Grundbuch selbst verlaubar werden. Es handle sich vorliegend nicht um die Neuanlegung eines Grundbuchblatts, sondern um die Nachholung fehlender Angaben.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Ansicht des Beschwerdegerichts, der Antragsteller habe Angaben nachzuholen, deckt sich nicht mit dem Inhalt der Zwischenverfügung. In dieser geht es nicht etwa um Angaben, sondern um die Vorlage von Urkunden. Die Meinungsverschiedenheit zwischen dem Beteiligten und dem Grundbuchamt bezieht sich auch nicht auf die Notwendigkeit der Erholung dieser Urkunde, sondern einzig und allein auf die Frage, wer diese zu bewirken hat. Ob der mit zwei Beschwerdeinstanzen verbundene personelle und zeitliche Aufwand durch die Klärung dieser Frage gerechtfertigt wird, hat der Senat nicht zu entscheiden.

Es trifft zwar zu, dass bei einer auf Antrag vorzunehmenden Eintragung der Antragsteller grundsätzlich alle Nachweise beizubringen hat, die für die Bearbeitung des Antrags erforderlich sind. Hierzu gehört bei einer Abschreibung von Grundstücksteilflächen gemäß § 2 Abs. 3 GBO auch der von der zuständigen Behörde erteilte beglaubigte Auszug aus dem beschreibenden Teil des amtlichen Verzeichnisses. Der konkretisierende Gesetzeswortlaut in § 2 Abs. 3 GBO „wenn ... vorgelegt wird“ stellt den aus § 29 Abs. 1 GBO resultierenden Grundsatz klar, dass diese Vorlage Aufgabe des Antragstellers ist. Eine Verpflichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe kann jedoch nur dann bestehen, wenn die Notwendigkeit der Urkundsvorlage kausal durch das Begehren des Antragstellers verursacht wurde.

Die bezeichnete Kausalität besteht nicht: Im Grundbuch des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes wird in zulässiger Weise gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 GBV in Ausnahme zu § 6

Abs. 3 a Nr. 2 und 3 GBV lediglich auf das Liegenschaftsbuch der Gemarkung verwiesen. Entsprechend § 6 Abs. 4 Satz 2 GBV findet sich ein beglaubigter Auszug aus dem amtlichen Verzeichnis bei den Grundakten. Dieser beglaubigte Auszug wurde augenscheinlich auch vom Grundbuchamt berichtigt. Ob er wirklich bis heute lückenlos auf dem Laufenden gehalten wurde, wie § 6 Abs. 4 Satz 4 GBV zwingend vorsieht, entzieht sich der Kenntnis des Senats. Ist dies nicht der Fall, so obliegt es dem Grundbuchamt nach der bezeichneten Vorschrift, den vorhandenen Auszug durch einen neuen zu ersetzen. Entspricht der Auszug dagegen auch jetzt noch den objektiven Gegebenheiten, so erweist sich das Verlangen des Grundbuchamts in der Zwischenverfügung deswegen als rechtsmissbräuchlich, weil hier vom Antragsteller die eigentlich nicht erforderliche Beschaffung einer Urkunde gefordert wird. Auch die bloße Unübersichtlichkeit des bei den Akten befindlichen Auszugs rechtfertigt es nicht, die Beibringung vom Antragsteller zu verlangen, weil § 6 Abs. 4 Satz 3 Hs. 2 GBV auch für diesen Fall das Grundbuchamt verpflichtet, den Auszug durch einen neuen zu ersetzen.

Die Verteilung der Beibringungspflichten in dieser Situation ist vom Ordnungsgeber in der Weise geregelt, dass der Antragsteller alles vorzulegen hat, was notwendig ist, um seinen Antrag zu begründen. Das Grundbuchamt hat dagegen alles zu beschaffen, was die Funktionsfähigkeit des Grundbuchs erfordert. Es kann nicht den Antrag zum Anlass nehmen, seine eigenen Pflichten auf den Grundstückseigentümer abzuwälzen.

Auf die Frage, ob das Verfahren entsprechend demjenigen bei Anlegung eines neuen Grundbuchblatts nach den §§ 116 ff. GBO durchzuführen ist, kommt es nach Ansicht des Senats hingegen nicht an.

6. BGB § 1059 a Abs. 1 (*Begriff des Unternehmensteils*)

1. **Ein Gegenstand ist bereits dann Unternehmensteil im Sinne des § 1059 a BGB, wenn er im Rahmen der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung objektiv Teil des Betriebsvermögens im Sinne einer organisatorisch-wirtschaftlichen Einheit ist. Danach kann im Einzelfall auch ein einzelnes Betriebsgrundstück als Unternehmensteil zu bewerten sein.**
2. **Subjektive Zielsetzungen des Übertragenden oder des Übernehmenden sind für diese Bewertung ohne tragende Bedeutung. Auf die konkrete Verwendungsabsicht des Übernehmers und deren wirtschaftliche Realisierbarkeit kommt es nicht an.**

OLG Hamm, Beschluss vom 11.1.2007, 15 VA 5/06; mitgeteilt von RiOLG Engelhardt, Emsdetten

Die Beteiligten zu 3) haben durch notariellen Kaufvertrag aus mehreren Flurstücken bestehenden Grundbesitz gekauft. Verkäufer ist die X. e.G. Diese betrieb in der Vergangenheit auf dem Grundstück eine Besamungsstation nebst Bullenhaltung. Auf dem Grundstück befinden sich entsprechende Wohn-, Verwaltungs- und Stallgebäude. Der Betrieb wurde spätestens 2002 eingestellt und das Grundstück in der Folgezeit zum Verkauf angeboten.

Im Grundbuch eines im Eigentum des Beteiligten zu 1) stehenden Grundstücks ist zugunsten einer Genossenschaft ein Wegerecht eingetragen. Die X e.G. ist aufgrund Verschmelzung Rechtsnachfolgerin der vorgenannten Genossenschaft. Diese beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist im notariellen Vertrag mit übertragen worden. Auf Antrag der Beteiligten zu 3) hat der Beteiligte zu 2) durch Bescheid festgestellt, dass die Voraussetzungen der §§ 1092 Abs. 2, 1059 a Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 BGB hinsichtlich des Wegerechts vorliegen.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1) mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung und macht im Wesentlichen geltend, es liege keine Übertragung eines Teils eines Unternehmens im Sinne der genannten Vorschriften vor, weil die für die S. P. spezifische Unternehmenstätigkeit, nämlich die Gewinnung von Rindersamen, bereits 1998 endgültig aufgegeben worden sei. Die Darstellung der Beteiligten zu 3), sie beabsichtigten auf dem Grundbesitz eine Zucht mit Friesen-Pferden zu betreiben, werde bestritten. Der Grundbesitz sei zudem für eine solche Pferdezucht in mehrfacher Hinsicht ungeeignet, ein wirtschaftlicher Erfolg mit der beabsichtigten Zucht ohnehin nicht zu erzielen.

Aus den Gründen:

II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 23 ff. EGGVG ist statthaft, da es sich bei der Feststellungserklärung um die Entscheidung einer Justizbehörde auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts handelt (allg. A.; vgl. etwa *Staudinger/Frank*, BGB, 13. Aufl., § 1059 a Rdnr. 23). Die Monatsfrist des § 26 EGGVG ist gewahrt. Der Bescheid des Beteiligten zu 2) datiert vom 24.5.2006, kann dem Beteiligten zu 1) also erst nach diesem Datum zugegangen sein. Sein Antrag ist am 26.5.2006 bei dem OLG eingegangen. Der Durchführung eines Beschwerdeverfahrens (§ 24 Abs. 2 EGGVG) bedarf es nicht, da das Gesetz für das Feststellungsverfahren nach § 1059 a BGB kein solches vorsieht. Da der Beteiligte zu 1) geltend macht, durch die Feststellungserklärung in seinen Rechten verletzt zu sein, ist der Antrag auch sonst zulässig (§ 24 Abs. 1 EGGVG).

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat keinen Erfolg.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Beteiligten zu 2) für die hier in Frage stehende Feststellung ergibt sich aus § 1059 a Abs. 1 Ziff. 1 Satz 5 BGB i. V. m. § 1 Abs. 1 der VO vom 6.3.1990 (SGV Nr. 301).

In der Sache hat der Beteiligte zu 2) die Voraussetzungen des § 1059 a Abs. 1 Ziff. 2 Satz 1 BGB, der über § 1092 Abs. 2 BGB Anwendung findet, zu Recht bejaht. Die Entscheidung hängt wesentlich davon ab, ob der Kaufgegenstand, also ein bebautes Betriebsgrundstück, als Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Dies ist hier zu bejahen.

Unternehmen in diesem Sinne ist eine organisatorisch-wirtschaftliche Einheit, die ein Betriebsvermögen innehat, das wirtschaftlichen Zwecken dient (*Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, Stand 2006, § 1059 a Rdnr. 8). Dass die R. ein solches Unternehmen unterhält, kann nicht zweifelhaft sein. Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1) war der Kaufgegenstand auch zu diesem Unternehmen zu rechnen, selbst wenn das Grundstück bereits seit Jahren nicht mehr dem Unternehmenszweck diene. Nach Auffassung des Senats muss es für die Anwendung des § 1059 a Abs. 1 Ziff. 2 BGB auf die Übertragung von Sachen ausreichen, dass diese Sachen zum Betriebsvermögen gehört haben, was hier jedenfalls bis 2002 der Fall war, und ihrer tatsächlichen Gestaltung nach objektiv noch zu dem unternehmensspezifischen Zweck geeignet sind, was hier ebenfalls zu bejahen ist. Nicht maßgebend kann hingegen sein, ob der Unternehmensinhaber subjektiv die Absicht hat, die Sachen noch für den Unternehmenszweck einzusetzen, was hier streitig ist. Wollte man nämlich auf eine subjektive Entwidmung der Sache abstellen, käme § 1059 a BGB praktisch nie zur Anwendung, weil die Veräußerung derselben denknotwendig voraussetzt, dass der Verkäufer die Absicht zu ihrem unternehmensspezifischen Einsatz aufgibt. Eine Sache, die man verkaufen will, will man nicht mehr für die betriebliche Förderung des Unternehmenszwecks einsetzen.

Der Kaufgegenstand ist hier auch als Teil eines Unternehmens im Sinne des § 1059 a BGB anzusehen, obwohl es sich lediglich um eine Sache im natürlichen Sinne handelt. Nach zutreffender Auffassung ist im Hinblick auf den Zweck des § 1059 a BGB bei der Frage, was als Teil eines Unternehmens anzusehen ist, eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten (*Staudinger/Frank*, § 1059 a Rdnr. 18). Der Zweck des Gesetzes besteht darin, im Hinblick auf die geringere Schutzbedürftigkeit desjenigen Eigentümers, der ein subjektiv-dingliches Recht einer juristischen Person einräumt – er nimmt auf diese Weise die Anonymität des Berechtigten und eine unbestimmte Dauer des Rechts in Kauf (vgl. BGH, NJW 1968, 1964, 1965; *Wessel*, DB 1994, 1605 f.) –, die Erhaltung wirtschaftlicher Werte zu ermöglichen. Dementsprechend werden Sachen oder Rechte oder Inbegriffe von solchen bereits dann als Unternehmensteil angesehen, wenn sie – ggf. unter Hinzunahme weiterer Betriebsmittel – ein selbstständiges Wirtschaften ermöglichen (*Staudinger/Frank*, § 1059 a Rdnr. 19; *MünchKommBGB/Pohlmann*, 4. Aufl., § 1059 a Rdnr. 11; *Wessel*, DB 1994, 1605 f.). Hiervon ausgehend ist es in der Literatur heute weitgehend anerkannt, dass auch ein Betriebsgrundstück einen Teil eines Unternehmens im Sinne des Gesetzes darstellen kann (*MünchKommBGB/Pohlmann*, 4. Aufl., § 1059 a Rdnr. 11; *Wessel*, DB 1994, 1605 f.).

Danach muss der hier in Frage stehende Kaufgegenstand als Teil eines Unternehmens bewertet werden. Zu dem Gesamtgrundstück gehören unstreitig die Gebäude, Betriebs- und Weideflächen, die für einen selbstständigen Betrieb im Rahmen des Unternehmenszwecks der S notwendig waren. Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1) kommt es auch hier nicht auf die subjektive Zielsetzung der Beteiligten zu 3) an, sondern allein auf die objektive Eignung des Gegenstandes für eine unternehmerische Betätigung. Dies ergibt sich nach Auffassung des Senats schon daraus, dass das Gesetz allein auf die Eigenschaft des Übertragungsgegenstandes im Zeitpunkt der Übertragung abstellt und auch keine Regelung für den Fall der Aufgabe einer ggf. zunächst aufgenommenen unternehmerischen Betätigung enthält. Ob unternehmerische Zielsetzungen des Übernehmers tatsächlich vorliegen und sich mit dem Übertragungsgegenstand wirtschaftlich realisieren lassen, lässt sich praktisch immer erst nach der Übertragung feststellen. Ob die Voraussetzungen des § 1059 a Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 BGB vorliegen, muss hingegen, wie das Instrument des Feststellungsverfahrens zeigt, für den Zeitpunkt der Übertragung feststellbar sein.

Auch die weitere Voraussetzung nach § 1059 a Abs. 1 Nr. 2 Satz 1, dass nämlich der Nießbrauch/das Wegerecht geeignet ist, den Zwecken des Unternehmensteils zu dienen, ist hier erfüllt, da das Grundstück unstreitig über keine andere geeignete Zuwegung verfügt.

7. §§ 24 ff. BauGB; § 471 BGB; § 30 ThürDSchG; § 52 ThürNatSchG (*Kein Negativtestat bei Verkauf durch Insolvenzverwalter*)

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Gemeinde nach §§ 24 ff. BauGB ist beim Verkauf aus einer Insolvenzmasse ausgeschlossen. Das Grundbuchamt darf daher zur Eigentumsumschreibung kein Negativtestat nach § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB fordern. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Gera, Beschluss vom 26.9.2006, 5 T 498/06; eingesandt von Notar a. D. *Jürgen Kirchner*, Würzburg

Die Beteiligten schlossen einen notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück und erklärten die Auflassung. Über das Vermögen des Verkäufers war das Insolvenzverfahren eröffnet worden, für ihn handelte ein Insolvenzverwalter. Aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Bevollmächtigung durch den Verkäufer gab der beurkundende Notar am 16.3.2006 die Eintragungsbewilligung ab und bewilligte und beantragte den Vollzug der Auflassung im Grundbuch.

Hierauf hat das AG eine Zwischenverfügung erlassen, wonach zum Vollzug der Eigentumsumschreibung eine Vorkaufsrechtsverzichtserklärung der Stadt W. vorzulegen sowie ein Kostenvorschuss einzuzahlen sei und setzte eine Frist von zwei Monaten zur Behebung des Hindernisses.

Die Beteiligten vertreten die Auffassung, die vorliegend zu berücksichtigenden gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem BauGB, dem Thüringer Denkmalschutzgesetz (ThürDSchG) sowie dem Thüringer Naturschutzgesetz (ThürNatSchG) verweisen lediglich auf § 471 BGB, nicht jedoch auf § 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB, womit ein Vorkaufsrecht bei einem Verkauf durch den Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse nicht in Betracht komme.

Aus den Gründen:

II.

Für den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch ist vorliegend die Vorlage einer Vorkaufsrechtsverzichtserklärung der Stadt W. nicht erforderlich.

Das Grundbuchamt hat vor Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch gemäß § 29 Abs. 1 GBO zu prüfen, ob die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind. Des Weiteren hat es zu prüfen, ob die anderen Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, durch öffentliche Urkunden nachgewiesen sind.

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach §§ 24 ff. BauGB, § 30 ThürDSchG und § 52 ThürNatSchG und damit mögliche sonstige zur Eintragung erforderliche Erklärungen (vgl. hierzu *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 16).

Zum Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch bedarf es nicht der Vorlage eines Negativtestats bzw. des sonstigen Nachweises durch öffentliche Urkunden hinsichtlich des Nichtbestehens bzw. Nichtausübens eines Vorkaufsrechts nach § 52 ThürNatSchG. Denn anders als bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten nach §§ 24 ff. BauGB bzw. § 30 ThürDSchG sieht die Regelung in § 52 ThürNatSchG gerade nicht einen entsprechenden Nachweis als Voraussetzung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch vor, der dem Schutz der vorkaufsberechtigten Kommune dienen soll. Vielmehr wird dieser Schutz durch die dingliche Wirkung dieses Vorkaufsrechts nach § 52 Abs. 6 Satz 2 ThürNatSchG i. V. m. § 1098 Abs. 2 BGB erreicht, dass nämlich Dritten gegenüber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs hat. Dieser dingliche Schutz wirkt schon ab dem Zeitpunkt, ab dem das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann und geht daher der vor Ausübung des Vorkaufsrechts eingetragenen Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers vor. Das bedeutet, dass im Fall der Ausübung die Eintragung des Käufers wie eines Dritten als Eigentümer im Grundbuch dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist. Dieser kann gegebenenfalls die Zustimmung zu solchen Eintragungen und Löschungen verlangen, die zur Verwirklichung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs erforderlich sind. Ein gutgläubiger Erwerb des Grundstücks frei von diesen Beschränkungen ist nicht mehr möglich (vgl. für die gleichlautende Regelung im bayerischen Naturschutzrecht BayObLG, Rpfleger 2000, 543).

Auch hinsichtlich der rein schuldrechtlich ausgestalteten gesetzlichen Vorkaufsrechte nach den §§ 24 ff. BauGB und § 30

ThürDschG kann für den vorliegenden Fall als sonstige Voraussetzung der Eintragung nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht die Vorlage eines Negativattests gefordert werden. In § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB bzw. § 30 Abs. 3 Satz 2 ThürDSchG ist geregelt, dass das Grundbuchamt bei Veräußerungen den Erwerber nur in das Grundbuch eintragen darf, wenn ihm die Nichtausübung bzw. das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts nachgewiesen ist. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB bzw. § 30 Abs. 3 Satz 3 ThürDSchG kann dieser Nachweis durch die Vorlage eines Negativattests geführt werden. Das Grundbuchamt kann die Vorlage eines solchen Zeugnisses der Gemeinde nicht verlangen, wenn sich aus dem zu vollziehenden notariellen Vertrag bereits ergibt, dass ein Vorkaufsfall nicht vorliegt (vgl. BGH, Rpfleger 1979, 97; LG Köln, Rpfleger 2003, 415; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4130). Davon ist hier auszugehen. Aus dem vorgelegten notariellen Kaufvertrag ergibt sich in der Präambel, dass der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Eigentümerin handelt und das Grundstück der Eigentümerin verkauft werden soll. Unter Berücksichtigung von § 80 Abs. 1 InsO, wonach mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter übergeht und gemäß § 81 Abs. 1 InsO diesbezügliche Verfügungen des Schuldners unwirksam sind, konnte dies nur den zweifelsfreien Schluss darauf zulassen, dass ein Verkauf von Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter erfolgt ist. Hinzu kommt, dass bei dem Grundbuchamt offenkundig ist, dass über das Vermögen der Eigentümerin das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Offenkundig ist eine Tatsache, die dem Grundbuchamt zweifelsfrei bekannt ist (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 60). Denn aus dem Grundbuch, in welchem die beantragte Eigentumsumschreibung eingetragen werden soll, ergibt sich, dass am 28.11.2000 in der zweiten Abteilung des Grundbuchs, laufende Nr. 1 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragen worden ist und diese Eintragung noch Bestand hat.

Nach der Regelung in § 471 BGB, auf welche in § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB bzw. § 30 Abs. 2 Satz 2 ThürDSchG verwiesen wird, ist das Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt. Die Regelung für dingliche Vorkaufsrechte in § 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach das Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn das Grundstück vom Insolvenzverwalter aus freier Hand verkauft wird, ist vorliegend nicht anzuwenden. Denn die Verweisungsnormen § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB bzw. § 30 Abs. 2 Satz 2 ThürDSchG verweisen lediglich auf Vorschriften des BGB zum schuldrechtlichen Vorkaufsrecht. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach §§ 24 ff. BauGB sowie § 30 ThürDSchG sind rein schuldrechtlicher Natur. Sie können weder im Grundbuch eingetragen werden, noch sind sie zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nach den Regeln für beschränkt dingliche Vorkaufsrechte mit der Wirkung des § 1098 Abs. 2 BGB (Auflassungsvormerkung) ausgestattet (vgl. ausdrücklich für das baurechtliche Vorkaufsrecht *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Stock*, BauGB, § 28 Rdnr. 33). Im Übrigen bedarf es zur Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechts als abstrakt dinglichen Rechts entsprechend der Regelung in § 873 BGB i. V. m. § 1094 BGB der Einigung und Eintragung im Grundbuch (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, § 1094 Rdnr. 4).

Demgemäß ist die Zwischenverfügung des AG aufzuheben und das AG anzuweisen, den Vollzug der Eigentumsumschreibung nicht aus dem Grund einer fehlenden Vorkaufsrechtsverzichtserklärung der Stadt W. zu verweigern.

8. BGB §§ 1006 Abs. 1, 1362 Abs. 1; ZPO § 771 Abs. 1 (*Keine Eigentumsvermutung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft*)

Die gesetzliche Vermutung, dass die im Besitz beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner allein gehören, ist auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht entsprechend anzuwenden.

BGH, Urteil vom 14.12.2006, IX ZR 92/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

c) Eine entsprechende Anwendung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ist nicht gerechtfertigt. Sie scheidet mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus und ist auch von Verfassungen wegen nicht geboten.

aa) Eine Analogie setzt nach gesicherter Rechtsauffassung voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGHZ 105, 140, 143; BGH, NJW 2003, 1933; NJW 2003, 2601, 2603). Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss „planwidrig“ sein (vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 373; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., S. 37). Der dem Gesetz zugrundeliegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist (BGHZ 149, 165, 174). Die dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke muss dabei nicht von Erlass des Gesetzes an bestehen, sondern kann sich auch später durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse ergeben haben (BVerfGE 82, 6, 12). Vorliegend fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht auszudehnen.

(1) Die Vorschrift hat ihre heutige Fassung durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18.6.1957 (Gleichberechtigungsgesetz – BGBI I, S. 609) erhalten. Schon zu dieser Zeit waren nichteheliche Lebensgemeinschaften eine typische Erscheinungsform des sozialen Lebens, vor allem in Folge der großen Zahl rentenberechtigter Kriegerwitwen, die bei einer Eheschließung ihre Rentenansprüche verloren hätten (vgl. BVerfGE 9, 20, 32; OLG Köln, NJW 1989, 1737; *Brox*, FamRZ 1981, 1225, 1228). Ob der Existenz dieser nichtehelichen Lebensgemeinschaften entnommen werden kann, der Gesetzgeber habe im Jahr 1957 bewusst darauf verzichtet, § 1362 BGB auf andere Formen des Zusammenlebens zu erstrecken, kann dahinstehen.

(2) Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist jedenfalls seit Beginn der siebziger Jahre stark angestiegen (vgl. *Hausmann* in Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., Einführung Rdnr. 6). Nach Schätzungen hat sich ihre Zahl zwischen 1972 und 1995 verzehnfacht (*Hausmann* in Hausmann/Hohloch, Einführung Rdnr. 6; vgl. auch BVerfGE 82, 6, 13). Vor diesem Hintergrund setzte die Justizministerkonferenz durch Beschluss

vom 15.12.1988 eine Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts ein (vgl. *Markwardt*, DGVZ 1993, 17). Diese schlug vor, die Eigentums- und Gewahrsamsvermutungen der § 1362 BGB, § 729 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken; § 1362 BGB sollte ein Absatz 3 mit dem Wortlaut, „Diese Vorschriften gelten für eheähnliche Gemeinschaften entsprechend“, angefügt werden (*Markwardt*, DGVZ 1993, 17, 19; *Schilken*, Rpfleger 1994, 138, 139). Der auf den Ergebnissen der Arbeitsgruppe beruhende Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle), der am 17.12.1997 (BGBl I, S. 3039) Gesetz geworden ist, verzichtete jedoch auf die vorgeschlagene Erweiterung. Zur Begründung heißt es im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 13/341, S. 12): „Die in der vollstreckungsrechtlichen Literatur vielfach befürwortete Erstreckung der Eigentums- und Gewahrsamsvermutung (§ 1362 BGB, § 739 ZPO) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften (vgl. *Hofmann*, ZRP 1990, 409) ist – abweichend von den Vorschlägen der Arbeitsgruppe im Schlussbericht – im Gesetzentwurf nicht enthalten. Diese Thematik soll ggf. im Zusammenhang mit anderen Fragen aus dem Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgegriffen werden.“

Erneut stellte sich dem Gesetzgeber die Frage der erweiterten Anwendung des § 1362 BGB bei Erlass des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG, BGBl 2001 I, S. 266). Für Lebenspartner gilt die Eigentumsvermutung wie für Ehepaare (§ 8 Abs. 1 LPartG); Gleiches gilt für die Gewahrsamsvermutung (§ 739 Abs. 2 ZPO). Die Begründung zu § 8 Abs. 1 LPartG (BT-Drucks. 14/3751, S. 38) ist ersichtlich der des § 1362 BGB entlehnt (vgl. BT-Drucks. 2/224, S. 33). Auch im Rahmen dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Ergebnisse der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung des Zwangsvollstreckungsrechts aufzugreifen und in dieser Richtung tätig zu werden.

bb) § 1362 BGB kann auch nicht im Rahmen einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ (vgl. BGH, WM 1988, 1061, 1063) auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden.

(1) Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt (vgl. BVerfGE 96, 375, 394), die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 ZPO gerade dem BGH zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht schrankenlos, sondern wird durch Art. 20 Abs. 2 und 3 GG begrenzt (BVerfGE 49, 304, 318; 65, 182, 191; BGHZ 90, 145, 153). Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen (BVerfGE 87, 273, 280; 96, 375, 394; BGH, WM 2005, 522, 524). Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst (vgl. BVerfGE 34, 269, 287; 49, 304, 321; 82, 6, 12 f.; BGHZ 90, 145, 153 f.). Diese können sich aus der Verfassung (vgl. BVerfGE 65, 182, 193), insbesondere den Grundrechten (vgl. BVerfGE 96, 375, 398), oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsver-

kehrs ergeben (vgl. BGH, WM 1988, 1061, 1063; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 413).

(2) Unabweisbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind hier nicht gegeben. Auch die Grundrechte erfordern es nicht, die Vermutung des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Gemeinschaften zu erstrecken, die nicht personenstandsrechtlich verfestigt sind. Ein solches Bedürfnis ergibt sich weder aus dem Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

(a) Die bisher ergangenen Entscheidungen des BVerfG könnten darauf hindeuten, dass die vollstreckungsrechtliche Schlechterstellung von Ehegatten von dem Gericht als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden ist. So hat es angenommen, die von ihm für nichtig erklärte Vorschrift des § 45 KO verletze das Übermaßverbot, weil die Gläubiger bereits durch die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB und die Vorschriften über die Schenkungsanfechtung bei Eheleuten (§ 32 Nr. 2 KO) hinreichend geschützt seien (BVerfGE 24, 104, 111). Diese Begründung setzt voraus, dass die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB nicht ihrerseits verfassungswidrig ist (vgl. *Brox*, FamRZ 1968, 406, 407; *ders.*, FamRZ 1981, 1125). Auch in anderem Zusammenhang hat sich das BVerfG mittelbar mit der Problematik befasst. So hat es § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG a. F. als verfassungsgemäß angesehen. Die bei unentgeltlichen Verfügungen an Ehegatten bestehende Anfechtungsfrist von zwei Jahren verstoße nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG und behandle Eheleute nicht ohne sachlichen Grund schlechter als nicht miteinander verheiratete Personen (BVerfG, ZIP 1991, 736). Eine unmittelbar einschlägige Entscheidung des BVerfG steht allerdings aus.

Letztlich kann die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 BGB auch dahingestellt bleiben. Sollte es an ihr fehlen, führte dies keineswegs dazu, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift im Wege der Auslegung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken wäre. Kann eine Korrektur der verfassungswidrigen Regelung auf verschiedene Weise vorgenommen werden, ist der Verfassungsverstoß grundsätzlich durch eine Neuregelung der einschlägigen Vorschriften durch den Gesetzgeber zu beseitigen (vgl. BVerfGE 82, 126, 154 f. zu Art. 3 Abs. 1 GG; *Brox*, FamRZ 1981, 1125, 1128). So liegt es hier. Die von der Revision behauptete Diskriminierung von Eheleuten durch § 1362 BGB kann vermieden werden, indem die Regelung insgesamt beseitigt wird oder ihr Anwendungsbereich auf einen näher zu definierenden Personenkreis erstreckt wird. Der Gesetzgeber hat von einer Erstreckung der Vermutungen der § 1362 BGB, § 739 ZPO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft bewusst abgesehen. Auch andere Rechtsprobleme, die aus dem nichtehelichen Zusammenleben typischerweise herrühren, hat er bislang nicht geregelt. So bestehen weder während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhaltspflichten noch nach der Trennung (Ausnahme: § 1615 I BGB). Nach Trennung der unverheirateten Partner hat keiner von beiden Anspruch auf Zugewinn. Mögliche Lösungsansätze waren schon im Jahr 1988 Gegenstand der Erörterungen des Deutschen Juristentages (vgl. *Lieb*, Gutachten A für den 57. Deutschen Juristentag). Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bis heute nicht zu einer Regelung entschließen können. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Jahre 1997 (Nichteheliche-Lebensgemeinschaftengesetz, BT-Drucks. 13/7228) ist nicht Gesetz geworden. Ein einheitliches Regelungssystem, in das sich die entsprechende Anwendung des § 1362 BGB einfügen könnte, ist danach bisher nicht erkennbar.

(b) Schließlich zwingt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes; vgl. BVerfGE 107, 395, 406 f.; BVerfG, NJW 2005, 1999, 2001; BGHZ 140, 208, 217; BGH, NJW 2006, 1290, 1291) nicht zu einer Erstreckung der Vermutungswirkung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Dem Gläubiger stehen im Interventionsprozess zur Verteidigung seines Verwertungsrechts die Beweismittel der Zivilprozessordnung zur Verfügung. Diese gewährleisten im Allgemeinen die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die erstrebten gesetzlichen Beweiserleichterungen können demgegenüber dazu führen, dass der Gläubiger seinen titulierten Zahlungsanspruch im Wege der Verwertung schuldnerfremden Eigentums verwirklicht. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, eine derartige Regelung einzuführen. An diese Wertung sind die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 1362 BGB gebunden. Es kommt hinzu, dass die Gewährung der Beweiserleichterung zu Lasten des Dritteigentümers dessen grundgesetzlich geschütztes Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) berührt.

9. BGB §§ 1573 Abs. 2, 3 und 5, 1578 Abs. 1; ZPO § 323 Abs. 1, 2; ESStG § 10 Abs. 1; BBesG § 40 Abs. 1 (*Abänderung nahehelichen Ehegattenunterhalts*)

- a) **Ein nahehelicher Karrieresprung ist auch nach der neueren Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen nicht als eheprägend zu berücksichtigen (im Anschluss an das Senatsurteil BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683). Anderes gilt für eine Verringerung des Nettoeinkommens, wenn der Unterhaltspflichtige nach Rechtskraft der Ehescheidung in eine Religionsgemeinschaft eintritt.**
- b) **Die unterhaltsrechtliche Berücksichtigung von Beiträgen für eine zusätzliche Altersversorgung setzt voraus, dass solche Beträge tatsächlich auf die Altersvorsorge für die betreffende Person verwendet werden; ein fiktiver Abzug kommt nicht in Betracht.**
- c) **Auf eine geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung (hier: zum Splittingvorteil in zweiter Ehe und zum Familienzuschlag für einen in den Haushalt aufgenommenen Stiefsohn) kann sich auch der Abänderungsbeklagte erst ab Verkündung des entsprechenden höchstrichterlichen Urteils stützen (Abgrenzung zu BGH, FamRZ 2001, 1364).**
- d) **Den Unterhaltsschuldner trifft eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Realsplittings nur insoweit, als er den Unterhaltsanspruch anerkannt hat, dieser rechtskräftig feststeht oder soweit er den Unterhaltsanspruch freiwillig erfüllt.**
- e) **Wenn der Familienzuschlag nach § 40 Abs. 1 BBesG sowohl wegen des Unterhaltsanspruchs aus einer geschiedenen Ehe als auch wegen einer bestehenden (zweiten) Ehe gezahlt wird, ist er bei der Bemessung des vorrangigen Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau nur hälftig zu berücksichtigen (Abweichung von BGH, FamRZ 1990, 981).**

- f) **Der Unterhaltsschuldner ist mit den für eine Befristung des Aufstockungsunterhalts relevanten Tatsachen nicht nach § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert, wenn die abzuändernde Entscheidung aus einer Zeit vor der Änderung der Senatsrechtsprechung zur eheprägenden Haushaltstätigkeit und Kindererziehung stammt und die für die notwendige Gesamtwürdigung maßgebenden Umstände seinerzeit noch nicht sicher abgeschätzt werden konnten (Abweichung von BGH, FamRZ 2004, 1357).**
- g) **Zur Befristung des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt (im Anschluss an BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2006, 770 und FamRZ 2007, 200, 203 = MittBayNot 2007, 56).**

BGH, Urteil vom 28.2.2007, XII ZR 37/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um Abänderung des nahehelichen Ehegattenunterhalts.

Die Parteien hatten im Juli 1973 die Ehe geschlossen, aus der zwei 1975 und 1977 geborene Söhne hervorgegangen sind. Nach Trennung im Januar 1984 wurde die Ehe mit Urteil vom 29.7.1986 geschieden. Die minderjährigen Kinder verblieben bei der Klägerin in der früheren Ehwohnung.

Bei Zustellung des Scheidungsantrags verfügte der Beklagte über ein Vermögen von mehr als 1,1 Mio. DM, das überwiegend aus einer Erbschaft nach seiner Mutter stammte; die Klägerin verfügte über Vermögenswerte von knapp 200.000 DM. Ein Zugewinnausgleich wurde nicht durchgeführt. Die Parteien übertrugen den Miteigentumsanteil des Beklagten an der als Ehwohnung genutzten Doppelhaushälfte auf die Klägerin. Im Gegenzug erhielt der Beklagte den Miteigentumsanteil der Klägerin an einem unbebauten Grundstück.

Mit Vergleich vom 26.6.1987 verpflichtete sich der Beklagte, an die Klägerin ab Juli 1987 monatlich nahehelichen Unterhalt in Höhe von 1.610 DM (200 DM Krankenvorsorgeunterhalt, 385 DM Altersvorsorgeunterhalt sowie 1.025 DM Elementarunterhalt) zu zahlen. Zur Grundlage des Vergleichs vereinbarten die Parteien:

„3. (...) Insoweit ist bei der Höhe des Elementarunterhalts bereits ein Abzug von 350 DM für anteiligen Wohnwert des Hauses Z. berücksichtigt.

Sobald die Hauslasten des Hauses Z. gemäß der vorgesehenen Vereinbarung (vergleiche Ziffer 2 des Vergleichs) auf die Antragsgegnerin übergehen, erhöht sich der Elementarunterhalt um 350 DM auf monatlich 1.375 DM.

4. Die Parteien gehen dabei davon aus, dass für den nahehelichen Unterhalt allein das Erwerbseinkommen des Antragstellers als Lehrer (einschließlich VHS) bei Abzug der endgültig vom Finanzamt festgestellten Steuern, maßgebend sein soll. Abgesetzt sind vorweg 200 DM Werbungskosten sowie 168,50 DM Krankenkasse.“

Im Oktober 1987 heiratete der Beklagte erneut. Seine zweite Ehefrau ist wegen der Erziehung ihres Sohnes aus erster Ehe nicht erwerbstätig, erzielt allerdings eine Aufwandsentschädigung für ihre Tätigkeit in einem Kommunalparlament.

Nachdem die Klägerin im April 1990 eine Halbtagsbeschäftigung als kaufmännische Angestellte aufgenommen hatte, änderten die Parteien die Unterhaltspflicht des Beklagten mit Vergleich vom 27.7.1990 ab. Der Beklagte verpflichtete sich, an die Klägerin ab Oktober 1990 monatlichen Unterhalt in Höhe von insgesamt 1.000 DM (57,50 DM Krankenvorsorgeunterhalt, 178,98 DM Altersvorsorgeunterhalt und 763,52 DM Elementarunterhalt) zu zahlen. Dabei gingen die Parteien von folgenden Grundlagen aus:

„Das Bruttoeinkommen des Klägers beläuft sich auf 79.953,21 DM im Jahr. Das Einkommen der geschiedenen Ehefrau beläuft sich auf 1.264,58 DM netto monatlich. Die Beklagte hat Fahrtkosten in Höhe von monatlich 175 DM. Der Kläger hat Einkünfte bei

der Volkshochschule in Höhe von 1.035 DM jährlich. Er zahlt 186,90 DM monatlich für die Krankenversicherung. Er hat Fahrtkosten in Höhe von 150 DM monatlich. Er zahlt für die Kinder aus erster Ehe jeweils 685 DM monatlich.“

Nachdem die Klägerin ab April 1995 in Vollzeit berufstätig war, wurde die Unterhaltspflicht des Beklagten durch Urteil des OLG Hamm vom 19.9.1997 erneut herabgesetzt. Der Beklagte wurde verurteilt, an die Klägerin zeitlich gestaffelten Unterhalt, ab Januar 1998 in Höhe von 824,87 DM (92,08 DM Krankenvorsorgeunterhalt, 150,91 DM Altersvorsorgeunterhalt und 581,88 DM Elementarunterhalt) zu zahlen. Dabei wurde die Gehaltssteigerung des Beklagten wegen seiner Beförderung vom Oberstudienrat zum Studiendirektor nicht berücksichtigt. Die Steuervorteile des Beklagten in seiner neuen Ehe und dessen Ortszuschlag einschließlich der kinderbezogenen Bestandteile wurden in voller Höhe berücksichtigt. Auf den Unterhaltsbedarf der Klägerin wurde das eigene Einkommen in voller Höhe angerechnet. Ein Wohnvorteil der Klägerin blieb mit folgender Begründung unberücksichtigt:

„Die Anrechnung des Wohnvorteils scheidet aus, weil die Beklagte schon bei Abschluss des abzuändernden Vergleichs über diesen Wohnvorteil verfügt hat und weil die Parteien damals davon abgesehen haben, diese Einkommensposition bedarfsmindernd zu berücksichtigen. An diese Regelung sind die Parteien auch heute noch gebunden. Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, welche eine Abänderung der damaligen Einigung rechtfertigen könnte, hat der Kläger nicht dargetan.“

Nach Änderung der Rechtsprechung des Senats zur Bewertung eines nachehelich erzielten Einkommens als Surrogat einer früheren Haushaltstätigkeit und Kindererziehung begehrt die Klägerin nunmehr eine Erhöhung des geschuldeten Aufstockungsunterhalts für die Zeit ab April 2002. Der Beklagte verlangt mit seiner im November 2003 eingegangenen Abänderungswiderklage Herabsetzung des geschuldeten Unterhalts, weil nach neuerer Rechtsprechung des Senats weder der Splittingvorteil aus seiner neuen Ehe noch sein Familienzuschlag bei der Ermittlung des Unterhalts seiner geschiedenen Ehefrau zu berücksichtigen sei. Zudem sei auf Seiten der Klägerin ein Vorteil mietfreien Wohnens zu berücksichtigen. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin sei zudem zeitlich zu begrenzen, weil ehebdingte Nachteile inzwischen nicht mehr vorhanden seien.

Das AG hat der Klage überwiegend stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG der Klage in geringerem Umfang stattgegeben und den Unterhaltsanspruch der Klägerin auf die Zeit bis Dezember 2006 befristet. Das Berufungsgericht hat – ohne nähere Begründung – für beide Parteien die Revision zugelassen. Gegen das Berufungsurteil richten sich die Revision der Klägerin und die unselbständige Anschlussrevision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision und die Anschlussrevision haben – zeitlich gestaffelt – nur teilweise Erfolg und führen insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Demgegenüber hält die vom OLG ausgesprochene Befristung des Unterhalts bis Dezember 2006 beiden – gegenläufigen – Angriffen stand. (...)

I.

Soweit das Berufungsgericht der Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Klage und der Widerklage für die Zeit bis Dezember 2006 höheren Unterhalt zugesprochen hat, hält dies der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von einem Einkommen des Beklagten als Oberstudienrat ausgegangen, weil nur dieses Einkommen nach den Ausführungen des abzuändernden Urteils die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt hat.

An dieser Bewertung hat sich auch durch die neuere Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebens-

verhältnissen nichts geändert (BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683, 685 und BGHZ 153, 358, 364 f. = FamRZ 2003, 590, 591). Zwar sind danach nachehelich eingetretene Einkommensminderungen bei der Bedarfsbemessung grundsätzlich zu berücksichtigen, sofern sie nicht auf einer Verletzung der Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsverpflichteten beruhen oder durch freiwillige berufliche oder wirtschaftliche Dispositionen des Unterhaltsverpflichteten veranlasst sind und von diesem durch zumutbare Vorsorge aufgefangen werden können. Denn die Anknüpfung der nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgebenden Umstände an den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils begründet schon nach ihrem Zweck für den unterhaltsberechtigten Ehegatten keine die früheren ehelichen Lebensverhältnisse unverändert fort-schreibende Lebensstandardgarantie.

Umgekehrt hat der Senat wegen des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit in § 1569 BGB daran festgehalten, dass nacheheliche Einkommenssteigerungen des Unterhaltspflichtigen sich nur dann bedarfssteigernd auswirken, wenn ihnen eine Entwicklung zugrunde liegt, die aus der Sicht zum Zeitpunkt der Scheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Solches war nach dem Inhalt der abzuändernden Entscheidung bezüglich der Beförderung zum Studiendirektor nicht der Fall.

2. Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht für die Zeit ab November 2003 von dem Einkommen des Beklagten die von ihm gezahlte Kirchensteuer abgesetzt. Dabei kommt es nach der zitierten Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen nicht entscheidend darauf an, ob der Beklagte bei Rechtskraft der Ehescheidung Kirchensteuer entrichten musste oder ob in diesem Zeitpunkt ein späterer Kircheneintritt zu erwarten war.

Die Anknüpfung der nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB maßgebenden Umstände an den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils begründet schon nach ihrem Zweck für den unterhaltsberechtigten Ehegatten keine die früheren ehelichen Lebensverhältnisse unverändert fortschreibende Lebensstandardgarantie, deren Erfüllung nur in den Grenzen fehlender Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Ehegatten an dessen dauerhaft veränderte wirtschaftliche Verhältnisse angepasst und nur insoweit auch „nach unten korrigiert“ werden könnten. Für eine solche Absicherung böte das Recht des nachehelichen Unterhalts, das – jedenfalls im Prinzip – nur die Risiken der mit der Scheidung fehlgeschlagenen Lebensplanung der Ehegatten und der von ihnen in der Ehe praktizierten Arbeitsteilung angemessen ausgleichen will, keine Rechtfertigung. Das Unterhaltsrecht will den bedürftigen Ehegatten nach der Scheidung wirtschaftlich im Grundsatz nicht besser stellen, als er sich ohne die Scheidung stünde (BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683, 685 f. und BGHZ 153, 358, 364 f. = FamRZ 2003, 590, 591).

Bei fortbestehender Ehe hätte die Klägerin den Kircheneintritt des Beklagten aber akzeptieren und die Verringerung des verfügbaren Nettoeinkommens mit tragen müssen. Dann kann auch die Scheidung ihr das Risiko einer solchen – auch den unterhaltspflichtigen Beklagten treffenden – Verringerung des verfügbaren Einkommens nicht abnehmen.

3. Ebenso zu Recht hat es das Berufungsgericht unter den hier obwaltenden Umständen abgelehnt, vom Einkommen des Beklagten weitere Beträge für eine zusätzliche Rentenversicherung abzusetzen.

Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, dass im Rahmen der früheren Unterhaltsvergleiche und der gerichtlichen Ab-

änderung solche Beträge nicht abgesetzt worden sind. Denn insoweit weist die Anschlussrevision des Beklagten zutreffend darauf hin, dass nach der – nach Erlass des abzuändernden Urteils aus dem Jahre 1997 geänderten – Rechtsprechung des Senats grundsätzlich eine zusätzliche Altersversorgung betrieben werden darf, die unterhaltsrechtlich beim Elternunterhalt bis zu 5 % des Bruttoeinkommens (BGH, FamRZ 2004, 792, 793; FamRZ 2006, 1511, 1514 = DNotZ 2007, 48) und im Übrigen bis zu 4 % des Bruttoeinkommens (BGHZ 163, 84, 97 ff. = FamRZ 2005, 1817, 1821 f.) betragen kann. Das setzt aber stets voraus, dass solche Aufwendungen für die eigene Altersvorsorge tatsächlich geleistet werden. Hat der Unterhaltsschuldner solches nicht dargelegt, kommt ein fiktiver Abzug für eine zusätzliche Altersversorgung nicht in Betracht (BGH, FamRZ 2007, 193 f.).

Auf dieser rechtlichen Grundlage hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht eine weitere Kürzung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Beklagten abgelehnt. Soweit der Beklagte eine Rentenversicherung auf das Leben seiner zweiten Ehefrau abgeschlossen und zu ihren Gunsten ein widerrechtliches Bezugsrecht im Erlebensfall verfügt hat, erfüllt dies die Voraussetzungen einer eigenen Altersvorsorge des Unterhaltspflichtigen nicht. Nach der gegenwärtigen Regelung fiel die Zusatzrente bei Fälligkeit nicht dem Beklagten, sondern seiner zweiten Ehefrau zu und ist schon deswegen nicht zu seiner eigenen Altersvorsorge bestimmt. Darauf, ob der Beklagte das Bezugsrecht seiner zweiten Ehefrau jederzeit widerrufen könnte, kommt es nicht entscheidend an, solange er den Widerruf nicht tatsächlich erklärt hat. Weil der Beklagte auch sonst keine eigene zusätzliche Altersvorsorge, etwa auch in Form der Bildung von Kapital oder anderen Vermögenswerten, nachgewiesen hat, können entsprechende Aufwendungen bei der Unterhaltsberechnung nicht berücksichtigt werden.

4. Schließlich hat das Berufungsgericht den Wohnvorteil der Klägerin im eigenen Haus bei der Ermittlung ihres Unterhaltsbedarfs im Rahmen der Abänderungsklage nach § 323 ZPO ebenfalls zu Recht unberücksichtigt gelassen.

Zwar ist der Vorteil des mietfreien Wohnens im eigenen Haus nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich als Vermögensertrag unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen (vgl. z. B. BGH, FamRZ 2005, 1159, 1161 = MittBayNot 2007, 51; *Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 311 ff.).

Hier kommt eine Berücksichtigung des Wohnwerts aber deswegen nicht in Betracht, weil dies schon im Rahmen des Unterhaltsvergleichs vom 27.7.1990 trotz des auch damals unstreitig vorhandenen Wohnvorteils unterblieben ist. Entsprechend hat auch das nunmehr abzuändernde Urteil des OLG vom 19.9.1997 ausgeführt, dass eine Anrechnung des Wohnvorteils ausscheide, weil die Klägerin schon bei Abschluss des abzuändernden Vergleichs über diesen Wohnvorteil verfügt habe und die Parteien damals davon abgesehen hätten, diese Einkommensposition bedarfsmindernd zu berücksichtigen. Dafür, dass die Parteien bei Abschluss des Vergleichs vom 27.7.1990 im Hinblick auf das Alter der Kinder nur zeitlich befristet von einer Berücksichtigung des Wohnvorteils absehen wollten, ist im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Vergleichs nichts ersichtlich. Dagegen spricht sogar, dass die Parteien in dem ursprünglichen Unterhaltsvergleich vom 26.6.1987 einen anteiligen Wohnwert berücksichtigt hatten und dies in dem späteren Vergleich vom 27.7.1990 nicht wieder aufgegriffen haben.

5. Zu Recht weist die Revision allerdings darauf hin, dass das Berufungsgericht nicht schon für die Zeit von April 2002 bis Oktober 2003 von einem fiktiven Einkommen des Beklagten nach der Steuerklasse I ausgehen durfte, zumal die abzuändernde Entscheidung den Splittingvorteil des Beklagten aus seiner zweiten Ehe – im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des Senats – bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin berücksichtigt hatte.

a) Zwar hat das BVerfG mit Beschluss vom 7.10.2003 entschieden, dass steuerliche Vorteile, die der neuen Ehe eines geschiedenen Unterhaltspflichtigen durch das Ehegattensplitting erwachsen, von Verfassungen wegen nicht schon in der früheren Ehe angelegt sind und deswegen die Lebensverhältnisse dieser Ehe auch nicht bestimmt haben. Denn diese steuerlichen Vorteile, die in Konkretisierung des Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 1 GG durch das Gesetz allein der bestehenden Ehe eingeräumt sind, dürfen ihr durch die Gerichte nicht wieder entzogen und an die geschiedene Ehe weitergegeben werden (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1823). Dem hat sich der Senat inzwischen angeschlossen. Danach ist für den Ehegattenunterhalt bei der Bemessung des unterhaltsrelevanten Einkommens eines wiederverheirateten Unterhaltspflichtigen ein gegebenenfalls vorhandener Splittingvorteil außer Betracht zu lassen und eine fiktive Steuerberechnung anhand der Grundtabelle vorzunehmen (BGHZ 163, 84, 90 f. = FamRZ 2005, 1817, 1819).

b) Wegen der Rechtskraft des abzuändernden Urteils gilt dies im Rahmen der – hier gebotenen – Abänderung nach § 323 ZPO aber erst für die Zeit ab Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Beschluss des BVerfG vom 7.10.2003.

Die Abänderung des bestehenden Unterhaltstitels richtet sich hier entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts auch materiell-rechtlich nach § 323 ZPO und nicht – wie bei der Abänderung von Prozessvergleichen – nach den Grundsätzen über die Änderung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Denn die Unterhaltspflicht des Beklagten ergab sich aus der materiellen Rechtskraft des Urteils des OLG Hamm vom 19.9.1997. Auch wenn dieses Urteil einen früheren Prozessvergleich der Parteien abgeändert hatte, ist eine Durchbrechung seiner Rechtskraft nur nach Maßgabe der materiellen Voraussetzungen einer Abänderungsklage in § 323 ZPO möglich.

Dabei ergeben sich aus der Zielsetzung des § 323 Abs. 1 ZPO, nämlich nur unvorhersehbare Veränderungen der maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse nachträglich berücksichtigen zu können, zugleich die Grenzen für die Durchbrechung der bestehenden Rechtskraft. Die sich aus der Rechtskraft ergebende Bindungswirkung des Ersturteils darf deswegen auf Abänderungsklage nur insoweit beseitigt werden, als das Ersturteil auf Verhältnissen beruht, die sich nachträglich geändert haben. Bereits seit längerem ist anerkannt, dass sich eine wesentliche Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse nicht nur aus einer Änderung der Gesetzeslage, sondern auch aus einer ihr gleichkommenden verfassungskonformen Auslegung einer Norm durch das BVerfG ergeben kann (BGH, FamRZ 1990, 1091, 1094). Außerdem hat der Senat inzwischen entschieden, dass dies auch für die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den BGH gilt (BGHZ 148, 368, 377 f. = FamRZ 2001, 1687, 1690 für die Abänderung von Vergleichen sowie BGHZ 153, 372, 383 f. = FamRZ 2003, 848, 851 f. für die Abänderung von Urteilen). In beiden Fällen kommt eine Abänderung des Unterhaltstitels wegen Änderung der Rechtsprechung aber erst ab Verkündung des maßgeblichen Urteils des BVerfG oder des BGH in

Betracht. Auf diese Rechtsprechung des BGH hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Berücksichtigung des Splittingvorteils aus zweiter Ehe für weitere Verfahren, die nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde waren, ausdrücklich hingewiesen (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1825).

c) Eine entsprechende zeitliche Schranke gilt im Rahmen der hier vorliegenden Abänderungsklage auch für den Beklagten, so dass er sich auch im Rahmen der Verteidigung gegen die Abänderungsklage der Klägerin erst für die Zeit ab der Rechtsprechung des BVerfG zum Splittingvorteil darauf berufen kann.

Zwar gilt die in § 323 Abs. 2 ZPO für den Kläger eines Abänderungsverfahrens angeordnete Präklusion von Abänderungsgründen nicht uneingeschränkt auch für den Beklagten dieses Verfahrens. Vielmehr kann der Beklagte zur Verteidigung des Ersturteils gegen das Abänderungsbegehren des Klägers auch solche Tatsachen in den Prozess einführen, die bereits während des Erstprozesses vorgelegen haben, dort aber nicht vorgebracht wurden und infolgedessen unberücksichtigt geblieben sind (BGH, FamRZ 2001, 1364, 1365). Diese Rechtsprechung des Senats beschränkt sich allerdings nach § 323 Abs. 2 ZPO auf die Präklusion solcher Tatsachen, die schon früher vorhanden und lediglich nicht geltend gemacht waren. Sie ist auf die nach § 323 Abs. 1 ZPO relevante Frage, ob und ab wann überhaupt wesentliche Änderungen der früher zugrunde gelegten Verhältnisse eingetreten sind, nicht in gleicher Weise übertragbar. Hier ist eine solche Änderung erst durch die Änderung der Rechtsprechung zum Splittingvorteil mit Beschluss des BVerfG vom 7.10.2003 eingetreten (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1823); früher konnte und kann auch der Beklagte diese nicht für sich in Anspruch nehmen. Das hat das Berufungsgericht verkannt. (...)

7. Soweit das Berufungsgericht bei der Ermittlung des für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien relevanten Einkommens des Beklagten den häftigen Verheiratetenzuschlag nach § 40 Abs. 1 BBesG berücksichtigt hat, hält auch dies den Angriffen der Revision nur im Grundsatz, nicht aber für den gesamten relevanten Unterhaltszeitraum stand.

a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats war neben dem Kinderzuschlag auch der übrige Ortszuschlag aus einer neuen Ehe für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs eines geschiedenen Ehegatten zu berücksichtigen. Insoweit hat der Senat das jeweilige Nettoeinkommen für maßgebend gehalten, auch soweit es auf im Besoldungssystem vorgesehene Zuschläge beruht, die den persönlichen Verhältnissen des Einkommensbeziehers Rechnung tragen (BGH, FamRZ 1990, 981, 983). An dieser Rechtsprechung hält der Senat zwar aus Gründen, die auch gegen die Berücksichtigung des Splittingvorteils aus zweiter Ehe sprechen, nicht uneingeschränkt fest. Allerdings lässt sich die Rechtsprechung des BVerfG und des Senats zum Splittingvorteil aus zweiter Ehe nicht unmittelbar auf die Behandlung des Familienzuschlags übertragen.

b) Einen Familienzuschlag der Stufe 1 nach § 40 Abs. 1 BBesG erhalten Beamte, Richter oder Soldaten u. a., wenn sie verheiratet sind oder wenn sie geschieden und aus der geschiedenen Ehe mindestens in Höhe des Familienzuschlags zum Unterhalt verpflichtet sind (zum Ortszuschlag nach früherem Recht vgl. BVerfG, FamRZ 1992, 176, 177; *Millack/Engelking/Laatermann/Henkel*, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Stand Sept. 1998, § 40 BBesG Nr. 3 Satz 19). Ist ein Ehegatte – wie hier – seinem geschiedenen Ehegatten aus

erster Ehe vorrangig unterhaltspflichtig (§ 1582 Abs. 1 BGB) und ist er nach der Scheidung eine zweite Ehe eingegangen, beruht die Zahlung des Familienzuschlags somit auf zwei alternativen Rechtsgründen (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BBesG). Der Familienzuschlag ist deswegen – anders als der Splittingvorteil in der neuen Ehe – nicht stets der neuen Ehe vorbehalten und soll auch nicht nur deren Belastungen mildern. Nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG wird er vielmehr auch bewilligt, um die Unterhaltslasten aus einer geschiedenen Ehe abzumildern. In solchen Fällen entsteht durch die neue Ehe des Unterhaltspflichtigen keine finanzielle Veränderung. Der Familienzuschlag wird dann nicht erst durch die neue Ehe ausgelöst, weil er schon zuvor wegen der fortdauernden Unterhaltspflicht aus erster Ehe gewährt wurde. Einem vorrangig unterhaltsberechtigten ersten Ehegatten kann der Anteil des Familienzuschlags deswegen nicht nachträglich durch Eingehung einer zweiten Ehe vollständig entzogen werden (OLG Celle, FamRZ 2005, 716, 717 f.; OLG Oldenburg, FamRZ 2006, 1127 f.).

Andererseits ergibt sich aus der Begründung des Gesetzes zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, mit dem der bis Juni 1997 geltende Ortszuschlag durch den neuen Familienzuschlag ersetzt wurde, dass damit die Funktion des „familienbezogenen Bezahlsbestandteils“ verdeutlicht werden sollte (BT-Drucks. 13/3994, S. 29, 42). Sinn und Zweck des Familienzuschlags ist es danach, den unterschiedlichen Belastungen des Familienstands Rechnung zu tragen. Weil der Familienzuschlag somit auch die zusätzlichen Belastungen in der neuen Familie abmildern will, ist es auch nicht gerechtfertigt, ihn weiterhin in vollem Umfang für einen – gegenüber dem neuen Ehegatten vorrangigen – Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten zu verwenden (OLG Celle, FamRZ 2006, 1126). Das wäre aber der Fall, wenn der Familienzuschlag stets voll als Einkommen berücksichtigt würde und deswegen der jeweils nach § 1582 Abs. 1 BGB bevorrechtigte Unterhaltsberechtigte davon profitieren könnte. Wird der Familienzuschlag also wegen der bestehenden (zweiten) Ehe und zugleich nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG wegen einer fortdauernden Unterhaltspflicht aus einer früheren Ehe gezahlt, ist er nach seinem Sinn und Zweck auf beide Ansprüche aufzuteilen und deswegen bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau nur häftig zu berücksichtigen. Das hat das Berufungsgericht richtig erkannt (a. A. OLG Oldenburg, FamRZ 2006, 1127).

c) Wie schon ausgeführt, ist eine geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung im Abänderungsverfahren erst ab dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, in dem das dieser Änderung zugrundeliegende höchstrichterliche Urteil verkündet wurde. Hinsichtlich des Familienzuschlags der Stufe 1 (Verheiratetenzuschlag) ergibt sich eine solche Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – allerdings noch nicht aus dem Inhalt des Beschlusses des BVerfG zum Splittingvorteil aus zweiter Ehe (BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821, 1823). Wie bereits ausgeführt, ist der Verheiratetenzuschlag wegen seiner vielschichtigen Zweckrichtung nicht mit dem Ehegattensplitting vergleichbar, das stets nur der bestehenden Ehe zugute kommen soll. In welchem Umfang dies bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs einer geschiedenen Ehefrau zu berücksichtigen ist, war bislang streitig und höchstrichterlich noch nicht entschieden. Auf der Grundlage des Vergleichs der Parteien vom 27.7.1990 und des abzuändernden Urteils des OLG Hamm vom 19.9.1997 hätte das Berufungsgericht den Verheiratetenzuschlag deswegen – im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats – auch weiterhin in voller Höhe berücksichtigen müssen. Eine Abänderung wegen wesent-

licher Änderung der maßgeblichen Verhältnisse nach § 323 Abs. 1 ZPO kommt somit auch für den Beklagten erst für die Zeit ab Verkündung der Entscheidung des Senats im vorliegenden Fall in Betracht (BGHZ 153, 372, 383 f. = FamRZ 2003, 848, 851 f.). Für den Unterhaltsanspruch der Klägerin kommt eine darauf gestützte Abänderung nicht mehr in Betracht, weil dieser – wie nachstehend ausgeführt – zu Recht auf die Zeit bis Dezember 2006 befristet war.

8. Gleiches gilt für die Beurteilung des Familienzuschlags des Beklagten, soweit er für den in häuslicher Gemeinschaft mit ihm lebenden Sohn seiner zweiten Ehefrau gewährt wird (§ 40 Abs. 2 BBesG). (...)

II.

Soweit das Berufungsgericht den Unterhaltsanspruch der Klägerin allerdings auf die Zeit bis Dezember 2006 befristet hat, steht die Entscheidung im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des Senats und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin ergibt sich allein aus § 1573 Abs. 2 und 3 BGB, zumal die Klägerin inzwischen wieder in ihrem Beruf erwerbstätig ist und ihren Unterhaltsbedarf im Umfang dieser Einkünfte selbst nachhaltig sichern kann. Weil die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine ehebedingten Nachteile mehr erleidet, kommt grundsätzlich eine Befristung ihres Unterhaltsanspruchs nach § 1573 Abs. 5 BGB in Betracht. Dem steht nicht entgegen, dass eine solche Befristung in dem abzuändernden Urteil noch nicht ausgesprochen wurde.

a) Aufstockungsunterhalt aus § 1573 Abs. 2 und 3 BGB schuldete der Beklagte der Klägerin nach ständiger Rechtsprechung des Senats allerdings schon seit Aufnahme ihrer Teilzeittätigkeit, und zwar neben dem Betreuungsunterhalt aus § 1570 BGB. Denn der Betreuungsunterhalt findet seinen Rechtsgrund stets darin, dass der Unterhaltsberechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes (teilweise) nicht erwerbstätig sein kann und deswegen das nach seinen persönlichen Verhältnissen erzielbare Einkommen nicht erzielt. Sobald der Unterhaltsberechtigte neben der Kindererziehung teilweise berufstätig ist, erfasst der Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur den Unterhalt bis zur Höhe eines Mehreinkommens, das er durch eine angemessene Vollerwerbstätigkeit erzielen könnte. Erreicht der ihm hiernach zustehende Unterhalt zusammen mit dem Einkommen aus Teilerwerbstätigkeit nicht den vollen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus § 1578 BGB, kommt zusätzlich ein Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht. Diese Unterscheidung findet ihren Grund darin, dass es nicht gerechtfertigt ist, den Aufstockungsteil des Unterhaltsanspruchs in die Privilegien einzubeziehen, die das Gesetz allein für den Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus § 1570 BGB gewährt (BGH, FamRZ 1990, 492, 494).

b) Obwohl sich der Unterhaltsanspruch der Klägerin seit Abschluss des Vergleichs vom 27.7.1990 teilweise und seit Erlass des abzuändernden Urteils vom 19.9.1997 in vollem Umfang aus § 1573 Abs. 2 und 3 BGB ergab und seinerzeit nicht befristet worden ist, ist der Beklagte mit seinem Befristungsbegehren nicht gemäß § 323 Abs. 2 ZPO präkludiert.

aa) Das ergibt sich hier schon daraus, dass die früheren Unterhaltstitel aus einer Zeit stammen, als die Frage der Befristung des Aufstockungsunterhalts noch nicht den Stellenwert hatte, den sie nunmehr nach der grundlegend geänderten

Rechtsprechung des Senats zur Berücksichtigung der Haushaltstätigkeit und Kindererziehung bei der Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 BGB hat (BGHZ 148, 105 = FamRZ 2001, 986). Die den abzuändernden Titeln zugrundeliegende frühere Rechtslage ging nämlich davon aus, dass ein späteres Einkommen des Unterhaltsberechtigten voll auf einen Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen anzurechnen sei, der sich allein nach dem tatsächlich erzielten Einkommen während der Ehezeit ergab (Anrechnungsmethode). Wie die früheren Unterhaltsabänderungen zeigen, führte diese Methode mit zunehmendem Einkommen des Unterhaltsberechtigten zu einer entsprechend zunehmenden Deckung dieses Unterhaltsbedarfs. Sie führte schon dann zu einer vollständigen Bedarfsdeckung, wenn der Unterhaltsberechtigte ein Einkommen bezog, das den ursprünglichen Unterhaltsbedarf, regelmäßig also weniger als die Hälfte des eheprägenden Einkommens des Unterhaltspflichtigen, erreichte.

Das gilt nicht mehr in gleicher Weise, seit der Senat in seiner (zitierten) neueren Rechtsprechung bei der Bedarfsbemessung auch ein vom Unterhaltsberechtigten erst nachehelich erzieltetes Einkommen als Surrogat der früheren Haushaltstätigkeit und Kindererziehung berücksichtigt und dieses Einkommen deswegen im Wege der Differenzmethode in die Unterhaltsberechnung einbezieht. Dadurch erhöhen absehbare Steigerungen des Einkommens des Unterhaltsberechtigten regelmäßig auch dessen Unterhaltsbedarf, so dass es erst viel später zu einer vollständigen Bedarfsdeckung kommt, nämlich dann, wenn der Unterhaltsberechtigte mindestens das gleiche Einkommen erzielt wie der Unterhaltspflichtige. Auch deswegen hat der Senat dem Umstand der zeitlichen Befristung des Aufstockungsunterhalts in seiner neueren Rechtsprechung eine größere Bedeutung beigemessen (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 f. = DNotZ 2006, 770; BGH, FamRZ 2007, 200, 203 f. = DNotZ 2007, 127 und schon BGHZ 148, 105, 121 = FamRZ 2001, 986, 991 = DNotZ 2002, 440).

Die neuere Rechtsprechung des Senats zur Bewertung der Kindererziehung und Haushaltsführung während der Ehe wirkt sich deswegen unmittelbar auf die Höhe des geschuldeten Unterhalts und damit zugleich auf die Umstände aus, die der Gesamtwürdigung im Rahmen der Befristung des Aufstockungsunterhalts zugrunde zu legen sind. Auch insoweit kommt die neuere Rechtsprechung des Senats deswegen einer wesentlichen Änderung der den früheren Unterhaltstiteln zugrunde liegenden Verhältnisse gleich (vgl. insoweit BGHZ 153, 372, 383 f. = FamRZ 2003, 848, 851 f.), die einer Präklusion entgegensteht. Soweit der Senat dies nach der Änderung seiner Rechtsprechung zur Anrechnungs- und Differenzmethode zunächst abweichend beurteilt hat (BGH, FamRZ 2004, 1357, 1359 f.), hält er daran nicht mehr fest.

bb) Hinzu kommt, dass sich im vorliegenden Fall seit Verkündung des abzuändernden Urteils des OLG vom 19.9.1997 auch tatsächliche Änderungen ergeben haben, die inzwischen sicher beurteilt werden können und eine Befristung rechtfertigen. (...)

2. Nach § 1573 Abs. 5 BGB kann u. a. ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt zeitlich begrenzt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die Zeit der Kin-

desbetreuung steht insoweit der Ehedauer gleich. Die Voraussetzungen einer Befristung des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt liegen hier aber – wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat – vor.

a) Die erst durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 20.2.1986 (BGBl I, S. 301) eingeführte Möglichkeit zur Befristung des Aufstockungsunterhalts beruht auf dem Gedanken, dass eine lebenslange Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards nur dann angemessen ist, wenn etwa die Ehe lange gedauert hat, wenn aus ihr gemeinsame Kinder hervorgegangen sind, die der Berechtigte betreut oder betreut hat, wenn er erhebliche berufliche Nachteile um der Ehe willen auf sich genommen hat oder wenn sonstige Gründe (z. B. Alter oder Gesundheitszustand des Berechtigten) für eine dauerhafte Lebensstandardgarantie sprechen. Liegen diese Voraussetzungen dagegen nicht vor, hat sich aber der Lebensstandard des Berechtigten durch die Ehe verbessert, wird es oft angemessen sein, ihm nach einer Übergangszeit einen Lebensstandard zuzumuten, der demjenigen entspricht, den er vor der Ehe gehabt hat. Ein Aufstockungsunterhalt kommt dann nicht mehr bis zum vollen eheangemessenen Unterhalt (§ 1578 Abs. 1 BGB) in Betracht. Mit dem Moment der Ehedauer will das Gesetz auf die Unangemessenheit hinweisen, einen Ehegatten, der in seinem beruflichen Fortkommen durch die Ehe nicht benachteiligt wurde, selbst dann zu begünstigen, wenn die Ehe nicht lange gedauert hat (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2007, 770).

Bei einer diese Zweckerichtung berücksichtigenden Gesetzesanwendung hat der Tatrichter vorrangig zu prüfen, ob sich die Einkommensdivergenz der Ehegatten, die den Anspruch auf Aufstockungsunterhalt begründet, als ein ehebedingter Nachteil darstellt, der einen dauerhaften unterhaltsrechtlichen Ausgleich zugunsten des bedürftigen Ehegatten rechtfertigt. Dieser Gesichtspunkt hat durch die Änderung der Rechtsprechung des Senats zur Eheprägenden Haushaltsführung und den sich daraus ergebenden ehelichen Lebensverhältnissen ein noch stärkeres Gewicht erhalten. Denn die Haushaltsführung und die Kindererziehung beeinflussen jetzt – über den Wert des später an ihre Stelle tretenden Surrogats (BGHZ 148, 105, 115 f. = FamRZ 2001, 986, 989 und FamRZ 2004, 1173, 1174) – die ehelichen Lebensverhältnisse, was zu einem erhöhten Unterhaltsbedarf des Unterhaltsberechtigten und, im Falle hinreichender Leistungsfähigkeit, zu einem dauerhaft höheren Unterhaltsanspruch führt, wie der vorliegende Fall verdeutlicht.

b) Das Berufungsgericht hat die Befristung des Aufstockungsunterhalts nach § 1573 Abs. 5 BGB zu Recht und im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats nicht an der Ehedauer scheitern lassen.

Das Gesetz legt in § 1573 Abs. 5 BGB, ebenso wie in § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB, keine bestimmte Ehedauer fest, von der ab eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nicht mehr in Betracht kommt. Wie der Senat mehrfach ausgeführt hat, widerspräche es auch dem Sinn und Zweck des § 1573 Abs. 5 BGB, den Billigkeitsgesichtspunkt „Dauer der Ehe“ im Sinne einer festen Zeitgrenze zu bestimmen, von der ab der Unterhaltsanspruch grundsätzlich keiner zeitlichen Begrenzung mehr zugänglich sein kann. Vielmehr stellt das Gesetz die Ehedauer als Billigkeitsgesichtspunkt gleichrangig neben die „Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit“. Bei der Billigkeitsabwägung sind zudem die Arbeitsteilung der Ehegatten und die Ehedauer lediglich zu „berücksichtigen“; jeder einzelne Umstand lässt sich also nicht zwingend für oder gegen eine Befristung ins Feld

führen. Zudem beanspruchen beide Aspekte, wie das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, für die Billigkeitsprüfung keine Ausschließlichkeit. Die Abwägung aller danach in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe nicht verkannt und alle für die Einordnung unter diese Begriffe wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2007, 770; FamRZ 2007, 200, 203 = DNotZ 2007, 127 = MittBayNot 2007, 56).

3. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung bestehen keine Bedenken gegen die Befristung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin bis Dezember 2006. (...)

10. BGB §§ 1897, 1908 b Abs. 1 (*Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen macht Betreuer nicht ungeeignet*)

1. **Ein Betreuer ist nicht allein deshalb als ungeeignet gemäß § 1908 b Abs. 1 BGB zu entlassen, weil er lebenserhaltende Maßnahmen gegenüber dem Betroffenen unter Berufung auf dessen unterstellten Willen ablehnt (vgl. OLG Frankfurt, NJW 2006, 3463).**
2. **Die unterlassene Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vor einem Behandlungsabbruch (hier: Einstellung der Sondenernährung) stellt keinen Pflichtverstoß des Betreuers dar, wenn der Arzt die weitere Behandlung nicht für medizinisch indiziert hält und deshalb nicht „anbietet“ (vgl. BGHZ 154, 205 = DNotZ 2003, 850).**

OLG München, Beschluss vom 25.1.2007, 33 Wx 6/07

Die 74-jährige Betroffene wohnt seit 1949 im S.-Stift in N. Sie leidet seit Geburt an einer schweren Intelligenzminderung und ist taubstumm. Eine verbale Verständigung mit ihr ist nicht möglich. Mit Beschluss des AG vom 7.3.1955 wurde Gebrechlichkeitspflegschaft angeordnet, die seit 1.1.1992 als Betreuung weitergeführt wird. Am 18.1.1996 wurde der Beteiligte zu 2, der Bruder der Betroffenen, zum Betreuer bestellt. Als Aufgabenkreise wurden alle Angelegenheiten der Betroffenen nebst Entgegennahme und Öffnen der Post bestimmt. Mit Beschlüssen vom 2.2.2001 und 15.3.2006 wurde die Betreuung, unter Festlegung eines umfangreichen, im Einzelnen bestimmten Aufgabenkreises unter Einschluss der Gesundheitsfürsorge, jeweils verlängert, zuletzt mit Fristsetzung zur Überprüfung zum 14.3.2013. Anlässlich der letzten Verlängerung der Betreuung holte das AG ein Sachverständigen Gutachten des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie D. ein. Dieser stellte eine frühkindlich/geburtsbedingte Schädigung des Gehirns fest, die eine ausgeprägte schwere Intelligenzminderung zur Folge hatte, sowie aufgrund eines 2005 erlittenen Schlaganfalls eine erhebliche Bewegungseinschränkung durch eine halbseitige Lähmung. Im Sommer 2006 verschlechterte sich der Gesundheitszustand der Betroffenen weiter.

Im Bezirkskrankenhaus, wo sie sich vom 8.9.2006 bis 11.10.2006 befunden hatte, war eine Epilepsie, eine progressive subkortikale vaskuläre Enzephalopathie und ein Zustand nach Apoplex mit Resthemiparese diagnostiziert worden, ferner eine Erblindung in Form der sog. Seelenblindheit. Nach der stationären Behandlung hatte ein körperlicher Abbauprozess zu Bettlägerigkeit geführt. Die Betroffene verweigerte u. a. die natürliche Nahrungsaufnahme. Am 24.10.2006 wurde der Betroffenen mit Zustimmung des Beteiligten zu 2 im Krankenhaus eine PEG-Sonde gelegt und die Betroffene über diese ernährt.

Bei einem Besuch am 10.11.2006 wegen einer Freiheitsentziehungsmaßnahme stellte der Vormundschaftsrichter fest, dass die künstliche Ernährung seit 7 Tagen abgebrochen worden war. Er ordnete deren

sofortige Wiederaufnahme an und entließ den Beteiligten zu 2 noch am selben Tag im Wege der einstweiligen Anordnung. Zur neuen endgültigen Betreuerin bestellte er die Beteiligte zu 1, eine Berufsbetreuerin. Gleichzeitig ordnete er die sofortige Wirksamkeit dieser Verfügungen an. Gegen diesen Beschluss legte der Beteiligte zu 2 sofortige Beschwerde und Beschwerde ein.

Am 27.11.2006 entließ das Vormundschaftsgericht den Beteiligten zu 2 endgültig und ordnete die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses an. Zur Begründung ist darin ausgeführt: Der Beteiligte zu 2 habe rechtswidrig ohne vorherige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entschieden, dass bei der Betroffenen lebenserhaltende Maßnahmen (Ernährung mittels einer Sonde) abgebrochen werden. Ein Betreuer, der durch rechtswidrigen Behandlungsabbruch den Tod der Betroffenen herbeizuführen versucht habe, sei schlechthin ungeeignet. Zwischen dem bisherigen Hausarzt und dem bisherigen Betreuer habe eine Konfliktsituation bestanden. Der Hausarzt habe sein Angebot, die Sondenernährung durchzuführen, nie zurückgenommen, sondern sich lediglich der Verweigerung der Einwilligung der weiteren künstlichen Ernährung durch den Betreuer gebeugt. Die von der Beteiligten zu 1 nunmehr beauftragte Ärztin R. sei der Auffassung, dass die weitere Ernährung mittels Sonde ärztlich indiziert sei. Die Betroffene werde nunmehr weiter ernährt. Ihr gehe es besser.

Auch gegen diesen Beschluss legte der Beteiligte zu 2 sofortige Beschwerde ein. Das LG hob den Beschluss des AG vom 10.11.2006, soweit die Beteiligte zu 1 als Betreuerin bestellt worden war, und die Entscheidung vom 27.11.2006 auf und entließ die Beteiligte zu 1 als Betreuerin. Ferner stellte es fest, dass hinsichtlich des Beschlusses vom 10.11.2006 das Beschwerdeverfahren erledigt sei. Gegen diesen am 13.12.2006 zugestellten Beschluss erledigt sich die im Namen der Betroffenen am 22.12.2006 eingelegte sofortige weitere Beschwerde der Verfahrenspflegerin, mit der sie die erneute Entlassung des Beteiligten zu 2 und die Wiederbestellung der Beteiligten zu 1 anstrebt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht hat Folgendes ausgeführt: Es habe kein wichtiger Grund im Sinne von § 1908 b Abs. 1 BGB zur Entlassung des Beteiligten zu 2 als Betreuer vorgelegen.

Allein der Umstand, dass dieser möglicherweise eine ablehnende Haltung zu lebensverlängernden Maßnahmen bei seiner Schwester habe, führe nicht dazu, dass er als ungeeignet zum Führen der Betreuung angesehen werden könne. Eine Ungeeignetheit des Beteiligten zu 2 als Betreuer ergebe sich auch nicht daraus, dass er einer Einstellung der Sondenernährung ohne vormundschaftsgerichtliche Entscheidung zugestimmt habe. Die in zweiter Instanz durchgeführte Anhörung und Beweisaufnahme habe ergeben, dass eine solche lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahme seitens des behandelnden Arztes ab dem 31.10.2006 nicht mehr angeboten worden sei. Sowohl der Beteiligte zu 2 als auch der damals behandelnde Arzt E. seien übereinstimmend zu der Auffassung gelangt, dass eine weitere künstliche Ernährung über eine Magensonde nicht angezeigt sei. Der Arzt habe die Entscheidung, der Betroffenen die Sondenernährung nicht mehr anzubieten, nach gewissenhafter und ernstlicher Überlegung getroffen. Auch der Beteiligte zu 2 habe ausführlich geschildert, wie es zu der Entscheidung gekommen sei. Er habe auch davon ausgehen können, dass er nach dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen handle, da diese weitere Pflegemaßnahmen abgewehrt und die Nahrungsaufnahme verweigert habe.

Eine Vernehmung des Vormundschaftsrichters, der Verfahrenspflegerin und der Berufsbetreuerin sei nicht geboten, da diese bei Gesprächen zwischen dem Arzt und dem Beteiligten nicht zugegen gewesen seien. Die Einholung eines weiteren

Gutachtens sei ebenfalls nicht erforderlich, da für die Frage der Geeignetheit des Betreuers die aufgrund ärztlicher Beratung gebildete, subjektive Einschätzung durch den Betreuer entscheidend sei.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Der Betreuer ist zu entlassen, wenn seine Eignung, die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen, nicht mehr gewährleistet ist, oder ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt (§ 1908 b Abs. 1 Satz 1 BGB). Die mangelnde Eignung ist ein vom Gesetz besonders hervorgehobener Grund für die Entlassung. In der Regel liegt die Ursache in der Person oder den Verhältnissen des Betreuers, etwa wenn er den ihm zugewiesenen Aufgabenkreis nur unzulänglich (vgl. LG Essen, NJW-FER 2000, 258) und unter Gefährdung der Interessen des Betreuten bewältigen kann (BT-Drucks. 11/4528, S. 152 f.) oder wenn er den nötigen Einsatz vermissen lässt (vgl. BayObLGZ 1984, 178, 180; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1908 b BGB Rdnr. 6). Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Entlassung des Betreuers als letzte Maßnahme anzusehen, wenn nicht minder schwere Mittel nach § 1837 BGB ausreichen, um eine etwaige Gefährdung des Wohls des Betreuten zu beseitigen.

Das Vormundschaftsgericht hat zuerst die Mittel der Aufsicht und des Weisungsrechts einzusetzen (vgl. BayObLG, FamRZ 1998, 1257, 1258; FamRZ 2003, 403, 404; BtPrax 2004, 153, 154). Andererseits verlangt das Gesetz aber nicht den Nachweis mangelnder Eignung, sondern lässt es im Hinblick auf die weitreichenden dem Betreuer eingeräumten Befugnisse und seine Vertrauensposition genügen, wenn konkrete Tatsachen Anlass zu berechtigten Zweifeln an der Eignung geben (BayObLG, FamRZ 2003, 786 und 2004, 977).

Bei dem Begriff der Eignung im Sinne von § 1897 Abs. 1 Satz 1, § 1908 b Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Beurteilung der (fehlenden) Eignung durch den Tatrichter darf vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf Rechtsfehler überprüft werden, also insbesondere darauf, ob der Tatrichter den Begriff der Eignung verkennt, relevante Umstände unvertretbar über- oder unterbewertet oder bei der Subsumtion wesentliche Umstände unberücksichtigt lässt (vgl. BayObLG, FamRZ 2001, 1249, 1250; BtPrax 2004, 153, 154; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 66. Aufl., § 1897 Rdnr. 4).

b) In Anwendung dieser Grundsätze hat das LG zu Recht aufgrund der durch Beweisaufnahme festgestellten Tatsachen den die Entlassung des Beteiligten zu 2 als Betreuer anordnenden Beschluss des AG aufgehoben und die Berufsbetreuerin entlassen. Dem Bruder der Betroffenen als ehrenamtlichem Betreuer kommt grundsätzlich Vorrang vor einer familienfremden Berufsbetreuerin zu (§ 1897 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 6 BGB). Zu einem Betreuerwechsel hätte nur Anlass bestanden, wenn das Einverständnis des Beteiligten zu 1 mit dem Abbruch der Sondenernährung und die unterlassene Anrufung des Vormundschaftsgerichts zur Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hierfür rechtswidrig gewesen wären und somit als Ausdruck mangelnder Eignung einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung dargestellt hätten. Dem LG ist darin zu folgen, dass dies unter Würdigung aller zum Zeitpunkt der Entscheidung des Betreuers erkennbaren Umstände nicht der Fall ist.

Allein die ablehnende Haltung eines Betreuers zu lebensverlängernden Maßnahmen führt nicht notwendig zu seiner

Ungeeignetheit (vgl. OLG Frankfurt, NJW 2006, 3436). Es kommt hierzu auf die näheren Umstände, insbesondere die medizinische Indikation für derartige Maßnahmen und gegebenenfalls den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen an.

Der Beteiligte zu 2 hat nach den bindenden Feststellungen des LG mit dem behandelnden Arzt besprochen, inwieweit eine medizinische Indikation für eine Sondenernährung noch bestehe. Ärztlicherseits wurde seinerzeit die Fortführung der Sondenernährung nicht mehr als medizinisch indiziert angesehen, da aus der Sicht des behandelnden Arztes hierdurch ein sinnvolles Therapieziel nicht mehr erreicht werden konnte, weil das Grundleiden der Betroffenen nach dieser Einschätzung bereits einen „irreversibel tödlichen Verlauf“ angenommen hatte (vgl. hierzu BGHZ 145, 205 = DNotZ 2003, 850; *Hahne*, DRiZ 2005, 244, 245). Dieses von der höchstrichterlichen Rechtsprechung eingeführte Kriterium bedeutet im Übrigen nicht, dass der Sterbevorgang bereits eingesetzt haben müsse (vgl. *Hahne*, DRiZ 2005, 244, 245; *Hufen*, ZRP 2003, 248, 249; *Meier*, FGPrax 2003, 167, 168; *E. Albrecht/A. Albrecht*, MittBayNot 2003, 348, 353).

Damit fehlte es an einem „Angebot“ einer weiteren ärztlichen Behandlung der Betroffenen mit dem Ziel der Lebenserhaltung, wie es in der neueren Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2003, 850; vgl. auch *Hahne*, DRiZ 2005, 244, 246) im Wege der Rechtsfortbildung zur Voraussetzung einer Anrufung des Vormundschaftsgerichts erhoben wurde, wenn der Betreuer aufgrund des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Patienten den Abbruch einer solchen Therapie durchsetzen will. Der gegen den Beteiligten zu 2 durch den Vormundschaftsrichter erhobene Vorwurf, der ausschlaggebende Grund für die Entlassung als Betreuer war, ist deshalb schon objektiv unbegründet.

c) Das LG hat die für seine Entscheidung erforderlichen Tatsachen verfahrensfehlerfrei festgestellt und sich hierbei insbesondere auf die Zeugenaussage des seinerzeit behandelnden Arztes E. sowie die Anhörung des Beteiligten zu 2, jeweils im Termin vom 1.12.2006, gestützt.

aa) Die Würdigung von Zeugenaussagen ist Sache der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung und vom Beschwerdegericht nur dahin nachprüfbar, ob der Tatrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG) und bei der Erörterung des Beweistoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat, ob seine Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt, ferner ob die Beweisanforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (BayObLGZ 1993, 18, 19 f. m. w. N.). In diesem Rahmen sind Rechtsfehler des Beschwerdegerichts nicht zu erkennen.

Die ausführlichen Angaben des Zeugen E. im Termin vom 1.12.2006 waren insgesamt widerspruchsfrei und decken sich im Wesentlichen mit der Schilderung des Beteiligten zu 2. Das LG konnte nach seinem persönlichen Eindruck den Zeugen für glaubwürdig halten. Die Aussage steht auch in Einklang mit den vorliegenden Kranken- bzw. Pflegeunterlagen. Soweit die Verfahrenspflegerin geltend macht, die letzte Zeile der Eintragung vom 31.10.2006, in welcher vermerkt ist, dass die Betroffene im Sterben liege – sei nicht abgezeichnet, kann das Handzeichen am rechten Rand auch die gesamte Eintragung von diesem Tag abdecken. An ein Handzeichen am Rand einer Eintragung sind nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine Unterschrift.

bb) Das LG musste bei der Erforschung des Sachverhalts weder den Vormundschaftsrichter noch die Verfahrenspflegerin

als Zeugen vernehmen. Diese waren bei Gesprächen des damals behandelnden Arztes E. mit dem Beteiligten zu 2 nicht zugegen. Dem LG kann insoweit nicht ein Verstoß gegen den Grundsatz der „Chancengleichheit“ (gemeint ist wohl der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit; vgl. EuGHMR, NJW 1995, 1413; BGH, Beschluss vom 30.9.2004, III ZR 369/03, zitiert nach *Juris*) oder eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren vorgeworfen werden. Durch diese Grundsätze ist zwar geboten, im Falle eines sog. „Vieraugengesprächs“ beide Gesprächspartner anzuhören, auch wenn eine dieser Personen nicht als Zeuge in Betracht kommt (BGH, NJW 2003, 3636); nicht aber ist geboten, auch Zeugen zu hören, die zu einem Gespräch direkt keine Angaben machen können.

Im Übrigen hat das LG bei der Bewertung der Glaubwürdigkeit des Zeugen E. auch die schriftlichen Darlegungen des Vormundschaftsrichters und der Verfahrenspflegerin über deren Sicht der Vorgänge und die jeweils ihnen gegenüber gefallenen Äußerungen verwertet.

Ohne Rechtsfehler konnte die Kammer auch bei Wahrunterstellung der dort niedergelegten Schilderungen davon ausgehen, dass der Zeuge damals in Absprache mit dem Beteiligten zu 2 der Auffassung war, es sei keine medizinische Indikation für eine Sondenernährung mehr gegeben, weil kein sinnvolles Therapieziel mehr erreichbar sei, und er diese Ernährung deshalb auch nicht mehr angeboten habe. Wenn der Zeuge E. am 10.11.2006 gegenüber dem Vormundschaftsrichter und der Verfahrenspflegerin etwas anderes äußerte, ist dies ohne weiteres mit der von allen an diesem Gespräch beteiligten Personen geschilderten emotional angespannten Situation zu erklären. Immerhin wurde dem Zeugen vorgeworfen, an einem Tötungsdelikt beteiligt zu sein. Es ist naheliegend, dass er bei diesem Gespräch, ebenso wie in weiteren öffentlichen Erklärungen, zunächst seine Verantwortung herunterspielen wollte.

cc) Selbst wenn – wie die Verfahrenspflegerin behauptet – die Entscheidung des Arztes von der irrigen Auffassung bestimmt gewesen sein sollte, er dürfe eine indizierte lebensverlängernde medizinische Behandlung nicht mehr durchführen, wenn der Betreuer dies nicht wolle, ist das insoweit unerheblich. Aufgrund der Reaktion des Arztes auf das Gespräch konnte der Beteiligte zu 2 annehmen, dieser sei nun auch aus medizinischen Gründen dafür, die Sondenernährung nicht mehr anzubieten.

dd) Soweit die Verfahrenspflegerin meint, die Angaben des Beteiligten zu 2 und des Zeugen, sie hätten der Betroffenen Schmerz und Leid ersparen wollen, seien schon deshalb unglaubwürdig, da diese keine Schmerzen erleide, spräche die Richtigkeit einer solchen Behauptung nicht zwingend gegen den Wahrheitsgehalt der Aussagen.

Unter Leid können nicht nur körperliche Schmerzen, sondern auch das Bewusstwerden einer hoffnungslosen Lage verstanden werden. Die bei der Betroffenen festgestellte sog. Seelenblindheit kann möglicherweise als Indiz hierfür aufzufassen sein.

ee) Das LG hat seine Pflicht, den Sachverhalt ausreichend zu erforschen, auch nicht dadurch verletzt, dass es entgegen dem Antrag der Verfahrenspflegerin kein Gutachten darüber einholte, ob der Abbruch der Sondenernährung medizinisch indiziert gewesen sei oder einen ärztlichen Kunstfehler dargestellt habe, da es hierauf zur Beurteilung, ob der Betreuer geeignet ist, nicht ankam. Maßgeblich für die Eignung des Betreuers ist nicht, ob er die objektiv einzig richtige Entscheidung getroffen hat, sondern ob er aufgrund der ihm Ende Oktober 2006 bekannten Tatsachen und nach eingehender Prüfung der von einem Arzt mitgeteilten medizinischen Gegebenheiten in

vertretbarer Weise zu dem Ergebnis gekommen ist, die Behandlung ohne Anrufung des Vormundschaftsgerichts einzustellen. Zur Klärung dieser Frage wäre ein Sachverständigengutachten, das allenfalls rückblickend die medizinische Indikation der Behandlung hätte beurteilen können, nicht nur ein wenig hilfreiches, sondern sogar ein ungeeignetes Beweismittel.

ff) Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Die Verfahrenspflegerin hatte Gelegenheit, in der Anhörung und vor Erlass des Beschlusses Stellung zu nehmen und hat diese auch wahrgenommen. In der Nichterhebung eines Beweises liegt keine Gehörsverletzung, wenn das LG das Beweisangebot mit sachlichen Gründen abgelehnt hat.

d) Ferner ist dem LG darin zu folgen, dass die Entlassung des Betreuers auch deshalb nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, weil minder schwere Mittel nach § 1837 BGB ausreichen, um eine etwaige Gefährdung des Wohls des Betreuten zu beseitigen. Das LG hat in tatsächlicher Hinsicht – verfahrensfehlerfrei und damit für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend – festgestellt, dass der Beteiligte zu 2 eingesehen habe, in der Einschätzung der Situation einen Fehler gemacht zu haben und deshalb nicht zu erwarten sei, dass er sich über ärztliche Behandlungsangebote und vormundschaftsgerichtliche Hinweise hinwegsetzen werde. Dies gilt umso mehr, als nunmehr Arzt, Betreuer und auch das Heimpersonal sensibilisiert sind und ihnen das Risiko eines Strafverfahrens bekannt ist.

III.

Für das weitere Vorgehen wird unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung (BGHZ 154, 205 und BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385; zusammenfassend *Hahne*, DRiZ 2005, 244) auf Folgendes hingewiesen:

1. Der jeweils behandelnde Arzt wird eigenverantwortlich aufgrund seiner Sachkunde und im Rahmen seines Berufsethos zu prüfen haben, ob eine weitere Behandlung unter Einschluss einer lebensverlängernden Maßnahme, zu der auch eine Sondenernährung gehören kann, noch medizinisch sinnvoll ist, so dass ein entsprechendes Therapieziel besteht und diese Behandlung weiterhin anzubieten ist. Bei dieser Entscheidung werden auch die ärztlichen Meinungen in den Gutachten des H. vom 29.11.2006 und der Landgerichtsärztin vom 12.12.2006 einzubeziehen sein.

2. Kommt der Arzt zu dem Ergebnis, keine derartige Therapie mehr anzubieten, so ist weder eine Zustimmung des Betreuers noch eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hierfür erforderlich. Ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten käme allenfalls insoweit in Betracht, als bei begründeten erheblichen Zweifeln an der ärztlichen Diagnose der Betreuer gegebenenfalls gehalten wäre, im Interesse der Betroffenen die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags durch die Einforderung bestimmter lebensverlängernder oder -erhaltender Behandlungen durchzusetzen (BGHZ 154, 205, 225 = DNotZ 2003, 805).

3. Wird die Fortführung der Behandlung ärztlich angeboten, hat der Betreuer sich nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Betroffenen zu richten. Lässt sich eine vorweg getroffene Willensbestimmung mangels irgendwie geäußerter Meinungen nicht feststellen, ist nach dem anhand der Persönlichkeit der Betroffenen, ihrer Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen ermittelten individuellen, mutmaßlichen Willen zu entscheiden. Ist auch insoweit keine eindeutige Festlegung möglich, so ist fraglich, inwieweit – unter Vorrang des Schutzes des menschlichen Lebens vor persönlichen Vorstellungen des Arztes, der An-

gehörigen oder anderer Beteiligter – auf Kriterien zurückgegriffen werden kann, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen (vgl. BGHSt 40, 257). Im Beschluss vom 17.3.2006 (DNotZ 2003, 850) hat der BGH unter Hinweis auf kritische Stimmen im Schrifttum zu diesem Begriff offen gelassen, ob es derartige allgemeine Wertmaßstäbe geben kann und nur von einem „Verständnis des Wohls des Betroffenen“ gesprochen, „das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt. Ein solches, einem objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis ... böte jedenfalls einen zumindest objektivierbaren Maßstab, der – außerhalb der Spannbreite einer immer möglichen Divergenz in der ärztlichen Indikation – für die Betreuerentscheidung auch in diesem vom Willen des Betroffenen nicht determinierten Grenzbereich menschlichen Lebens eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung eröffnet.“ In jedem Fall wäre eine Entscheidung, die auf Abbruch der Ernährung lauten würde, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig.

4. Das Vormundschaftsgericht trifft insoweit keine eigene Entscheidung für oder gegen lebensverlängernde Maßnahmen. Die Entscheidung hierüber trifft der Betreuer, der sich an den Patientenwillen halten muss. Das Vormundschaftsgericht prüft lediglich, ob die Entscheidung des Betreuers vom wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Betroffenen getragen ist. Es muss der Entscheidung des Betreuers gegen eine lebensverlängernde Maßnahme bzw. für einen Behandlungsabbruch zustimmen, wenn der „irreversible tödliche Verlauf“ im Sinne der Rechtsprechung des BGH feststeht und die ärztlich beabsichtigte oder bereits angewendete lebensverlängernde Maßnahme dem früher erklärten und fortgeltenden bzw. mutmaßlichen Willen der Betroffenen widerspricht (vgl. *Hahne*, DRiZ 2005, 244, 247 m. w. N.).

11. BGB §§ 1795, 1629, 181 (*Geschäftsführerbestellung durch Vormund*)

Im Rahmen des § 1795 Abs. 1 BGB schließt der erweiterte Schutz des Mündels in Ergänzung des § 181 BGB aus, dass der Vormund als dessen Vertreter eine mit ihm, dem Vormund, in gerader Linie verwandte Person zum Geschäftsführer einer Gesellschaft bestellt. Eine vormundschaftliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 11 BGB ist für die Bestellung eines Geschäftsführers für eine GmbH nicht erforderlich. Die analoge Anwendung der Regelung zur Prokuraerteilung auf die Geschäftsführerbestellung ist damit ausgeschlossen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.10.2005, I-3 Wx 137/05

Die betroffene Gesellschaft ist am 25.2.1992 durch Herrn H. und den Vater der Beschwerdeführerin gegründet worden. Am 30.12.1996 wurde Frau S., die Mutter der Beschwerdeführerin, zur Geschäftsführerin bestellt. Durch Anteilsübertragungsvertrag vom selben Tag übertrugen die beiden Gründungsgesellschafter ihre Geschäftsanteile im Nennbetrag von jeweils 25.000 DM auf Frau S.; die Stammeinlagen waren zu diesem Zeitpunkt und sind bis zum heutigen Tag zur Hälfte eingezahlt. Frau S. verstarb am 2.7.2000 und wurde, nachdem der Vater der Beschwerdeführerin und die beiden Söhne die Erbschaft ausgeschlagen hatten, durch die Beschwerdeführerin allein beerbt, die damit alleinige Gesellschafterin der GmbH wurde. Durch Gesellschaftsbeschluss vom 15.8.2000, bei dem die Beschwerdeführerin durch ihren Vater vertreten wurde, erfolgte die Bestellung von Frau K. zur neuen Geschäftsführerin. Diese legte am 31.3.2004 ihr Amt

nieder. Am 29.4.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung, auf der die Beschwerdeführerin wiederum durch ihren Vater vertreten wurde, Frau H., die Mutter des gesetzlichen Vertreters der Beschwerdeführerin, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zur Geschäftsführerin zu bestellen. Gegen die Eintragung der neuen Geschäftsführerin meldete das Registergericht Bedenken an. Durch Beschluss des AG vom 28.7.2004 wurde Frau K. zur Notgeschäftsführerin der Gesellschaft bestellt.

Das AG hat die Registeranmeldung, soweit diese auf Eintragung der neuen Geschäftsführerin H. gerichtet ist, zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin Beschwerde eingelegt, die vom LG zurückgewiesen worden ist. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beschwerdeführerin mit der weiteren Beschwerde, mit der sie geltend macht, dass bei der Bestellung ihrer Großmutter zur Geschäftsführerin ihr (der Beschwerdeführerin) Vater nicht gemäß § 1795 Abs. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen gewesen sei. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieser Bestellung nach § 1822 Nr. 11 BGB sei nicht erforderlich.

Aus den Gründen

II.

2. Das Rechtsmittel ist unbegründet. Denn die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts, §§ 27 FGG, 546 ZPO.

(...)

c) Lediglich ergänzend ist zu den Ausführungen des LG festzustellen, dass dieses zutreffend erkannt hat, dass der Vater der Beschwerdeführerin als deren Vertreter in der Gesellschafterversammlung die Bestellung seiner Mutter zur Geschäftsführerin gemäß §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht wirksam beschließen konnte. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Bestellungsbeschlusses nach § 1822 Nr. 11 BGB musste hingegen nicht erfolgen.

aa) Wegen des Interessenkonflikts zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen wird zu Recht angenommen, dass § 181 BGB heranzuziehen ist, wenn der Vertreter eines Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung der GmbH mit den Stimmen der von ihm vertretenen Person sich selbst zum Geschäftsführer bestellt (vgl. BayObLG, NJW-RR 2001, 469 m. w. N. = DNotZ 2001, 887). Nichts anderes kann im Rahmen des § 1795 Abs. 1 BGB gelten. Hier schließt der erweiterte Schutz des Mündels in Ergänzung des § 181 BGB aus, dass der Vormund als dessen Vertreter eine mit ihm (dem Vormund) in gerader Linie verwandte Person zum Geschäftsführer einer Gesellschaft bestellt.

bb) Eine vormundschaftliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 11 BGB ist für die Bestellung eines Geschäftsführers für einer GmbH hingegen nicht erforderlich. Die §§ 1821, 1822 BGB sind so auszulegen, dass im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine eindeutige Abgrenzung zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Geschäften ermöglicht wird – sog. rein formale Auslegung – (vgl. *Bamberger/Roth*, BGB, Stand Januar 2005, § 1821 Rdnr. 3 m. w. N.). Eine analoge Anwendung der Regelung zur Prokuraerteilung auf eine Geschäftsführerbestellung ist damit ausgeschlossen.

12. BGB §§ 181, 1093, 1821 Nr. 1 (*Einräumung unentgeltlichen Wohnrechts durch minderjährigen Erben rechtlich nachteilig*)

Räumt ein minderjähriger Erbe bei der Auseinandersetzung des Nachlasses nach seinem verstorbenen leiblichen Vater ohne jede Gegenleistung ein Wohnungsrecht zu-

gunsten seiner Mutter und seines Adoptivvaters ein, so liegt darin eine Verfügung über ein Grundstück, die regelmäßig nicht dem Mündelinteresse entspricht.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.5.2006, 2 UF 50/06

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZErB 2007, 153.

13. BGB § 2113 (*Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bei Anteil an Erbengemeinschaft*)

Gehört zu einem Nachlass, für den Vor- und Nacherbschaft angeordnet worden ist, ein Anteil an einer Erbengemeinschaft, zu deren Gesamthandvermögen ein Grundstück zählt, kann der Vorerbe über dieses Grundstück ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen.

BGH, Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 145/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragsteller sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Miteigentümer eines Grundstücks. Mitglied der Erbengemeinschaft war bis zu ihrem Tod auch P. Sie wurde von dem Beteiligten zu 3 als Vorerben beerbt; als Nacherbin ist die Beteiligte zu 4 eingesetzt. Aus Anlass der von dem Beteiligten zu 3 beantragten Grundbuchberichtigung trug das Grundbuchamt im Juli 2005 einen Nacherbenvermerk zugunsten der Beteiligten zu 4 ein.

Die Antragsteller verlangen die Löschung des Nacherbenvermerks. Das Grundbuchamt hat dies abgelehnt; die gegen die Eintragung gerichtete Beschwerde ist von dem LG zurückgewiesen worden. Das OLG Stuttgart möchte der weiteren Beschwerde der Antragsteller stattgeben. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des OLG Hamm vom 28.4.1984 (Rpflger 1985, 21) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO statthaft. Das vorliegende Gericht meint, der Nacherbenvermerk sei zu Unrecht in das Grundbuch eingetragen worden, da der dem Beteiligten zu 3 als Vorerbe angefallene Gesamthandsanteil von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB und damit auch von § 51 GBO nicht erfasst werde. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften scheide aus, weil sie dazu führte, dass die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft in ihren Verfügungsmöglichkeiten beschränkt würden. Der BGH habe für den Fall einer aus zwei Personen bestehenden Erbengemeinschaft, von denen einer Vorerbe des anderen werde, entschieden, dass die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB für den Überlebenden nicht gälten, da sie andernfalls auch dessen ursprünglichen, von der Anordnung der Nacherbschaft freien Anteil am Grundstückseigentum erfassten. Diese Erwägung müsse erst recht gelten, wenn Gegenstand der Vorerbschaft ein Anteil an einer Erbengemeinschaft sei, der Dritte angehörten. Demgegenüber vertritt das OLG Hamm – in ausdrücklicher Abgrenzung zu dieser Rechtsprechung des BGH – die Auffassung, dass ein Vermerk über die Nacherbsfolge in das Grundbuch aufzunehmen sei, wenn als Grundstückseigentümer mehrere Miterben in Erbengemeinschaft eingetragen seien und einer von ihnen durch einen Vorerben beerbt werde. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

III.

Die weitere Beschwerde der Antragsteller ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die von den Antragstellern im Wege der Beschwerde verlangte Löschung des Nacherbenvermerks (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO) liegen vor, da das Grundbuch durch die Eintragung des Nacherbenvermerks unrichtig geworden ist.

Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) hat den Zweck, die Beschränkungen, denen der Vorerbe nach materiellem Recht in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück unterliegt, im Grundbuch für Dritte erkennbar zu machen und dadurch den Nacherben gegenüber den sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren zu sichern (BGHZ 84, 196, 201 = DNotZ 1983, 315). Er darf daher nur eingetragen werden, wenn der Vorerbe in Bezug auf das für ihn eingetragene Recht an dem Grundstück durch die angeordnete Nacherbfolge in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist diese Voraussetzung hier nicht erfüllt, da das Grundstück nicht zur Erbschaft des Beteiligten zu 3 gehört und dieser deshalb nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB unterliegt.

1. Die den Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Vorschrift des § 2113 BGB bezieht sich nur auf Verfügungen über Grundstücke, die zu der Erbschaft gehören, bezüglich deren eine Nacherbfolge angeordnet worden ist (BGHZ 26, 378, 382). Sie findet daher keine unmittelbare Anwendung, wenn die Vorerbschaft – wie hier – Anteile an einem Gesamthandvermögen umfasst, zu welchem ein Grundstück gehört (vgl. BGHZ 26, 378, 382; BGH, NJW 1964, 768 = DNotZ 1965, 350; WM 1976, 478, 479 = DNotZ 1976, 554; NJW 1978, 698; MünchKommBGB/*Grunsky*, 4. Aufl., § 2113 Rdnr. 3; *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl., § 2113 Rdnr. 3; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 11. Aufl., § 2113 Rdnr. 10; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, § 2113 Rdnr. 3; *Damrau/Hennicke*, Praxiskommentar Erbrecht, § 2113 BGB Rdnr. 4; *Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 110 f.; *K. Schmidt*, FamRZ 1976, 683, 687 f.). Nachlassgegenstand ist dann nämlich nicht das Grundstück, sondern nur der Erbteil des Erblassers an dem Nachlass (vgl. RGZ 162, 397, 401).

2. Die Vorschrift des § 2113 BGB ist auf Verfügungen, die der Beteiligte zu 3 zusammen mit den übrigen Mitgliedern der Erbengemeinschaft über das im Rubrum bezeichnete Grundstück trifft, auch nicht entsprechend anzuwenden. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGHZ 120, 239, 252; BGHZ 105, 140, 143; NJW 2003, 1932, 1933).

a) Für den Fall, dass eine Gütergemeinschaft oder eine aus zwei Personen bestehende Erbengemeinschaft dadurch endet, dass einer der Gesamthänder stirbt und der andere Gesamthänder dessen alleiniger Vorerbe und damit alleiniger Eigentümer eines von der Gesamthand gehaltenen Grundstücks wird, ist der BGH zu einer von der gesetzlichen Regelung in § 2113 BGB abweichenden Interessenabwägung gelangt (BGH, NJW 1964, 768, 769; WM 1976, 478, 479; NJW 1978, 698). Zwar spricht das Schutzbedürfnis des Nacherben für

eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift. Dem steht jedoch entgegen, dass dann nicht nur der zum Nachlass, für den die Nacherbfolge angeordnet worden ist, gehörende Gesamthandanteil, sondern ein zum Gesamthandvermögen gehörendes Grundstück insgesamt den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB unterworfen wäre und damit auch der Gesamthandanteil, der dem Überlebenden schon vorher zu eigenem Recht zustand. Dieses Ergebnis hat der Senat als das größere Übel erachtet, zumal es namentlich im Recht der Personenhandelsgesellschaften dazu führen könnte, dass die Flexibilität der Geschäftsführung und der Verkehrsschutz leiden (BGH, NJW 1978, 698).

b) Der Schutz der von der Nacherbschaft nicht betroffenen Gesamthandanteile muss – wie das vorliegende Gericht zutreffend annimmt – erst recht Vorrang vor den Interessen des Nacherben haben, wenn diese Anteile nicht dem Vorerben, sondern, wie hier, Dritten zustehen. Im Fall einer aus mehreren Personen bestehenden Erbengemeinschaft unterlägen andernfalls alle Miterben – da sie über das zum Gesamthandvermögen gehörende Grundstück nur gemeinschaftlich verfügen können (§ 2040 Abs. 1 BGB) – den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, weil sie praktisch nur mit Zustimmung des Nacherben über das Grundstück verfügen könnten. Eine derartig weitgehende Blockierung der von der Anordnung der Nacherbschaft nicht betroffenen und daher an sich unbeschränkten Miterben entspricht nicht dem Zweck des § 2113 BGB. Die Vorschrift will im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben Vorkehrungen zum Schutz der Nacherbschaft treffen, nicht aber in bestehende Rechte Dritter eingreifen (ebenso LG Aachen, Rpfleger 1991, 301; MünchKommBGB/*Grunsky*, § 2113 Rdnr. 3; *Soergel/Harder/Wegmann*, § 2113 Rdnr. 3; *Erman/M. Schmidt*, § 2113 Rdnr. 10; AnwK-BGB/*Gierl*, 2. Aufl., § 2113 Rdnr. 8; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 51 Rdnr. 3; *Damrau/Hennicke*, Praxiskommentar Erbrecht, § 2113 BGB Rdnr. 4; *Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 108 i. V. m. S. 132; *Schaub*, ZEV 1998, 372, 374; *Schmid*, BWNZ 1996, 144, 147 f.; wohl auch BayObLGZ 94, 177, 181; a. A. OLG Hamm, Rpfleger 1985, 21; *Meikel/Kraiss*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 GBO Rdnr. 60; *Edelmann*, Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandvermögens, 1975, S. 113 ff.).

c) Die in der Vergleichsentscheidung des OLG Hamm (Rpfleger 1985, 21) und im Schrifttum für eine entsprechende Anwendung von § 2113 BGB angeführten Gründe führen zu keiner anderen Beurteilung.

aa) Anders als das OLG Hamm meint, liegt der entscheidende Grund dafür, dass der BGH den Schutz des Nacherben hintanstellt, wenn Gegenstand der Vorerbschaft ein Gesamthandanteil ist, nicht darin, dass in den bisher entschiedenen Fällen sich alle Gesamthandanteile in der Hand des Vorerben vereinigt hatten und das Gesamthandvermögen damit nur noch einer Person zustand. Bestimmend war die Überlegung, dass eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB zwangsläufig dazu führt, dass nicht nur der zum Nachlass gehörende Gesamthandanteil den Verfügungsbeschränkungen jener Vorschrift unterworfen wäre, sondern das zum Gesamthandvermögen gehörende Grundstück insgesamt (vgl. BGH, WM 1976, 478, 479). Diese unerwünschte Folge tritt aber unabhängig davon ein, ob sich die Gesamthandanteile in der Person des Vorerben vereinigen oder ob sie – wie hier – mehreren Personen zustehen. Im ersten Fall kann der Vorerbe – ohne dass es insoweit auf die Frage ankommt, ob das Gesamthandverhältnis in seiner Person fort dauert oder durch Konsolidation erlischt (vgl. dazu *K. Schmidt*, FamRZ 1976,

683, 685 f. m. w. N.) – über das Grundstück schon deshalb nur insgesamt verfügen, weil ein rechtlich ungeteiltes Grundstück seinem Eigentümer zwingend als Ganzes zugeordnet ist (vgl. näher BayObLGZ 68, 104, 105 ff.). Bei einer aus mehreren Personen bestehenden Erbengemeinschaft ergibt sich dieselbe Konsequenz aus der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB, wonach Miterben über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können. Damit bleiben die Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe unterliegt, bei einer Verfügung über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück auch in diesem Fall nicht auf seinen Gesamthandanteil begrenzt, sondern erstrecken sich zwangsläufig auf die unbelasteten Anteile der übrigen Miterben.

bb) Ebenso wenig tragfähig ist im Fall einer Mehrpersonen-Gesamthandgemeinschaft die Erwägung, dass es für die von der Nacherbschaft nicht belasteten Miterben – da sie infolge ihrer gesamthänderischen Bindung ohnehin nicht frei verfügen könnten – keinen erheblichen Unterschied bedeute, wenn ein Miterbe seinerseits nicht frei verfügen könne (OLG Hamm, Rpfleger 1985, 21, 22; vgl. allerdings auch BayObLGZ 94, 177, 181 f. und *Kanzleiter*, ZEV 1996, 66 für den Fall der „Einpersonen-Gesamthand“). Dabei wird verkannt, dass den Miterben ein zusätzliches Verfügungshindernis auferlegt würde, wenn sie den Beschränkungen des § 2113 BGB unterlägen, da sie für eine Verfügung über das Grundstück neben der Zustimmung aller Miterben de facto auch die Zustimmung des Nacherben benötigen.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Vergleich mit der Sach- und Rechtslage, die entsteht, wenn ein Erblasser mehrere Erben einsetzt und lediglich für einen von ihnen eine Nacherbfolge anordnet (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1985, 21, 22). Zwar besteht dann von vornherein die Situation, dass einer der Miterben bei der gemeinschaftlichen Verfügung über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück nicht frei, sondern durch die Nacherbfolge beschränkt ist. Dass sich diese Beschränkung nach herrschender Auffassung auf die – an sich unbelasteten – Vollerben erstreckt (vgl. BayObLGZ 61, 200, 205 f.), ist deshalb hinzunehmen, weil die Belastung der Miterben hier auf die Anordnung des Erblassers zurückgeht, zu dessen Nachlass das Grundstück gehört. Demgegenüber führte die Anwendung von § 2113 BGB in der vorliegenden Konstellation dazu, dass ein Miterbe durch Einsetzung eines Nacherben die übrigen Miterben – entgegen dem Willen des ursprünglichen Erblassers – den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB unterwerfen könnte (so zutreffend *Schmid*, BWNtZ 1996, 144, 148; *Ludwig*, DNotZ 2000, 67, 71).

cc) Für die Abwägung der Interessen der nicht nacherbschaftsbelasteten Erben einerseits und des Nacherben andererseits kann auch nicht entscheidend sein, dass sich die Miterben dem „Zuviel“ an Verfügungsbeschränkungen durch die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft entziehen können (so aber *Meikel/Kraiss*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 GBO Rdnr. 60; *K. Schmidt*, FamRZ 1976, 683, 688 f. sowie *Kanzleiter*, ZEV 1996, 66 für die Gütergemeinschaft). Auch wenn die Erbengemeinschaft als Auseinandersetzungsgemeinschaft konzipiert ist, darf sie nicht nur im Hinblick auf eine möglichst rasche Abwicklung gesehen werden. Das Interesse der Miterben wird, insbesondere wenn wertvolle wirtschaftliche Einheiten erhalten werden sollen, nicht selten auf eine Fortführung der Gemeinschaft und damit auf eine gemeinsame Nutzung und Verwaltung des Nachlasses gerichtet sein. Vor diesem Hintergrund ist auch das Interesse der Miterben schützenswert, den Zeitpunkt sowie Art und Weise der Auseinandersetzung zu bestimmen (vgl. *Staudinger/Werner*, BGB, 2002, Vorbem. zu §§ 2032–2057 a Rdnr. 3; *Erman/*

Schlüter, § 2042 Rdnr. 1; *Ludwig*, Vor- und Nacherbschaft im Grundstücksrecht, 1996, S. 128; *Schaub*, ZEV 1998, 372, 374; LG Aachen, Rpfleger 1991, 302).

dd) Die bei einer entsprechenden Anwendung von § 2113 BGB eintretende Beschränkung der Rechte der übrigen Miterben lässt sich schließlich auch nicht durch den von dem Beschwerdegericht herangezogenen Vergleich mit der Lage rechtfertigen, die bei der Verpfändung eines Erbteils durch einen Miterben entsteht. Zwar wird es in diesem Fall – obwohl das Pfandrecht im Hinblick auf § 2033 Abs. 2 BGB nicht den Anteil des Miterben an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück, sondern nur das Anteilsrecht des Miterben an dem ungeteilten Nachlass erfasst – zum Schutz des Pfändungsgläubigers überwiegend für zulässig erachtet, das Pfandrecht an dem Erbteil im Grundbuch des Nachlassgrundstücks einzutragen mit der Folge, dass sich die Verfügungsbeschränkung, die der Miterbe im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger unterliegt, auf sämtliche Miterben auswirkt (vgl. BayObLGZ 59, 50; OLG Hamm OLGZ 77, 283, 286; OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 205). Dass die – für eine entsprechende Anwendung des § 2113 BGB notwendige – Abwägung zwischen den Belangen der Beteiligten in diesem Fall zu Lasten der von der Verpfändung nicht betroffenen Miterben ausfällt, präjudiziert, da jeweils unterschiedliche Aspekte zu gewichten sind, aber nicht notwendigerweise das Ergebnis der Abwägung im hier zu beurteilenden Sachverhalt. So steht dem Pfändungsgläubiger, anders als dem Nacherben, ein dingliches Recht an dem Erbteil zu, und auch das Interesse des Miterben, seinen Erbteil als Kreditgrundlage verwenden zu können, kann anders zu bewerten sein als sein Interesse, dem Nacherben dieses Erbteils einen dinglich wirkenden Schutz vor Verfügungen der übrigen Miterben zu verschaffen.

14. BGB §§ 1643, 2174, 2180 Abs. 1 Satz 2, 2307 Abs. 1 (*Vermächtnisausschlagung für Minderjährigen bedarf familiengerichtlicher Genehmigung*)

Bei der Beurteilung, ob ein Vermächtnis konkludent durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ausgeschlagen wird, sind stets die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Erfolgt das Verlangen des Pflichtteilsanspruchs durch die Eltern eines Vermächtnisnehmers ist hierin jedenfalls dann keine konkludente Ausschlagung zu sehen, wenn es an der gesetzlich erforderlichen Genehmigung des Familiengerichts für dieses einseitige Rechtsgeschäft fehlt. Unabhängig von der Frage, ob eine Aufforderung unter Fristsetzung, sich über die Annahme des Vermächtnisses zu erklären, überhaupt an einen Minderjährigen gerichtet werden darf, ist diese rechtlich bedeutungslos, wenn sie keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen der Fristversäumung enthält. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 5.12.2006, 2 U 103/05

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in FamRZ 2007, 169.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG §§ 35, 68 Abs. 1 Satz 2 (*Alleinvertretungsmacht des verbliebenen Geschäftsführers*)

Besteht nach der Satzung die Möglichkeit, nur einen Geschäftsführer zu bestellen, kann die Gesamtvertretungsmacht des verbliebenen Geschäftsführers zur Alleinvertretungsmacht erstarken. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil Beschluss vom 26.2.2007, II ZR 330/05

Aus den Gründen:

(...)

2. Im Übrigen weist der Senat zur näheren Erläuterung seiner Zulassungsentscheidung darauf hin, dass gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Anspruch der Klägerin gegen den Insolvenzschuldner H. aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB bestehe nicht, es fehle an einem Treueverhältnis, weil die Abtretungsvereinbarung vom 9.9.1997 mangels Vertretungsmacht des Insolvenzschuldners unwirksam sei, durchgreifende rechtliche Bedenken bestehen. Die gesellschaftsvertragliche Vertretungsregelung ist vielmehr dahin auszulegen, dass der Insolvenzschuldner nach dem Tod seines Mitgeschäftsführers Alleinvertretungsmacht hatte und die Abtretung daher wirksam ist mit der Folge, dass die Revision in der Sache keinen Erfolg gehabt hätte, weil der Klage, wenn auch mit anderer Begründung, hätte stattgegeben werden müssen.

Die Alleinvertretungsmacht des verbliebenen Geschäftsführers folgt hier daraus, dass nach der Satzung auch die Möglichkeit bestand, nur einen Geschäftsführer zu bestellen. Die Gesellschafter haben nicht festgelegt, dass notwendigerweise zwei Geschäftsführer tätig sein sollen. Sie haben lediglich eine Regelung getroffen, wer die Gesellschaft zu vertreten hat, wenn zwei Geschäftsführer bestellt sind. Das unterscheidet den Fall von dem der Entscheidung BGHZ 121, 263, 264 = NJW 1993, 1654 zugrundeliegenden Sachverhalt, in dem zwei Liquidatoren bestimmt worden waren und der Senat angenommen hat, bei Wegfall eines der beiden erstarke die Gesamtvertretungsmacht des verbliebenen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) nicht zur Einzelvertretungsmacht. Hier dagegen lässt die Satzungsregelung die Frage, ob zwei Geschäftsführer bestellt sind, offen. Hinzu kommt, dass ausweislich des von dem Beklagten vorgelegten Handelsregisterauszugs ursprünglich nur ein Geschäftsführer bestellt war, nämlich F. W. Später wurde W. abberufen und durch L. und den Insolvenzschuldner ersetzt. Nachdem L. gestorben war, hatte die Gesellschaft wieder nur einen Geschäftsführer. Jedenfalls bei dieser Sachlage – Möglichkeit der Bestellung nur eines Geschäftsführers, ursprüngliche Bestellung nur eines Geschäftsführers und Wegfall des später bestellten Mitgeschäftsführers – ist davon auszugehen, dass die Gesamtvertretungsmacht des verbliebenen Geschäftsführers zur Alleinvertretungsmacht erstarkt (BGH, WM 1960, 902; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 35 Rdnr. 60).

16. BGB § 707 (*Nachschusspflicht bei BGB-Gesellschaft*)

a) Sollen in dem Gesellschaftsvertrag einer Publikums-gesellschaft über die betragsmäßig festgelegte Ein-lageschuld hinausgehende laufende Beitragspflichten

vereinbart werden, müssen diese aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgehen und der Höhe nach bestimmt oder zumindest objektiv bestimmbar sein (BGH, ZIP 2006, 754, 755 = DNotZ 2006, 631).

b) Eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, die den einzelnen Gesellschafter zu Nachschusszahlungen verpflichtet, „soweit bei der laufenden Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten“, genügt diesen Anforderungen nicht und kann deshalb nicht Grundlage einer Nachschussverpflichtung sein.

BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 73/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten darum, ob die Beklagte als Gesellschafterin der als geschlossener Immobilienfonds ausgestalteten Klägerin zur Zahlung eines als Nachschuss bezeichneten Geldbetrages verpflichtet ist.

Die klagende BGB-Gesellschaft dient dem Zweck, bestimmte Grundstücke mit sozial geförderten Wohnanlagen zu bebauen und diesen Grundbesitz zu verwalten und zu vermieten.

Der notariell beurkundete Gesellschaftsvertrag (GV) der Klägerin legt in § 2 Nr. 2 Abs. 1 das geplante Investitionsvolumen (Gesamtaufwand einschließlich Damnum), das – wie es dort heißt – nur „begründet“ überschritten werden darf, auf 16.726.400 DM fest. Wegen der Aufgliederung des Gesamtaufwands und der vorgesehenen Finanzierung wird in Abs. 2 dieser Bestimmung auf die dem Gesellschaftsvertrag beigefügte Anlage verwiesen. Diese enthält einen Investitionsplan, dem ein nach Eigenkapital und Darlehen aufgeschlüsselter Finanzierungsplan gegenübergestellt wird.

§ 3 Nr. 3 Abs. 1 GV sieht vor, dass das – nach § 3 Nr. 1 GV bei dessen Unterzeichnung 70.000 DM betragende – Eigenkapital durch Aufnahme weiterer Gesellschafter bis auf 5.050.000 DM erhöht werden soll. Die Anlage zum GV weist ein Eigenkapital in Höhe dieses Betrages zuzüglich Agio aus.

In § 3 GV ist unter Nr. 3 Abs. 3 bestimmt:

„Der Geschäftsführer wird ermächtigt, die von den Gesellschaftern zu erbringenden Gesellschaftereinlagen gemäß vorstehendem Absatz, etwaige wirksam beschlossene Nachschüsse der Gesellschafter und Unterdeckungsbeiträge im eigenen Namen für Rechnung der Gesellschaft bei den Gesellschaftern einzufordern und erforderlichenfalls gerichtlich geltend zu machen.“

In § 5 GV („Haftung/Nachschüsse“) heißt es unter Nr. 3:

„Soweit bei der laufenden Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten, ist der jeweilige Gesellschafter verpflichtet, binnen vier Wochen nach entsprechender Anforderung der Geschäftsführung die seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Zahlungen zu erbringen. Die Geschäftsführung ist berechtigt, bei sich abzeichnenden Unterdeckungen angemessene laufende Vorschüsse anzufordern.“

Nach § 9 Nr. 3 GV beschließt die Gesellschafterversammlung über die Feststellung der jährlichen Vermögensübersicht und der Überschussrechnung. § 11 Nr. 2 Abs. 1 GV regelt, dass der Geschäftsführer und/oder Geschäftsbesorger für den Schluss eines jeden Kalenderjahres möglichst binnen sechs Monaten eine Vermögensübersicht nebst Überschussrechnung aufzustellen hat. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung sind die Vermögensübersicht und die Überschussrechnung von der Gesellschafterversammlung zu genehmigen, nach Abs. 3 sind sie während der Investitionsphase von einem Angehörigen der wirtschaftsprüfenden oder steuerberatenden Berufe zu überprüfen.

Die von der Geschäftsführung der Klägerin beauftragte Verwaltungsgesellschaft forderte die Beklagte – unter Hinweis auf § 5 Nr. 3 GV – auf, für das Jahr 2004 einen Vorschuss auf den erwarteten Nachschuss in Höhe von 2,6 % ihrer Gesellschaftsbeteiligung (1.329,26 €) zu zahlen. Nach dem Vortrag der Klägerin hatte ihre Geschäftsführung zu diesem Zeitpunkt einen – sich bis Anfang des Jahres 2005 abzeichnenden – Unterdeckungsbetrag von 72.341,11 € prognostiziert, der 2,6 % des vorhandenen Gesellschaftskapitals entsprach. Anders als in den zurückliegenden Jahren 1999 bis 2003, für die die Beklagte Nachschussforderungen in Höhe von insgesamt 5.777,59 € erfüllte, verweigerte sie für das Jahr 2004 die Zahlung weiterer Beträge.

Das AG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Hiergegen richtet sich die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

(...)

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, dem die einschlägigen Senatsurteile vom 23.1.2006 (BGH, ZIP 2006, 754 = DNotZ 2006, 631 und BGH, ZIP 2006, 562) noch nicht bekannt sein konnten, ist die Beklagte nicht zu Nachschusszahlungen verpflichtet. Dem steht § 707 BGB entgegen. Eine Nachschussverpflichtung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern erfordert einen Beschluss, dem alle Gesellschafter zustimmen müssen. Auch die gesellschaftliche Treuepflicht rechtfertigt den mit der Beitragserhöhung verbundenen Eingriff in die Mitgliedschaft der Beklagten nicht.

1. Eine Verpflichtung der Gesellschafter, Nachschüsse zu leisten, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag.

a) Nach § 707 BGB besteht vor Auflösung der Gesellschaft eine Nachschusspflicht über die vereinbarte Einlage hinaus grundsätzlich nicht. Die – dispositives Recht enthaltende – Regelung in § 707 BGB greift allerdings u. a. dann nicht ein, wenn sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag keine der Höhe nach festgelegten Beiträge versprochen, sondern sich verpflichtet haben, entsprechend ihrer Beteiligung das zur Erreichung des Gesellschaftszwecks Erforderliche beizutragen (BGH, ZIP 2005, 1455, 1456; ZIP 2006, 754, 755 Tz. 14 = DNotZ 2006, 631 und ZIP 2006, 562, 563 Tz. 14 m. w. N.). Ebenso ist § 707 BGB dann nicht berührt, wenn sich die Gesellschafter zum einen eine betragsmäßig festgelegte Einlage, zum anderen laufende Beiträge versprochen haben (BGH, ZIP 2006, 754; WM 1961, 32, 34). In einem solchen Fall bedürfen die Festlegung der Höhe und die Anforderung der Beiträge keines Gesellschafterbeschlusses, sondern sind Sache der Geschäftsführer (BGH, ZIP 2005, 1455; ZIP 2006, 754; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 707 Rdnr. 3). Allerdings ist bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages die in § 707 BGB getroffene Grundentscheidung zu beachten. Sollen über die eigentliche Beitragsschuld hinausgehende Beitragspflichten begründet werden, muss dies aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgehen (vgl. zuletzt BGH, ZIP 2006, 754 m. w. N.). Zudem muss auch im Falle einer derartigen Aufspaltung der Beitragspflicht die Höhe der laufenden Beiträge im Gesellschaftsvertrag zumindest in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet sein (BGH, ZIP 2006, 754; MünchKommBGB/Ulmer, a. a. O. Rdnr. 2 f.).

b) Ein derartiger Sachverhalt ist hier entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben. Das kann der Senat selbst feststellen, weil der Gesellschaftsvertrag der Klägerin als Publikumsgesellschaft objektiv auszulegen ist (vgl. zuletzt BGH, ZIP 2005, 1455; ZIP 2006, 754, 755 Tz. 15 und ZIP 2006, 562, 563 Tz. 15 m. w. N.). Danach ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag, dass Nachschüsse einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss erfordern.

aa) Die Einlagen der Gesellschafter sind im Gesellschaftsvertrag betragsmäßig festgelegt. Nach § 5 Nr. 3 Satz 1 GV sind die Gesellschafter zwar verpflichtet, bei auftretenden Unterdeckungen im Rahmen der laufenden Bewirtschaftung

der Grundstücke nach entsprechender Aufforderung der Geschäftsführung die ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Zahlungen zu erbringen. Verbindlich festgesetzt werden etwaige Unterdeckungsbeiträge aber gemäß § 11 Nr. 2 Abs. 2 GV durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, wenn diese die jährliche Vermögensübersicht und die Überschussrechnung genehmigt.

bb) Bei der gebotenen objektiven Auslegung folgt schon aus dem Zweifel ausschließenden Wortlaut von § 3 Nr. 3 Abs. 3 GV, wonach die Geschäftsführung ermächtigt ist, „etwaige wirksam beschlossene Nachschüsse und Unterdeckungsbeiträge“ im eigenen Namen geltend zu machen, dass die Nachschusspflicht einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss voraussetzt.

cc) Die – gegenteilige – Annahme, dass im Gesellschaftsvertrag selbst über die Einlageschuld hinausgehende weitere Beitragspflichten begründet wurden, lässt sich – anders als das Berufungsgericht meint – nicht schon darauf stützen, dass der Gesellschaftsvertrag der Klägerin keine Bestimmung enthält, in der das Gesellschaftskapital auf einen bestimmten Betrag festgesetzt und ausdrücklich geregelt ist, dass dieser Betrag den zur Durchführung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Gesellschaftereinlagen entspricht. Das Berufungsgericht verkennt die Anforderungen, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die vertragliche Vereinbarung einer, in eine bezifferte Einlage und laufende Beiträge gespaltenen Beitragspflicht zu stellen sind. Danach genügt es nicht, dass der Gesellschaftsvertrag die Beitragspflicht der Gesellschafter nicht ausdrücklich auf den vereinbarten Einlagebetrag begrenzt. Vielmehr muss eine über die bezifferte Einlageschuld hinausgehende Beitragspflicht eindeutig aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen und der Höhe nach bestimmt oder zumindest objektiv bestimmbar sein.

dd) Diese erforderliche Eindeutigkeit fehlt dem Gesellschaftsvertrag. Er regelt in § 2 Nr. 2 Abs. 1 ein geplantes Investitionsvolumen. Die in Abs. 2 dieser Bestimmung wegen der Finanzierung in Bezug genommene Anlage zum Gesellschaftsvertrag enthält einen Finanzierungsplan, in dem ein Eigenkapital von 5.050.000 DM ausgewiesen ist. Dieses entspricht dem in § 3 Nr. 3 Abs. 1 GV festgelegten Eigenkapitalbetrag, der durch Aufnahme neuer Gesellschafter realisiert werden soll. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus der vom Gesellschaftsvertrag – in „begründeten“ Fällen – zugelassenen Überschreitung des Investitionsvolumens während der Bauphase nicht, dass die Gesellschafter grundsätzlich über die betragsmäßig festgelegte Einlageschuld hinaus zu weiteren Beiträgen verpflichtet sein sollen. Zudem geht aus dem Gesellschaftsvertrag jedenfalls nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit hervor, dass eine – „begründete“ – Überschreitung des Investitionsvolumens durch Beitragserhöhungen finanziert werden soll.

c) Der Annahme, schon der Gesellschaftsvertrag begründe eine über den bezifferten Einlageanteil hinausgehende Beitragspflicht, steht außerdem entgegen, dass im Gesellschaftsvertrag die Höhe der nachzuschießenden Beiträge nicht in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet ist. § 5 Nr. 3 GV beschränkt zwar die Verpflichtung der Gesellschafter, weitergehende Zahlungen zu erbringen, auf den Fall, dass bei der laufenden Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten. Die danach für das Entstehen der Beitragspflicht maßgeblichen Kriterien der „laufenden Bewirtschaftung“ und der „Unterdeckung“ werden im Gesellschaftsvertrag in keiner Weise konkretisiert. Insbesondere legt der Gesellschaftsvertrag der Klägerin nicht fest, nach welchen Maßstäben der

Wirtschaftsplan aufzustellen ist und welche Positionen in die Kalkulation einzubeziehen sind (vgl. BGH, ZIP 2006, 754, 755 Tz. 18). Die Verpflichtung, bei der Erstellung der Vermögensübersicht und der Überschussrechnung handelsrechtliche Bewertungsvorschriften zu beachten, grenzt die Höhe der laufenden Beitragspflichten ebenso wenig in der erforderlichen Weise ein wie die in § 11 Nr. 3 GV – ohnehin nur während der Bauphase – vorgesehene Überprüfung der Abschlüsse durch einen Angehörigen der wirtschaftsprüfenden oder steuerberatenden Berufe.

d) Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Zahlung weiterer Beiträge über die bezifferte Einlagenschuld hinaus kann auch nicht § 5 Abs. 3 Satz 2 GV entnommen werden. Diese Vertragsbestimmung regelt schon nicht die Voraussetzungen einer erweiterten Beitragspflicht. Vielmehr knüpft sie an die Nachschussregelung in § 5 Abs. 3 Satz 1 GV an und legt nur die Verpflichtung zur Zahlung von Vorschüssen vor Auftreten und Feststellung der Unterdeckung fest. Da § 5 Abs. 3 Satz 1 GV keine Verpflichtung der Gesellschafter zur Zahlung von Nachschüssen – zum Ausgleich von Unterdeckungen bei laufender Bewirtschaftung – begründet, sind die Gesellschafter ebenso wenig verpflichtet, Vorschüsse auf solche – nicht geschuldeten – Beiträge zu leisten.

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist zudem die Höhe der Vorschusszahlungen in § 5 Abs. 3 Satz 2 GV nicht – wie nach der Rechtsprechung des Senats erforderlich – in objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet. Der Gesellschaftsvertrag lässt offen, wann sich „Unterdeckungen abzeichnen“ und welche laufenden Vorschüsse „angemessen“ sind.

III.

Das Berufungsurteil kann auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden (§ 561 ZPO).

Die Beklagte ist nicht aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet, den geforderten Nachschuss zu zahlen.

Zwar kann auch bei Fehlen eines antizipierten Einverständnisses im Gesellschaftsvertrag die gesellschaftliche Treuepflicht in engen Ausnahmefällen eine Zustimmung der Gesellschafter zu Beitragserhöhungen gebieten mit der Folge, dass § 707 BGB einer – ohne Zustimmung des einzelnen Gesellschafters beschlossenen – Nachforderung nicht entgegensteht. Ein solcher Sachverhalt ist hier schon deshalb nicht gegeben, weil ein Gesellschafterbeschluss über eine Nachschussverpflichtung, dem die Beklagte zustimmen müsste, nicht gefasst wurde.

Im Übrigen ist ein Gesellschafter zur Hinnahme von Eingriffen in seine Mitgliedschaft nur dann verpflichtet, wenn diese im Gesellschaftsinteresse geboten und ihm unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar sind (BGH, ZIP 2005, 1455, 1456 f.; ZIP 2006, 754, 755 Tz. 24 und ZIP 2006, 754, 755 Tz. 24 m. w. N.). Dabei sind an die aus der Treuepflicht abgeleitete Verpflichtung, einer Beitragserhöhung zuzustimmen, besonders hohe Anforderungen zu stellen, da ein Gesellschafter grundsätzlich nicht zu neuen Vermögensopfern gezwungen werden darf (BGH, ZIP 2005, 1455; ZIP 2006, 562, 563; MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 233).

Derartige besondere Umstände sind nicht ersichtlich. Die Tatsache, dass die Mehrheit der Gesellschafter die geforderten Nachschüsse leistet und auch die Beklagte in der Vergangenheit so verfahren ist, genügt hierfür allein ebenso wenig wie der Umstand, dass die Gesellschaft – ohne weitere Beitragsleistungen der Gesellschafter – aufgelöst werden müsste

oder in Insolvenz geraten würde (BGH, ZIP 2006, 754, 755 Tz. 25). Entgegen den Ausführungen der Revisionserweiterung muss sich die Beklagte nicht auf die Möglichkeit verweisen lassen, das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen und sich dadurch in der Zukunft weiteren Nachschusszahlungen zu entziehen. Jedenfalls für das Jahr 2004 bestand diese Möglichkeit nicht, weil das Gesellschaftsverhältnis nach § 15 Nr. 2 Satz 1 GV erstmals zum 31.12.2005 gekündigt werden konnte. Eine – ohnehin nur mit Zustimmung des Geschäftsführers mögliche – Kündigung vor diesem Zeitpunkt war der Beklagten schon wegen der – sich nach § 16 Nr. 1 Abs. 2 GV ergebenden – Nachteile bei der Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens nicht zumutbar.

17. HGB § 25 Abs. 2 (*Kein Haftungsausschluss bei siebenmonatiger Eintragungsdauer*)

Eine Eintragung eines Haftungsausschlusses, die frühestens nach Ablauf von sieben Monaten seit Geschäftsübernahme durch den neuen Rechtsträger erfolgen kann, vermag die an die tatsächliche Geschäftsübernahme anknüpfende Verkehrsauffassung, der neue Rechtsträger sei zur Übernahme der Verbindlichkeiten des früheren Inhabers bereit, nicht mehr zu beseitigen.

OLG München, Beschluss vom 6.2.2007, 31 Wx 103/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Mit Urkunde vom 23.6.2006 meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar die W. M. M. GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthielt die Mitteilung, wonach die Gesellschaft die Geschäfte verschiedener im Handelsregister eingetragener Unternehmen fortführe. Deshalb wurde weiter beantragt, in das Handelsregister einzutragen, dass die neu errichtete Kommanditgesellschaft nicht für die Verbindlichkeiten der fortgeführten Unternehmen hafte. In dem Unternehmenskaufvertrag vom 26.6.2006 ist niedergelegt, dass die anmeldende Gesellschaft Sachen und Rechte der W. M. GmbH, der P. W. OHG und der Firma J. W. kauft. Die Verkäufer erteilten, soweit sie im Handelsregister eingetragen waren, die Zustimmung zur Firmenfortführung durch den Käufer. Die Übergabe des Betriebes erfolgte am 27.6.2006. Von diesem Tage an gingen sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsbetrieb auf den Käufer, die anmeldende Gesellschaft, über. Verbindlichkeiten und Forderungen, außer den ausdrücklich bezeichneten, übernahm der Käufer nicht. Es war vereinbart, dass bei Firmenfortführung durch den Käufer ein Haftungsausschluss im Handelsregister einzutragen ist.

Mit Schreiben vom 3.7.2006 reichte der bevollmächtigte Notar die Anmeldung beim Registergericht ein und bat um eiligen Vollzug, weil aufgrund des bereits aufgenommenen Geschäftsbetriebs das Haftungsrisiko im Gründungszeitraum vermindert werden sollte.

Das Registergericht teilte dem anmeldenden Notar mit Schreiben vom 13.7.2006 mit, dass die vorgelegte Anmeldung aus mehreren Gründen nicht vollzogen werden könne. Insbesondere lägen die Voraussetzungen für die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB nicht vor. Mit Schriftsatz vom 17.8.2006 stellte der Notar Antrag auf Teilvollzug bezüglich der Eintragung der neu errichteten GmbH & Co. KG. Der Haftungsausschluss werde noch nicht in diesem ersten Schritt zur Eintragung mit angemeldet. Im Übrigen nahm der Notar in Bezug auf das Einzelunternehmen J. W. den Antrag auf Eintragung eines Haftungsausschlusses zurück. Ferner beantragte er den Erlass einer rechtsmittelfähigen Entscheidung. Die beteiligte Gesellschaft wurde am 18.8.2006 in das Handelsregister eingetragen. Sie hat ihren Sitz inzwischen von I. nach M. verlegt.

Das Registergericht wies die Anmeldung in Bezug auf die Eintragung eines Haftungsausschlusses gem. § 25 Abs. 2 HGB zurück. Gegen diese Entscheidung legte der Notar Beschwerde ein. Dieser half das

Registergericht nicht ab. Das LG hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Eine Firmenfortführung läge nicht vor. Die anmeldende Gesellschaft W. M. M. GmbH & Co. KG stelle keine Fortführung der P. W. OHG dar. Beide Firmen enthielten zwar denselben Namensbestandteil „W.“. Dieser Namensbestandteil als solcher besitze jedoch keine derart prägende Kraft, dass aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise dies als Fortführung der alten Firma angesehen würde. Prägender Teil der übernommenen Firma sei der Name „P. W.“ gewesen, während prägender Teil der neuen Firma der mit dem Familiennamen „W.“ verbundene Unternehmensgegenstand „M. M.“ sei. Deshalb bedürfe es keiner Entscheidung darüber, ob zur Eintragung des Haftungsausschlusses auch die Vorlage der Einwilligung der bisherigen Geschäftsinhaber erforderlich gewesen wäre.

2. Diese Ausführungen halten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

Es bedarf in der weiteren Beschwerde keiner Entscheidung mehr darüber, ob hier eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB vorliegt. Die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB scheidet jedenfalls unter zeitlichen Gesichtspunkten.

Ein Haftungsausschluss kann nur dann Außenwirkung haben, wenn die Bekanntmachung unverzüglich nach dem Wechsel des Unternehmensträgers vorgenommen wird. Die Handelsregistereintragung und die Bekanntmachung müssen daher alsbald nach diesem Wechsel bewirkt werden (BGHZ 29, 1, 4; BayObLG, DB 1984, 1672; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120, 1121 = RNotZ 2003, 459). Das Risiko einer verzögerten Eintragung und Bekanntmachung trifft den neuen Unternehmensträger. Es kommt dabei weder auf dessen Verschulden noch auf ein solches des Registergerichts an (BayObLG, DB 1984, 1672; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1119, 1121; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120, 1121 = RNotZ 2003, 459). Ist offensichtlich, dass wegen der langen Zeit zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung und Bekanntmachung ein nach außen wirkender Haftungsausschluss nicht mehr herbeigeführt werden kann, so muss die Eintragung versagt werden (BayObLG, DB 1984, 1672; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120, 1121 = RNotZ 2003, 459).

Im hier zu entscheidenden Fall ist der Zeitraum, in dem ein Haftungsausschluss durch Eintragung und Bekanntmachung mit Außenwirkung noch wirksam werden könnte, verstrichen. Seit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs durch die anmeldende Gesellschaft am 27.6.2006 ist ein Zeitraum von über sieben Monaten verstrichen. Die ältere Rechtsprechung hatte die Wirkungen eines Haftungsausschlusses verneint, wenn zwischen dem Wechsel des Unternehmensträgers und der Eintragung sechs bis zehn Wochen verstrichen waren (RGZ 75, 139, 140). Dieser Zeitraum wird heute gemeinhin als zu kurz angesehen. Eine solche Frist würde den Anmelder gegenüber einer ablehnenden Entscheidung des Registergerichts rechtlos stellen (vgl. OLG Hamm, DB 1998, 2590, 2591 = ZNotP 1999, 167; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120, 1121 = RNotZ 2003, 459). Deshalb lässt es die geltende Rechtsprechung zu, eine Eintragung eines Haftungsausschlusses auch noch nach fünf Monaten seit Übergang des Unternehmensträgers bei vorliegender unverzüglicher Anmeldung vorzunehmen (OLG Hamm, DB 1998, 2590, 2591 = ZNotP 1999, 167; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1120, 1121

= RNotZ 2003, 459). Andererseits wird ein Zeitraum von acht Monaten (OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1119, 1121 = RNotZ 2003, 459) und ein Zeitraum von neun Monaten (vgl. BGH, NJW 1984, 1186, 1187) jedenfalls nicht mehr für ausreichend erachtet.

Versäumnisse der hier beteiligten Stellen, welche zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des Eintragungsverfahrens geführt hätten und die bei der Beurteilung der noch als angemessen anzusehenden Frist zu berücksichtigen wären (vgl. OLG Hamm, DB 1998, 2590, 2591 = ZNotP 1999, 167), sind nicht festzustellen. Insbesondere haben alle gerichtlichen Instanzen in einem Zeitraum entschieden, welcher nach dem üblichen Geschäftsablauf vertretbar ist. Der hier zu betrachtende Zeitraum liegt zwischen denjenigen, zu denen veröffentlichte Entscheidungen ersichtlich sind. Für die vom Senat zu treffende Entscheidung ist ferner zu berücksichtigen, dass der Eintragungsantrag noch nicht in jeder Hinsicht rechtlich ausgelotet ist, da das Registergericht des früheren Sitzes der anmeldenden Gesellschaft die Auffassung vertreten hat, wonach die Eintragung eines Haftungsausschlusses auch einer Anmeldung seitens des übernommenen Rechtsträgers bedarf (vgl. *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 554). Diese Rechtsfrage hat das Beschwerdegericht, aus seiner Sicht folgerichtig, offen gelassen, muss aber von dem Registergericht des neuen Sitzes geprüft werden. Auch wenn das Registergericht der Auffassung der anmeldenden Gesellschaft folgt, wonach eine kumulative Anmeldung hier nicht geboten ist, käme die Eintragung des Haftungsausschlusses erst nach einem Zeitraum von weit über sieben Monaten seit Geschäftsübernahme zum Tragen. Nach einem solchen Zeitraum muss aber davon ausgegangen werden, dass sich die an die tatsächliche Geschäftsübernahme anknüpfende Verkehrsauffassung, der neue Unternehmensträger trage auch die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (vgl. BGHZ 29, 1, 3), zwischenzeitlich verfestigt hat, und dieser Umstand von einer demnächst erfolgenden Bekanntmachung eines Haftungsausschlusses nicht mehr beseitigt werden kann. Die Eintragung muss deshalb versagt werden; sie ist rechtlich unzulässig geworden und darf nicht mehr vorgenommen werden (BayObLG, DB 1984, 1672).

18. AktG §§ 23 Abs. 5, 131 Abs. 2 (*Satzungsmäßige Beschränkung der Rede- und Fragezeit zulässig*)

Eine Satzungsänderung, die das Rede- und Fragerecht und die Versammlungsdauer dahingehend einschränkt, dass der Versammlungsleiter die Dauer der Hauptversammlung bei gewöhnlichen TOP auf sechs Stunden und bei außergewöhnlichen TOP auf zehn Stunden sowie die maximale Rede- und Fragezeit des einzelnen Aktionärs auf zehn bis fünfzehn Minuten beschränken kann, ist „angemessen“ i. S. d. § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG. Zwar können komplexe Materien mehr als einer zehnstündigen Diskussion bedürfen, in diesem Fall muss die Hauptversammlung jedoch von Anfang an auf mehrere Tage terminiert werden. Die Beschränkung der Rede- und Fragezeit auf 15 Minuten pro Aktionär entbindet den Versammlungsleiter von der schwierigen Bürde, im Einzelfall einen Missbrauch nachweisen zu müssen, um die Versammlung effektiv weiterführen zu können und entspricht damit dem Sinn des UMAG, Missbrauch durch Aktionäre zu verhindern. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Frankfurt am Main, Urteil vom 28.11.2006, 3-05 O 93/06

Am 14.6.2006 fand die ordentliche Hauptversammlung der Beklagten statt. Gegenstand war u. a. eine Beschlussfassung zu TOP 7 d, mit dem eine Satzungsänderung beschlossen wurde. Darin wurde eine Begrenzung des Rede- und Fragerechts aus zukünftigen Hauptversammlungen durch den Versammlungsleiter festgelegt. Der Kläger wurde bei dieser Hauptversammlung durch eine Vertreterin vertreten, die gegen die Beschlussfassung zu TOP 7 d Widerspruch zu Protokoll einlegte.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Satzungsänderung anfechtbar sei. Die dort angegebenen Beschränkungen des Rede- und Fragerechts und der Versammlungsdauer durch den Versammlungsleiter seien nicht mehr angemessen im Sinne des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG. Hierdurch würden die mitgliederschaflichen Verwaltungsrechte der Aktionäre zu stark beschränkt.

Der Kläger beantragt, den in der Hauptversammlung zu TOP 7 d gefassten Beschluss über die Beschränkung des Rede- und Fragerechts der Aktionäre mit dem folgenden Inhalt:

„Vorstand und Aufsichtsrat schlagen vor, zu beschließen, § 21 der Satzung wird um die folgenden neuen Absätze 5, 6 und 7 ergänzt:

5. Der Versammlungsleiter hat das Recht, das Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich nach der Maßgabe des Folgenden zu beschränken:

(a) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) nur über die Gegenstände, Verwendung des Bilanzgewinns, Entlastung der Mitglieder des Vorstands, Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats, Wahl des Abschlussprüfers und Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien oder einzelne dieser Gegenstände Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Frage- und Rederecht der Aktionäre in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als sechs Stunden dauert. Bei der Berechnung der Dauer der Hauptversammlung bleiben die Zeiträume außer Betracht, die auf Unterbrechung der Hauptversammlung und die Rede des Vorstands sowie die Ausführungen des Versammlungsleiters vor Beginn der Generaldebatte entfallen.

(b) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) auch über andere Gegenstände als Buchstabe (a) Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Rede- und Fragerecht der Aktionäre in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als zehn Stunden dauert. Buchstabe a) Satz 2 gilt entsprechend.

(c) Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit eines Aktionärs je Wortmeldung auf 15 Minuten beschränken und, wenn sich im Zeitpunkt der Worterteilung an den Aktionär mindestens drei weitere Redner angemeldet haben, auf 10 Minuten. Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit, die einem Aktionär während der Versammlung insgesamt zusteht, auf 45 Minuten beschränken.

(d) Die Beschränkungen nach Buchstaben a) bis c) können vom Versammlungsleiter jederzeit, auch zu Beginn der Versammlung angeordnet werden.

(e) Beschränkungen nach Maßgabe der vorstehenden Buchstaben a) bis d) gelten als angemessen im Sinne des § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG.

6. Unabhängig von dem Recht des Versammlungsleiters, das Frage- und Rederecht der Aktionäre nach Maßgabe des Absatzes 5 zu beschränken, kann der Versammlungsleiter um 22:30 Uhr des Versammlungstags den Debattenschluss anordnen und mit den Abstimmungen zu den Tagesordnungspunkten beginnen. Nach Anordnung des Debattenschlusses sind in den Fällen des Satzes 1 weitere Fragen nicht mehr zulässig.

7. Das Recht des Versammlungsleiters, das Rede- und Fragerecht der Aktionäre über die Bestimmungen in Absatz 5 und 6 hinaus nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen oder nach Maßgabe sonstiger in der Rechtsprechung anerkannter Grundsätze einzuschränken, bleibt von den Regelungen in Absatz 5 und 6 unberührt.“

für nichtig zu erklären, hilfsweise, dessen Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit festzustellen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, dass die Satzungsänderung nicht gegen das Gesetz verstoße und daher weder nichtig noch anfechtbar sei. Vielmehr ergebe sich aus der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 131 AktG durch das UMAG, die der Hauptversammlung eingeräumte Satzungsautonomie zur in der beschlossenen Satzungsänderung vorgenommenen Beschränkung des Rede- und Fragerechts sowie der Versammlungsdauer durch den Versammlungsleiter. Die vorgesehenen Beschränkungen entsprechen zudem auch den Regelungen des Corporate Governance Kodex zur Dauer einer Hauptversammlung sowie den bislang in der Rechtsprechung für statthaft gehaltenen Beschränkungen des Rederechts.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet. Anfechtungs- bzw. Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe sind nicht gegeben, wobei hier der gleiche Streitgegenstand vorliegt (vgl. *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 246 Rdnr. 4 m. w. N.).

Die beschlossene Satzungsänderung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, sie stellt ein durch § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG n. F. der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Satzungsautonomie eingeräumtes Recht dar, dem Hauptversammlungslite die Befugnis einzuräumen, die Rede- und Fragezeit der Aktionäre durch nähere Bestimmung angemessen und die Dauer der Hauptversammlung zu beschränken.

Grundlage für die Auslegung der Begriff der „angemessenen Beschränkung“ ist dabei zunächst die Intention des Gesetzgebers. Zweck der Gesetzesänderung durch das UMAG war es, dem Versammlungsleiter insgesamt mehr Handlungsspielraum zu geben, den Missbrauch der Auskunftsrechte einzudämmen und die Hauptversammlung zu straffen und dortige Diskussionen auf die wesentlichen Fragen zu fokussieren. Im Vordergrund stand das Ziel einer effizienteren Hauptversammlung (RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 17; *Göz/Holzborn*, WM 2006, 157; *Seibert*, WM 2005, 157; *Weißhaupt*, ZIP 2005, 1766).

Dies ist daran zu messen, dass in jeder Hauptversammlung zwei widerstreitende Interessen zu vereinbaren sind. Erstens das Interesse der Gesellschaft und auch ihrer Aktionäre an einer effizienten, anfechtungssicheren Hauptversammlung (Rechtssicherheit). Zweitens das Interesse der Aktionäre vollumfänglich informiert zu werden und ihre Kontrollrechte auch im notwendigen Umfang vollständig ausüben zu können. Während Beschränkungen der Kontrollrechte durch Einschränkung von Rede- und Fragerecht das erste Ziel fördern, laufen sie dem zweiten Ziel entgegen. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 131 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Satzungsautonomie weitgehende Befugnisse eingeräumt hat, was sie als angemessene Beschränkungen ansehen will, wenn ausdrücklich gesetzlich bestimmt wird, dass zur Frage der Angemessenheit in der Satzung Näheres bestimmt werden kann. § 23 Abs. 5 AktG gestattet der Hauptversammlung Satzungsautonomie, soweit das Gesetz keine zwingenden Regelungen vorsieht. Nach dieser Formulierung kann es insoweit nicht nur auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des AktG ankommen, sondern es ist auch durch Auslegung der Vorschriften des AktG unter insbesondere den systematischen Gesichtspunkten des Gesamtzusammenhangs zu ermitteln, ob das Gesetz insoweit abschließend sein soll. Vorliegend verweist das Gesetz aber ausdrücklich auf die Möglichkeit der satzungsmäßigen Bestimmung, was die Gesellschaft an angemessene Rede- und Fragezeit und Dauer der Hauptversammlung ansehen will. Die somit in die Satzungsautonomie gelegte Möglichkeit dieser Beschränkung aufgrund dieser

gesetzlichen Ergänzungsbestimmung, ist daher nur einer gerichtlichen Rechtsmäßigkeitkontrolle unterzogen, wenn sie mit ungeschriebenen Prinzipien des Aktienrechts oder allgemeinen Gesetzen nicht vereinbar wäre (vgl. MünchKommAktG/Pentz, § 23 Rdnr. 159; Hüffer, AktG, § 23 Rdnr. 37 m. w. N.).

Unter Zugrundelegung dessen ergibt sich, dass die angegriffenen Satzungsbestimmungen zur Beschränkung des Rede- und Fragerechts sowie der Dauer der Hauptversammlung nicht zu beanstanden sind.

Der Begriff der „angemessenen zeitlichen Beschränkung“ ist weit auszulegen, denn seit Inkrafttreten des UMAGs sind Beschränkungen der Rede- und Fragezeiten keine ultima ratio mehr, sondern normale organisatorische Ausgestaltungen der HV. Die Gesetzesbegründung gestattet Beschränkungen in weiten Umfang. So dürfen sich die Beschränkungen der Informationsrechte auf die Dauer der Hauptversammlung im Ganzen, auf einzelne TOP oder auf einzelne Aktionäre beziehen (RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 17). Die Gesetzesänderung dient auch dazu, die Zahl der Anfechtungsklagen allgemein und wegen einer Beschränkung der Redezeit zu reduzieren und einen Ablauf für Hauptversammlungen zu ermöglichen, der die Gefahr von Anfechtungsklagen verringert (vgl. Spindler, NZG 2005, 825). Dies darf nicht konterkariert werden, indem die Anfechtungsklagen auf die Frage verlagert werden können, ob die Beschränkung zeitlich angemessen war. Indem die Satzung die Grenzen des Rederechts von vorneherein festschreibt, werden missbräuchliche Klagen vermieden. Zu beachten bleibt dabei aber die Minderheitenschutzfunktion des Frage- und Rederechts. Sollten Aktionärs-minderheiten durch die Beschränkung der Kontrollrechte gefährdet werden, so kann nicht mehr von einer angemessenen Beschränkung gesprochen werden. Allerdings ist im Hinblick auf börsennotierte Publikumsaktiengesellschaften zu beachten, dass das Informationsbedürfnis der Aktionäre größtenteils mithilfe der Regel- und Anlasspublizität gestillt wird (Seibert, WM 2005, 157, 159 f.).

Dem Versammlungsleiter obliegt es im Einzelfall, die widerstreitenden Interessen auszugleichen und eine angemessene Rede- und Fragezeit zu gewähren. Erst der Versammlungsleiter füllt den Rahmen der Ermächtigung konkret aus (RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 17), d. h. er braucht Ermessen, um einen angemessenen Zeitrahmen für den konkreten Einzelfall setzen zu können. Laut Gesetzesbegründung soll der Versammlungsleiter einen weiteren Handlungsspielraum erhalten und folglich auch die Einschätzungsprärogative für Beschränkungen bekommen (vgl. auch Spindler, NZG 2005, 825, 826). Er ist derjenige, der am besten im Einzelfall über die Angemessenheit entscheiden kann. Die satzungsmäßige Konkretisierung der möglichen Beschränkungen leitet nur sein Ermessen und gibt einen anfechtungssicheren Entscheidungsrahmen vor. Weil die Hauptversammlung auch über die Person des Versammlungsleiters bestimmt und ihn notfalls abwählen kann (vgl. Kammerurteil vom 26.9.2006, 3-05 O 75/05, n. v.; Kammerurteil vom 11.1.2005, 3-05 O 100/04, BB 2005, 1071 = AG 2005, 892; LG Köln, AG 2005, 696; MünchKommAktG/Kubis, 2. Aufl., § 119 Rdnr. 109; Henn, Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., § 23 Rdnr. 804; Schaaf, Die Praxis der Hauptversammlung, 2. Aufl., Rdnr. 411 ff., 414; Zöllner in KölnKommAktG, 1985, § 119 Rdnr. 48; Fischer in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2. Aufl., § 11 Rdnr. 16; Steiner, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, § 6 Rdnr. 5; für keine Abwahlmöglichkeit bei satzungsmäßiger Bestellung: Krieger, AG 2006, 355; Butzke in Obermüller/Werner/Winden, Die Haupt-

versammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., D Rdnr. 14; Nirk/Reuter/Bächle, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rdnr. 1145), kann darauf vertraut werden, dass dieser seine Befugnis zugunsten einer effizienten und hochwertigen Diskussion einsetzen wird.

Im Lichte dieser Kriterien sieht die Satzung der Beklagten angemessene Beschränkungen vor. § 21 Abs. 5 lit. a) der Satzung begrenzt die Hauptversammlungsdauer auf sechs Stunden bei gewöhnlichen TOP. Diese Regelung ist angemessen, denn der Gesetzesentwurf (RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 17) sieht selber vor, dass eine normale HV in vier bis sechs Stunden erledigt sein sollte.

Gleiches gilt für die Beschränkung der HV-Dauer auf zehn Stunden bei außergewöhnlichen TOP (§ 21 Abs. 5 lit. b) der Satzung). Satzungsänderungen wegen struktureller Maßnahmen können zwar zu komplex sein, um sie in zehn Stunden zu besprechen. In diesem Fall kann und muss jedoch der Versammlungsleiter eine längere Diskussion erlauben, so dass die Kontrollrechte der Aktionäre gewahrt bleiben. Die Zehn-Stunden-Grenze ist darüber hinaus im Zusammenhang mit dem absoluten Ende der Hauptversammlung um 22.30 Uhr zu sehen (§ 21 Abs. 6 der Satzung). Ein Ende der Aussprache um 22:30 Uhr entspricht dem Leitbild der eintägigen Hauptversammlung (vgl. Hüffer, AktG, § 131 Rdnr. 22 a; Weißhaupt, ZIP 2005, 1766, 1767 f.) und der vom Gesetzgeber gewollten Straffung der Hauptversammlungen. Sie dient außerdem dem Interesse anderer Aktionäre an einem zügigen Abschluss der Veranstaltung. Eine eintägige Versammlung erlaubt aber ohnehin nicht mehr als eine zehnstündige Diskussion, so dass diese Beschränkung angemessen ist. Ist abzusehen, dass eine komplexe Materie umfangreichen Diskussionsbedarf bietet, muss die Hauptversammlung von Anfang an auf mehrere Tage terminiert werden. § 21 Abs. 5 lit. c) der Satzung senkt die maximale Rede- und Fragezeit des einzelnen Aktionärs auf angemessene zehn bis 15 Minuten. Diese Einschränkung des einzelnen Aktionärs entspricht gerade dem Sinn des UMAG den Missbrauch durch Aktionäre zu verhindern. Gerade die Beschränkung auf 15 Minuten pro Aktionär entbindet den Versammlungsleiter von der schwierigen Bürde jenem einen Missbrauch nachweisen zu müssen (vgl. Weißhaupt, ZIP 2005, 1766), um die Versammlung effektiv weiterführen zu können. Um die Versammlung straffen und strukturieren zu können muss der Versammlungsleiter die Grenzen auch schon zu Anfang festlegen dürfen (vgl. Wilsing, ZIP 2004, 1082, 1084; Spindler, NZG 2005, 825, 826; Bedenken aber bei Martens, AG 2004, 238, 242). Es entspricht dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, dass frühere Redner die gleiche Zeit bekommen wie spätere Fragesteller. Eine vorherige Festlegung der Rede- und Fragezeiten stellt dies sicher. Schließlich bleiben weitergehende Beschränkungen unberührt, § 21 Abs. 7 der Satzung. Bisherige (richterrechtlich entwickelte) Grenzen des Rederechts sollen nicht beschnitten werden (Weißhaupt, ZIP 2005, 1766 m. w. N.). Das UMAG brachte nur eine Verschärfung für das bisher unbeschränkbare Fragerecht, andere Beschränkungsmöglichkeiten sollten nicht beseitigt werden.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. ZPO § 750 Abs. 2 (*Vollmachtzustellung bei Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Vertreter*)

Hat ein Vertreter die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde erklärt, ist die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn die Vollmacht des Vertreters oder – bei vollmachtlosem Handeln – die Genehmigung von dessen Erklärungen seitens des Vertretenen durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Schuldner zugestellt worden sind oder mit dem Beginn der Vollstreckung zugestellt werden.

BGH, Beschluss vom 21.9.2006, V ZB 76/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Geschwister W. waren Eigentümer eines Grundstücks. Mit Notarvertrag vom 5.12.1991 verkauften sie das Grundstück an die Schuldner. Sie erklärten sich mit einer Belastung des Grundstücks zur Finanzierung des Kaufpreises einverstanden und ließen es den Schuldnern auf. Die Vertragsbeteiligten bevollmächtigten in der Vertragurkunde die Bürovorsteherin des Urkundsnotars, Frau C., „unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ... die zur Kaufpreisfinanzierung erforderlichen Grundpfandrechte ... zu den von den Darlehensgebern verlangten Bedingungen zu bestellen, die Vertragsschließenden der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der persönlichen und dinglichen Haftung zu unterwerfen und die hierfür erforderlichen Eintragungsanträge in ihrem Namen zu bewilligen und zu beantragen.“ Für sechs der Geschwister W. gab Frau C. die notwendigen Erklärungen „auf Grund mündlich erteilter Vollmacht“ mit dem Versprechen ab, „unverzüglich notarielle Vollmacht nachzureichen“.

Als Vertreterin der Geschwister W. und der Schuldner bestellte Frau C. anschließend der C. Bank eine verzinsliche Buchgrundschuld, erklärte, die jeweiligen Eigentümer sollten der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen sein und bewilligte und beantragte die Eintragung der Grundschuld. Die Erklärungen von Frau C. erfolgten wiederum „auf Grund mündlich erteilter Vollmacht“ mit dem Versprechen „unverzüglich notarielle Vollmacht nachzureichen“.

Der Notar erteilte der C. Bank eine vollstreckbare Ausfertigung der Bestellungsurkunde, die Grundschuld wurde mit dem Vermerk gem. § 800 ZPO im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit wurden die Schuldner als Miteigentümer des Grundstücks zu je ein Halb eingetragen. Die Grundschuld wurde an die Gläubigerin abgetreten, die Vollstreckungsklausel auf sie umgeschrieben und die Abtretung in das Grundbuch eingetragen.

Die Gläubigerin stellte den Schuldnern die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu. Die Zustellung der von Frau C. als nachzureichen versprochenen Vollmachtsurkunden unterblieb.

Die Gläubigerin betreibt aus der Grundschuld nunmehr die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Mit Beschluss vom 21.3.2006 hat das AG den Erstherrn das Grundstück zugeschlagen. Die sofortige Beschwerde der Schuldner gegen den Zuschlag ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstreben die Schuldner weiterhin die Aufhebung des Zuschlags.

Aus den Gründen:

Das Beschwerdegericht meint, der Zuschlag sei den Erstherrn zu Recht erteilt worden. Aufgrund der Unterwerfungserklärung in der Urkunde vom 5.12.1991 hätten die Schuldner als Eigentümer des Grundstücks dessen Zwangsversteigerung zu dulden. In dem zuvor geschlossenen Kaufvertrag hätten alle Verkäufer und die Schuldner Frau C. zu ihrer Vertretung bevollmächtigt. Nach den Grundakten hätten diejenigen der Geschwister W., die an der Notarverhandlung nicht teilgenommen hätten, die von Frau C. in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen genehmigt. Der Zustellung dieser Erklärungen

und der der Frau C. erteilten Vollmachten an die Schuldner habe es zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nicht bedurft.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Hat ein Vertreter die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, ist die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn die Vollmacht des Vertreters oder die Genehmigung von dessen Erklärungen seitens des Vertretenen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Schuldner zugestellt worden sind oder mit dem Beginn der Vollstreckung zugestellt werden, § 750 Abs. 1, 2 ZPO.

Das in § 750 Abs. 1 ZPO bestimmte Zustellungserfordernis findet seinen Grund in der Struktur der Zwangsvollstreckung nach der Zivilprozessordnung. Die Vollstreckung erfolgt hier nach in der Regel nicht durch das Prozessgericht, sondern durch ein anderes Vollstreckungsorgan. Dieses ist zur Prüfung der Frage, ob der Titel zu Recht ergangen ist, weder berechtigt noch in der Lage. Ihm wird vielmehr durch die auf dem Titel angebrachte Vollstreckungsklausel in formalisierter Form dessen Vollstreckbarkeit vorgegeben. Das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel sieht eine Beteiligung des Schuldners jedoch nicht in jedem Falle vor. Zur Sicherung des Anspruchs des Schuldners auf Gewährung des rechtlichen Gehörs schreibt § 750 Abs. 1 ZPO daher vor, dass die Zwangsvollstreckung nicht vor der Zustellung des Titels beginnen darf. Die Zustellung macht dem Schuldner unmissverständlich klar, dass der Gläubiger die titulierte Forderung zwangsweise durchsetzen wird, unterrichtet den Schuldner über die förmlichen Grundlagen der Zwangsvollstreckung, gibt ihm Gelegenheit, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen und Einwendungen gegen die Vollstreckung geltend zu machen (*Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., § 22 I, S. 363), und warnt ihn letztmals vor der zwangsweisen Durchsetzung des titulierten Anspruchs (*Musielak/Lackmann*, ZPO, 4. Aufl., § 750 Rdnr. 1).

Ist es auf Seiten des Schuldners oder des Gläubigers zu einer Rechtsnachfolge in den titulierten Anspruch gekommen oder hängt das Leistungsgebot aus dem Titel von Umständen außerhalb des Titels ab, folgt das Leistungsgebot nicht allein aus dem Titel. Zur Warnung des Schuldners reicht die Zustellung des Titels daher nicht aus. Gemäß § 750 Abs. 2 ZPO sind in diesem Fall deshalb auch die Vollstreckungsklausel und, sofern die Klausel aufgrund öffentlich oder öffentlich beglaubigter Urkunden erteilt worden ist, diese Urkunden dem Schuldner zuzustellen.

Hat ein Vertreter die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, darf die vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn auch die Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters gegen den Vertretenen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (h. M., vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1718, 1719 = DNotZ 2005, 132; BayObLGZ 1964, 75, 77; LG Bonn, Rpfleger 1990, 374; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 794 Rdnr. 265; Zöller/Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 794 Rdnr. 31; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 797 ZPO Rdnr. 5; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 38.9; ders., MittRhNotK 1985, 113, 114; a. M. OLG Köln, MDR 1969, 150; Musielak/Lackmann, ZPO, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 36; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 797 Rdnr. 14; Münch, Vollstreckbare Urkunden und prozessualer Anspruch, S. 243). Folge hiervon ist, dass sich das in § 750 Abs. 2 ZPO bestimmte Zustellungserfordernis auf die Vollmachten- bzw. Genehmigungserklärungen erstreckt, aus denen die Wirksamkeit des Handelns des Vertreters gegen den Vertretenen folgt (LG Bonn, Rpfleger

1990, 374; a. M. OLG Zweibrücken, InVo 1999, 185, 186; LG Freiburg, Rpfleger 2005, 100, 101; vgl. ferner BGH, NJW-RR 2005, 1359, 1360). Ob die von dem Vertreter in Anspruch genommene Vertretungsmacht gegeben war oder ob die Erklärungen des Vertreters durch Genehmigung des Vertretenen gegen diesen wirksam geworden sind, ist insoweit ohne Bedeutung. Das Vollstreckungsverfahren ist formalisiert. Nur die Zustellung der von dem Vertreter behaupteten Vollmacht bzw. der zur Wirksamkeit der abgegebenen Erklärungen gegen den Vertretenen erteilten Genehmigungen in der von § 750 Abs. 2 ZPO vorgeschriebenen Form gewährleistet, dass der Schuldner vollständig und in derselben Weise wie das Organ, das die vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt hat, über die Grundlagen und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt ist, die Voraussetzungen der Vollstreckung zu prüfen.

Das ist im Fall der Vollstreckung in ein Grundstück zur Durchsetzung eines mit einem Vermerk gemäß § 800 Abs. 1 ZPO in das Grundbuch eingetragenen Rechts nur insofern anders, als gemäß § 800 Abs. 2 ZPO der Erwerb des Eigentums als Voraussetzung der Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den als Eigentümer Eingetragenen nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden muss und daher nicht von dem Zustellungserfordernis erfasst wird. Zu einer weiteren Erleichterung für den Gläubiger führt die von dem Grundbuchamt bei der Eintragung des Rechts und des Vermerks nach § 800 Abs. 1 ZPO vorzunehmende Prüfung der Voraussetzungen der Eintragung nicht.

Anmerkung:

1. Problemaufriss

Muss die Vollmacht, kraft derer ein gewillkürter Vertreter den Schuldner gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, gem. § 750 Abs. 2 ZPO in (beglaubigter)¹ Abschrift zugestellt werden? Anlass zur Klärung dieser Frage gab dem BGH ein durchaus praxisüblicher Sachverhalt: Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages wird am Vertragsobjekt noch vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer eine Grundschuld samt dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung zur Sicherung des Darlehens bestellt, mit dem der Käufer den Kaufpreis finanziert. Im Wesentlichen sind hier zwei Konstellationen zu unterscheiden. Entweder wird nur eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch oder für den Verkäufer als Noch-Eigentümer erklärt. Diese Unterwerfungserklärung bildet dann die Grundlage auch für eine Zwangsvollstreckung gegen den Käufer oder gegen weitere Einzelrechtsnachfolger im Eigentum. Ob es sich dabei i. F. d. § 800 ZPO um einen Fall derivativer Unterworfenheit kraft Rechtsnachfolge oder originärer Unterworfenheit kraft gesetzlicher Prozessstandschaft handelt, ist umstritten,² hier jedoch nicht weiter von Belang. Möglich ist auch, dass sich sowohl der Verkäufer als Noch-Eigentümer als auch der Käufer als künftiger Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Die sog. „vorgezogene“ Unterwerfung durch den Käufer ist zulässig.³ Sie hat den Vorzug, dass nach Eigentumserwerb durch den Käufer gegen diesen vollstreckt werden kann, ohne dass es einer Klauselumschreibung mit der Kostenfolge des § 133 KostO bedarf.

Der hier zu besprechenden Entscheidung lag letztere Konstellation zugrunde. Vollstreckt wurde gegen den Käufer auf der Grundlage einer Unterwerfungserklärung, die ein Vertreter für ihn abgegeben hatte. In der Praxis noch häufiger dürfte eine Vertretung auf Verkäuferseite vorkommen; nämlich dann, wenn die Finanzierungsgrundschuld nicht unmittelbar im Anschluss an den Kaufvertrag, sondern erst später vom Käufer als Vertreter des Verkäufers bestellt wird.⁴ Beide Fälle werfen die gleichen rechtlichen Probleme auf. Diese stellen sich immer, allerdings auch nur dann, wenn Grundlage der Zwangsvollstreckung eine in fremdem Namen abgegebene Unterwerfungserklärung ist. Soll beispielsweise gegen den Käufer auf der Grundlage einer von ihm selbst erklärten „vorgezogenen“ Unterwerfung vollstreckt werden, bedarf es weder der Prüfung einer Vollmacht im Klauselerteilungsverfahren noch ihrer Zustellung. Dies gilt selbstverständlich auch, wenn neben der vom Käufer im eigenen Namen noch eine für den Verkäufer in fremdem Namen erklärte Vollstreckungsunterwerfung vorliegt.

2. Stellungnahme

a) Zweck des § 750 ZPO

Die Entscheidung bejaht die eingangs dieser Anmerkung aufgeworfene Frage zu Recht. Ein Zweck des § 750 ZPO ist es, dem Vollstreckungsschuldner, der im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht beteiligt ist (§ 730 ZPO), die Prüfung zu ermöglichen, ob die Vollstreckungsvoraussetzungen nachgewiesen sind. Hierzu soll ihm das gleiche Tatsachenmaterial zur Verfügung stehen wie dem zur Klauselerteilung zuständigen Organ. Sollte dem Notar die Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung im Klauselerteilungsverfahren durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen sein, so müssen diese Nachweismittel also gem. § 750 Abs. 2 ZPO auch dem Schuldner zugestellt werden. Diese überzeugende Ausgangserwägung des BGH bedarf keiner weiteren Anmerkung.

b) Nachweis der Unterwerfungsvollmacht im Klauselerteilungsverfahren

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob und auf welcher gesetzlichen Grundlage der Notar im Klauselerteilungsverfahren überhaupt das Vorliegen einer Unterwerfungsvollmacht prüfen muss, wenn die Vollstreckungsunterwerfung von einem gewillkürten Vertreter erklärt wurde. Auszugehen ist von den §§ 724 Abs. 1, 795 Satz 1 ZPO. Danach erfolgt die Zwangsvollstreckung auf der Grundlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels. Die Klauselerteilung setzt also – dies dürfte unbestritten sein – einen wirksamen Titel voraus. Unterwirft ein Vertreter ohne Vertretungsmacht den Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung, so ist diese Erklärung (schwebend)⁵ unwirksam. Ein gegen den Schuldner wirksamer Titel entsteht nicht.^{6,7} Z. T. wird allerdings von einer Funktionsähnlichkeit zwischen prozessuellem Anerkenntnis

⁴ Zur Gestaltung der Vollmacht in diesem Fall siehe etwa *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 120.

⁵ Hier kommt nicht § 180 Satz 1 BGB, sondern § 89 ZPO zum Zug; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 12.51.

⁶ Im Ansatz, nicht aber im hier interessierenden Ergebnis ganz anders *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 531, 537, 542 der nicht in der Unterwerfungserklärung sondern in der Urkunde selbst diejenige (notarielle) Prozesshandlung sieht, die Grundlage der Zwangsvollstreckung ist.

⁷ Ob die Vollstreckungsunterwerfung dann entsprechend § 179 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegen den Vertreter wirkt, kann im hiesigen Zusammenhang offen bleiben.

¹ *Musielak/Lackmann*, ZPO, 5. Aufl., § 750 Rdnr. 21 m. w. N.

² Nachw. bei *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 28.7. ff.

³ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 28.35. ff.

gem. § 307 ZPO und Vollstreckungsunterwerfung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ausgegangen und argumentiert:⁸ Wenn ein Anerkenntnisurteil unstreitig wirksam sei, obwohl tatsächlich kein (wirksames) Anerkenntnis erklärt wurde, so muss auch eine vollstreckbare Urkunde wirksam sein, obwohl keine (wirksame) Vollstreckungsunterwerfung erklärt wurde. Der Vergleich hinkt, denn das Anerkenntnisurteil weist nicht lediglich das Anerkenntnis der Partei aus. Vielmehr enthält es einen eigenen Rechtsfolgensausspruch des Gerichts. Auf dessen Wirksamkeit sowie diejenige des Titels ist eine etwaige Unwirksamkeit des Anerkenntnisses ohne Einfluss. Dagegen dokumentiert die vollstreckbare Urkunde lediglich die Unterwerfungserklärung, ohne dass sie daneben einen die Vollstreckbarkeit anordnenden Rechtsfolgensausspruch des Notars enthielte.

Es kann also festgehalten werden, dass die Unterwerfungsvollmacht als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Titels gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Klauselerteilungsverfahren geprüft werden muss.

Die herrschende Meinung⁹ kommt zu diesem Ergebnis über eine entsprechende Anwendung der §§ 795 Satz 1, 726 Abs. 1 ZPO. Hiergegen spricht zwar sowohl die Systematik der §§ 724, 726 ZPO als auch die neuerdings amtliche Überschrift des § 726 ZPO, die von „bedingten Leistungen“ spricht und nicht von „bedingt wirksamen Titeln“.¹⁰ Im Ergebnis kommt es jedoch nicht darauf an, ob die Prüfungspflicht des Notars aus § 724 oder § 726 ZPO folgt, denn in jedem Fall wäre ein Nachweis der Vollmacht oder der Genehmigung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erforderlich und ausreichend. Das ist im Hinblick auf § 726 ZPO augenfällig, gilt aber auch bei Anwendung des § 724 ZPO. Geht man von dieser Norm aus und qualifiziert die Vollstreckungsunterwerfung als Prozesshandlung, so rückt zwar § 80 Abs. 1 ZPO ins Blickfeld und scheint die Annahme nahe zu liegen, die Vollmacht sei im Klauselerteilungsverfahren schriftlich nachzuweisen.¹¹ Aber der Schein trügt. Denn das Nachweiserfordernis des § 80 ZPO soll im kontradiktorischen Erkenntnisverfahren nur den Ausschluss des nicht schriftlich legitimierten Vertreters für die Zukunft vorbereiten.¹² Es macht aber keinen Sinn, aufbauend auf § 80 Abs. 1 ZPO denjenigen vom Klauselerteilungsverfahren auszuschließen, der den Schuldner früher als Vertreter der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat – wo doch der Schuldner selbst nicht einmal obligatorisch beteiligt ist (§ 730 ZPO)! Die Wirksamkeit von Prozesshandlungen, die ein auch nur mündlich bevollmächtigter Vertreter bereits vorgenommen hat, lässt § 80 Abs. 1 ZPO im Übrigen unberührt (§ 89 Abs. 2 ZPO). Dessen Bevollmächtigung muss gegebenenfalls mit den allgemein zulässigen Beweismitteln festgestellt werden.¹³

Nun hat die Vollstreckungsunterwerfung aus der zeitlichen Perspektive des Klauselerteilungsverfahrens bereits stattge-

funden. Würde man hier die §§ 80 ff. ZPO anwenden, müsste die Unterwerfungsvollmacht stets mit sämtlichen allgemein zulässigen Beweismitteln festgestellt werden können. Das aber passt nicht zu dem Klauselerteilungsverfahren mit den für ihn typischen Nachweismittelbeschränkungen aus den §§ 726 ff., 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO. Vielmehr müssten diese auch dann entsprechend angewendet werden, wenn der Notar die Unterwerfungsvollmacht oder -genehmigung gem. § 724 ZPO zu prüfen haben sollte. In den §§ 726 ff., 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO sind Fälle behandelt, in denen der Titel ausweist, dass aus ihm noch nicht (§ 726 ZPO) oder nicht gegen diese oder nicht von dieser Person (§§ 727 ff., 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749 ZPO) vollstreckt werden kann. Dennoch braucht die fehlende Vollstreckungsvoraussetzung im Klauselerteilungsverfahren nicht festgestellt zu werden. Das Gesetz begnügt sich in diesem Verfahrensabschnitt mit einem Nachweis durch zwei besonders zuverlässige Beweismittel. Die endgültige Feststellung der fehlenden Vollstreckungsvoraussetzung wird in ein etwaiges Klageverfahren entsprechend § 767 ZPO¹⁴ oder gem. § 768 ZPO ausgelagert. Das lässt sich auf die Unterwerfungsvollmacht übertragen. Ist zu prüfen, ob ein Titel gegen einen bestimmten Vollstreckungsschuldner wirksam ist, kann es wertungsmäßig für Prüfungsumfang und Verfahren keinen Unterschied machen, ob der Titel wegen Vollmachtserteilung oder beispielsweise wegen Rechtsnachfolge (§ 727 Abs. 1 ZPO) durch den Schuldner gegen diesen vollstreckbar ist. Der Notar muss (und darf) sich in beiden Fällen mit dem Nachweis der Vollstreckungsvoraussetzung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden begnügen.

c) Hier keine Entbehrlichkeit des Nachweises wegen Offenkundigkeit

Schließlich ist dieser Nachweis möglicherweise entbehrlich, wenn die Vertretungsmacht offenkundig ist.¹⁵ Dies käme in Betracht, wenn sie bereits dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen und auf dieser Grundlage die Eintragung gem. § 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO erfolgt ist. Zu Recht ist der BGH hierauf jedoch nicht eingegangen. Wie eingangs dargestellt, behandelt § 800 ZPO Fälle, in denen die Vollstreckungsunterwerfung eines früheren Eigentümers gegen spätere Eigentümer wirkt. Darum ging es im hier entschiedenen Fall gerade nicht. Vielmehr erfolgte hier die Zwangsvollstreckung gegen einen späteren Eigentümer aufgrund einer für diesen gesondert erklärten Vollstreckungsunterwerfung und nicht auf der Grundlage der Vollstreckungsunterwerfung des früheren Eigentümers. Die Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung des früheren Eigentümers bzw. ein diesbezüglicher Vollmachtsnachweis war für die Vollstreckung gegen den Käufer als späteren Eigentümer irrelevant.¹⁶

3. Folgerungen für die Praxis

a) Beifügen der Vollmacht zur Niederschrift

Gem. § 12 Satz 1 BeurkG sind vorgelegte Vollmachten der Niederschrift in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. Ist dies bei der von einem Vertreter erklärten Vollstreckungsunterwerfung geschehen und erhält der Gläubiger von dieser Urkunde eine vollstreckbare Ausfertigung, so kann er damit die Zwangsvollstreckung betreiben. Gem. § 12 Satz 1

⁸ Vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 4.10., 19.6. f., 38.9. ff. der zwar die Wirksamkeit des Titels unabhängig von der Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung (vgl. Fn. 6), jedoch abhängig vom Nachweis der Unterwerfungsvollmacht sieht und letztlich zu § 726 ZPO kommt.

⁹ Nachw. bei *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl., § 794 Rdnr. 31.

¹⁰ Noch nicht erwogen von *Wolfsteiner*, Rdnr. 39.3. der meint, § 726 ZPO differenziere nicht zwischen der (bedingten) Wirksamkeit des Titels und der (bedingten) Wirksamkeit des titulierten Anspruchs.

¹¹ So *Zöller/Stöber*, § 794 ZPO Rdnr. 31; *Stein-Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 797 Rdnr. 14.

¹² *Musielak/Weth*, § 80 ZPO Rdnr. 14.

¹³ *Musielak/Weth*, § 80 ZPO Rdnr. 14.

¹⁴ Dazu BGH, WM 2004, 1745, 1746 = DNotZ 2005, 132.

¹⁵ Hierzu *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 46.4.

¹⁶ Nicht erwogen von *Wolf*, ZNotP 2007, 86, 88.

BeurkG beizufügen sind jedoch nur „vorgelegte“ Vollmachten. Eine Vollmacht muss dann nicht vorgelegt werden, wenn der Urkundsnotar ihre Urschrift verwahrt und dem Bevollmächtigten insoweit ein originärer Ausfertigungserteilungsanspruch gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zusteht.¹⁷ Bei einer Finanzierungsgrundschuld wird dies häufig der Fall sein, wenn der Käufer den Verkäufer kraft der – in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen – Finanzierungsvollmacht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Haben hier die Parteien den Notar nicht angewiesen, dem Finanzierungsgläubiger eine beglaubigte Abschrift der die Finanzierungsvollmacht enthaltenden Kaufvertragsurkunde zu erteilen, so kann dieser nur vollstrecken, wenn er zuvor den Weg über § 792 ZPO beschritten hat.

b) Doppelte Prüfung der Unterwerfungsvollmacht

Unterwirft ein Bevollmächtigter den Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung, verpflichtet § 17 BeurkG den Notar, die Vertretungsberechtigung im Beurkundungsverfahren zu überprüfen.¹⁸ Diese Prüfung macht weder den Nachweis noch die Prüfung der Vertretungsmacht im Klauselerteilungsverfahren entbehrlich. Der Notar kann in der vollstreckbaren Urkunde nur die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen, nicht jedoch die aus ihnen gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen, d. h. Bestehen und Umfang der Vertretungsmacht, mit bindender Wirkung für das nachfolgende Klauselerteilungsverfahren feststellen.¹⁹ Dokumentiert die vollstreckbare Urkunde also nicht nur die Unterwerfungserklärung eines Vertreters, sondern auch einmal die tatsächlichen Grundlagen seiner rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht, so ist deren Nachweis im Klauselerteilungsverfahren durch den Titel erbracht; entbehrlich ist er nicht.²⁰

Notarassessor *Johannes Bolkart*,
Bad Griesbach i. Rottal

¹⁷ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3585.

¹⁸ *Bernhard* in Beck'sches Notarhandbuch, G Rdnr. 80.

¹⁹ § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO gilt im Bereich rechtsgeschäftlicher Vollmachten nicht.

²⁰ A. A. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 38.7.

Beurkundungs- und Notarrecht

20. HGB § 12; BeurkG § 39 a (*Inhaltliche Übereinstimmung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend*)

Abschriften im Sinne der §§ 39, 39 a BeurkG sind Zweitschriften, deren inhaltlicher Gleichlaut mit der Urschrift durch den Notar bestätigt wird. Eine optische Übereinstimmung ist nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Chemnitz, Beschluss vom 8.2.2007, 2 HK T 88/07; eingesandt von Notar Prof. Dr. *Manfred Bengel*, Fürth

Die Gesellschaft – eine GmbH & Co. KG – meldete die Übertragung sowie die Herabsetzung eines Kommanditanteiles zur Eintragung in das Handelsregister an. Das Registergericht teilte dem Urkundsnotar mit, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne, weil die in elektronischer Form eingereichte Anmeldung nicht der vorgeschriebenen Form des § 12 HGB entspreche. Es sei ein Entwurf der Anmeldung übersandt worden, in der Anmeldung würden die Unterschriften der anmeldenden Gesellschafter, die Unterschrift des Notars und das Amtssiegel des Notars fehlen. Zugleich bat das Registerge-

richt um die Übersendung einer neuen kompletten Anmeldung in elektronischer Form. Der Urkundsnotar hat hierauf die Auffassung vertreten, dass die Handelsregisteranmeldung ordnungsgemäß in elektronisch öffentlich beglaubigter Form errichtet worden ist. Soweit darin von einem Entwurf die Rede sei, handele es sich insoweit lediglich um eine innerorganisatorische Bezeichnung aus kostenrechtlichen Gründen. Mit Beschluss vom 18.1.2007 hat das Registergericht die Anmeldung zurückgewiesen. Es hat weiter ausgeführt, dass die übersandten Dokumente nicht erkennen ließen, dass es sich um eine beglaubigte Abschrift handele, in der die Unterschriftenleistung als gezeichnet aufgenommen werden kann, zudem sei an keiner Stelle des elektronisch übersandten Dokumentes ein Vermerk über eine beglaubigte Abschrift angebracht. Der eingelegten Beschwerde hat das Registergericht nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Auf die Beschwerde war der angegriffene Beschluss aufzuheben.

1. Die Aufhebung des Beschlusses hatte schon deshalb zu erfolgen, weil weder der angegriffene Beschluss noch der Nichtabhilfebeschluss erkennen lassen, mit welcher rechtlichen Begründung das Registergericht das Vorhandensein der beanstandeten Eintragungshindernisse rechtfertigt oder sich mit den Ausführungen des Urkundsnotars rechtlich überhaupt befasst hat. Die Begründung des Gerichtes, die sich darauf beschränkt, die von ihm bezeichneten Eintragungshindernisse im Wesentlichen zu wiederholen, macht offenkundig, dass das Gericht es versäumt hat, die Ausführungen des Beschwerdeführers überhaupt zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (vgl. OLG Celle, MDR 1986, 154).

2. Die in elektronischer Form eingereichte Handelsregisteranmeldung entspricht nach der Auffassung der Kammer aber auch den Anforderungen, die die §§ 12 HGB, 39 a BeurkG aufstellen.

a) Auf die nach der Auffassung der Kammer in jeder Hinsicht überzeugenden Gründe des Urkundsnotars in dessen Schriftsätzen wird insoweit Bezug genommen. Sie tragen dem Umstand Rechnung, dass ab dem 1.1.2007 der Notar Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse im Sinne des § 39 BeurkG elektronisch als sog. „elektronische Beglaubigung“ errichten kann und, wenn sie zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind, dies in elektronischer Weise zu erfolgen hat, § 12 Abs. 1 HGB, § 1 SächsERVerkVO, Art. 2 EHUG, Art. 61 EGHGB. Hierzu hat der Notar den Vermerk mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen, was anstelle von Unterschrift und Siegel des Notars zu erfolgen hat. Zutreffend führt der Urkundsnotar diesbezüglich aus, dass unter dem Begriff der Abschrift eine Zweitschrift zu verstehen ist, deren inhaltlicher Gleichlaut mit der Urschrift durch den Notar bestätigt wird und maßgeblich demzufolge alleine der inhaltliche Gleichlaut ist. Zu Recht weist der Beschwerdeführer auch darauf hin, dass eine vom äußeren Erscheinungsbild identische Abschrift nicht gefertigt werden muss. Die Kammer teilt auch die Auffassung des Urkundsnotars, dass in der dem notariellen Zeugnis über den Gleichlaut vorangestellten Abschrift kein dem Original bildlich entsprechendes Gegenstück zum Dienstsiegel enthalten sein muss, ebenso wenig wie zu Originalunterschriften, so dass folglich ein Vermerk, dass sich an dieser Stelle das Siegel bzw. eine Unterschrift befindet völlig ausreichend ist. (...)

Mit der Auffassung des Urkundsnotars geht die Kammer deshalb davon aus, dass die übersandten Dokumente erkennen lassen, dass es sich um eine beglaubigte Abschrift handelte. Das elektronische Dokument weist ausweislich des beigefügten einfachen Ausdruckes der übermittelten Daten aus, dass

der Notar die Übereinstimmung der in der Datei enthaltenen Bilddaten mit dem ihm vorliegenden Papierdokument beglaubigt hat. Diesen Beglaubigungsvermerk hat der Urkundsnotar, was das Registergericht offenkundig auch nicht beanstandet hat, in qualifizierter Weise signiert. Der Urkundsnotar hat auch überzeugend dargelegt, dass die in elektronischer Form übermittelte Handelsregisteranmeldung in jeder Hinsicht mit der in Papierform errichteten Unterschriftsbeglaubigung identisch ist. Das vom Registergericht geforderte Siegel und die handschriftlichen Unterschriften als spiegelbildliches Abbild der papiernen Erklärung bedurfte es nach dem vor dem 1.1.2007 maßgeblichen Recht nicht und wird auch von dem ab dem 1.1.2007 geltenden Recht für die elektronische Handelsregisteranmeldung nicht gefordert.

b) Unbedeutend und ohne Relevanz ist auch der von dem Registergericht beanstandete Umstand, dass die eingereichte Erklärung mit „Entwurf“ überschrieben ist. Auch diesbezüglich hat das Registergericht sich mit den Ausführungen des Urkundsnotars nicht auseinandergesetzt. Hätte es dies getan, wäre es ihm ein leichtes gewesen, dessen Erläuterung zu akzeptieren, dass in den Fällen, in denen Notare den Entwurf des Gegenstandes, der eine Unterschriftsbeglaubigung betrifft, den Vermerk „Entwurf“ aus Kostengründen anbringen. Dies ist zwar nicht unbedingt aus den angeführten Gründen notwendig, da auch in der Urkundenrolle für den Fall einer Unterschriftsbeglaubigung, für den der Notar einen Entwurf gefertigt hat, der entsprechende Vermerk darüber enthalten sein muss und somit im Notariat auch dadurch sicher gestellt werden kann, dass nicht übersehen wird, dass der Entwurf mit der Unterschriftsbeglaubigung vom Notar stammt. Es ist deshalb weder schädlich noch unzulässig, dass auf dem Gegenstand der Unterschriftsbeglaubigung selbst der Vermerk „Entwurf“ enthalten ist. (...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des LG Chemnitz befasst sich mit den formellen Anforderungen, die an elektronische beglaubigte Abschriften zu stellen sind.

1. Ausgangssituation

Am 1.1.2007 ist das Gesetz über das Elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) in Kraft getreten.¹ Mit Ausnahme der Bundesländer Niedersachsen und Rheinland-Pfalz, für die weiterhin Übergangsfristen² bestehen, sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form und Dokumente ausschließlich elektronisch einzureichen (§ 12 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 HGB). In den Fällen, in denen ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen ist, ist ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis i. S. d. § 39 a BeurkG versehenes Dokument zu übermitteln (§ 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB). Damit ist es seit dem 1.1.2007 grundsätzlich nicht mehr möglich, Anträge an das Handelsregister in papiergebundener Form zu stellen oder papiergebundene Urkunden an das Handelsregister zu übermitteln.

Die Umsetzung der Vorgaben des EHUG hat naturgemäß in der notariellen Praxis teilweise zu Problemen geführt, weil erstmals vom Umgang mit ausschließlich papiergebundenen

Urkunden abgewichen wurde. Die rechtliche Grundlage für das Erstellen elektronischer notarieller Urkunden wurde mit Einführung des § 39 a BeurkG³ geschaffen. Danach können Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG elektronisch errichtet werden. Das hierzu erstellte Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden (§ 39 a Satz 2 BeurkG). § 39 a BeurkG bezieht sich auf § 39 BeurkG und regelt ergänzend die Anforderungen an die notarielle Vermerkurkunde in elektronischer Form. Für die einfachen elektronischen Zeugnisse gem. § 39 a BeurkG gelten danach inhaltlich die gleichen Vorgaben wie für die papiergebundene Vermerkurkunde gem. § 39 BeurkG.

2. Beschluss des LG Chemnitz

Dem Beschluss des LG Chemnitz vom 8.2.2007 liegt zugrunde, dass nach Auffassung des Registergerichts das vom Notar eingereichte elektronische Dokument nicht der Form des § 12 HGB entsprochen hat, weil in der Anmeldung die Unterschriften der anmeldenden Gesellschafter, die Unterschrift des Notars und das Amtssiegel des Notars fehlten. Darüber hinaus habe das Dokument nicht erkennen lassen, dass es sich um eine beglaubigte Abschrift des Ausgangsdokuments handele.

Das LG Chemnitz hat den Beschluss des Registergerichts bereits deshalb aufgehoben, weil das Registergericht keine Begründung zu den beanstandeten Eintragungshindernissen ausgeführt und sich auch rechtlich nicht mit den Ausführungen des Urkundsnotars befasst hat. Dennoch hat das LG sich der Klärung der Frage der Anforderungen an die elektronische Form der Handelsregisteranmeldung angenommen, die durch die §§ 12 HGB und 39 a BeurkG aufgestellt werden.

Das LG Chemnitz stellt in seiner Entscheidung klar, dass für das Vorliegen einer Urkundsabschrift die Wiedergabe des inhaltlichen Gleichlautes mit der Urschrift und deren Bestätigung durch den Notar ausreicht und somit keine optisch identische Wiedergabe des Ausgangsdokuments erforderlich ist. Damit werden an elektronische Abschriften keine strengeren Anforderungen gestellt als an beglaubigte Abschriften in papiergebundener Form nach den §§ 39, 42 BeurkG.⁴ Weiter ist es ausdrücklich zulässig, bei der Wiedergabe des Inhalts der Urschrift anstatt des optischen Abbildes des Dienstsiegels und der Unterschriften zu vermerken, dass sich die Unterschriften und das Siegel auf dem Original befinden. Der Beschluss des LG Chemnitz, der auch der Auffassung der Bundesnotarkammer entspricht, ist daher von Bedeutung für die praktische Anfertigung von elektronisch beglaubigten Abschriften.

3. Erstellung von elektronisch beglaubigten Abschriften

Die Anforderungen des § 12 Abs. 1 und 2 HGB werden wie folgt umgesetzt: Der Notar errichtet eine Vermerkurkunde nach § 39 BeurkG (Beglaubigung der Unterschrift unter der eigenhändig unterzeichneten Handelsregisteranmeldung) wie bei der bisherigen papiergebundenen Einreichung zum Handelsregister. Von dieser Vermerkurkunde muss ein elektronisches öffentlich beglaubigtes Dokument i. S. d. § 39 a BeurkG gefertigt werden. Diese elektronische beglaubigte Abschrift besteht aus der elektronischen Abschrift des Originals der papiergebundenen Urkunde und dem elektronischen

¹ BGBl 2006 I, S. 2553; hierzu *Sikora/Schwab*, MittBayNot 2007, 1.

² Übergangsfrist in Niedersachsen bis 31.12.2007, GVBl 2006, 596; Übergangsfrist in Rheinland-Pfalz bis 30.6.2007, GVBl 2006, 444.

³ Art. 8 JKomG, BGBl 2005 I, S. 837.

⁴ *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 42 Rdnr. 11.

Zeugnis über die Abschriftsbeglaubigung (samt qualifizierter elektronischer Signatur gem. § 2 Nr. 3 SigG).

Technisch gibt es zwei Möglichkeiten, die elektronische Abschrift des Originals der papiergebundenen Urkunde zu fertigen. Dabei kommt es auch darauf an, in welcher Form das Ausgangsdokument bzw. die inhaltlichen Informationen des Ausgangsdokuments dem Notar zur Verfügung stehen (papiergebundene Urkunde oder Textinformationen in elektronischer Form wie z. B. Word-Dokument).

a) Erstellen einer elektronischen unveränderbaren Datei durch Einscannen

Wenn das Ausgangsdokument ausschließlich in papiergebundener Form zur Verfügung steht, wird das Dokument eingescannt und in einer grafisch nicht veränderbaren Form gespeichert (sog. TIFF-Datei). Die Informationen in der TIFF-Datei enthalten dann ein grafisches Abbild des Ausgangsdokuments und entsprechen einer Fotokopie in der Papierwelt.

b) Erstellen einer unveränderbaren Datei durch Konvertierungsprogramme/Druckertreiber

Stehen dem Notar die Textinformationen des Ausgangsdokuments in elektronischer Form zur Verfügung, weil der Notar beispielsweise zur Vorbereitung der Unterschriftsbeglaubigung den Entwurf der Handelsregisteranmeldung oder des sonstigen Dokuments selbst gefertigt und daher in elektronischer Form (z. B. als Word-Datei) vorliegen hat, besteht die Möglichkeit, diese elektronischen Textinformationen noch um die zusätzlichen individuellen Informationen wie Hinweise auf das Siegel (L. S. für Locum Sigulum), die Unterschriftszeichnungen der Urkundsbeteiligten (gez. Name des Unterschreibenden) und des Notars und möglicherweise die Urkundenrollennummer zu ergänzen und daraus ein inhaltsgleiches elektronisch nicht veränderbares elektronisches Dokument (TIFF-Datei) mit Hilfe von Konvertierungsprogrammen (sog. TIFF-Drucker) zu fertigen. Dieses konvertierte Dokument enthält dann inhaltsgleich die Textinformationen aus dem Ausgangsdokument, stellt jedoch kein optisches Abbild des Ausgangsdokumentes dar.

In beiden Fällen wird dem so angefertigten elektronischen Dokument in elektronisch unveränderlicher Form der Beglaubigungsvermerk angefügt und diese Datei mit der Signatur des Notars versehen.

4. Fazit

Der Beschluss des LG Chemnitz beseitigt die vereinzelt in der Praxis der Registergerichte geäußerten Zweifel, ob ein lediglich inhaltsgleiches Dokument den Anforderungen an eine elektronisch beglaubigte Abschrift i. S. d. §§ 39 a, 42 BeurkG genügt. Insbesondere in den Fällen, in denen der Notar mit seinen Signatureinrichtungen (wie z. B. dem Programm Sig-Notar) zentral auf die Daten der Textverarbeitung zugreifen kann, kann das Erstellen der Abschrift durch Datenkonvertierung eine enorme Arbeitserleichterung bedeuten. Besonderes Augenmerk bei dieser Form der Erstellung der elektronischen beglaubigten Abschrift ist jedoch auf die Übereinstimmung mit der Urschrift zu legen. Hier kann die Gefahr bestehen, dass nach dem Ausdruck der Word-Datei zur Vornahme der Unterschriftsbeglaubigung oder Beurkundung noch handschriftliche Änderungen oder Ergänzungen vorgenommen wurden, die dann nicht berücksichtigt werden oder dass im konvertierten Dokument Steuerbefehle (wie Makros oder ein sich aktualisierendes Datum) enthalten sind, die in der (papiergebundenen) Urschrift nicht enthalten sind.

Bei der Formulierung des Beglaubigungsvermerks in der elektronischen beglaubigten Urkunde ist folglich auch zu beachten, dass gem. § 42 Abs. 1 BeurkG immer festgestellt wird, ob dem Notar eine Urschrift der Urkunde, eine Ausfertigung, eine beglaubigte Abschrift oder eine einfache Abschrift vorgelegen hat. Erfreulich ist an dem Beschluss des LG Chemnitz, dass das Registergericht letztlich nicht die grafische Abbildung der Unterschriften der anmeldenden Gesellschafter verlangen kann. Denn durch die elektronische Verfügbarkeit der eingereichten Dokumente beim Handelsregister steht ein gescannter grafischer Schriftzug einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung, was die Missbrauchsmöglichkeiten erhöht.

Oberamtsrat i. N. *Thomas Strauß*, München

Kostenrecht

21. EG Art. 10, 49, 81 (*Dienstleistungsfreiheit und Gebührenordnung für Rechtsanwälte*)

1. **Den Art. 10, 81 und 82 EG läuft es nicht zuwider, wenn ein Mitgliedstaat eine Norm erlässt, die auf der Grundlage eines von einer berufsständischen Vertretung von Rechtsanwälten wie dem Consiglio Nazionale Forense (Nationaler Rat der Rechtsanwälte) erarbeiteten Vorschlags eine Gebührenordnung genehmigt, die eine Mindestgrenze für die Honorare der Mitglieder der Rechtsanwaltschaft festlegt, von der grundsätzlich ebenso wenig bei Leistungen, die diesen Mitgliedern vorbehalten sind, wie bei Leistungen abgewichen werden kann, die, wie außergerichtliche Dienstleistungen, auch von jedem anderen, der genannten Gebührenordnung nicht unterworfenen Wirtschaftsteilnehmer erbracht werden können.**
2. **Eine Regelung, die es verbietet, im Wege einer Vereinbarung von den durch eine Rechtsanwaltsgebührenordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden festgelegten Mindesthonoraren für Leistungen abzuweichen, die zum einen Gerichtsbezug aufweisen und zum anderen Rechtsanwälten vorbehalten sind, stellt eine Beschränkung des in Art. 49 EG vorgesehenen freien Dienstleistungsverkehrs dar. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine solche Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege Rechnung trägt, die sie rechtfertigen können, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.**

EuGH, Urteil vom 5.12.2006, Rs. C 94/04 und C 202/04 – Cipolla, Capodarte

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in BB 2007, 462.

Anmerkung:

Keine fünf Jahre nach der Entscheidung in den Rechtssachen *Wouters*¹ und *Arduino*² hatte der EuGH erneut über die Vereinbarkeit der italienischen Rechtsanwaltsgebührenordnung

¹ EuGH, Urteil vom 19.2.2002, Rs. C 309/99, Slg. 2002, I-1577.

² EuGH, Urteil vom 19.2.2002, Rs. C 35/99, Slg. 2002, I-1529.

mit den europarechtlichen Vorgaben zu entscheiden. In dem vorliegenden Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Cipolla* und *Capodarte* blieb er dabei der eingeschlagenen Linie treu und erteilte der von der europäischen Kommission angemahnten Forderung nach einer Revision der gefestigten Rechtsprechung eine Absage. Insoweit folgte der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwalts *Maduro*. Im Übrigen weicht das Urteil im Ergebnis, in den Entscheidungsgründen und nicht zuletzt in der Weise, in der tragende Argumente keine Berücksichtigung finden, auffällig von den Schlussanträgen ab.

1. Zulässigkeit

Der von der Bundesregierung vorgebrachte Einwand, dass es sich bei den Verfahrensgegenständen um rein interne Sachverhalte ohne jeden grenzüberschreitenden Bezug handele, was zur Unzulässigkeit der Vorlagefrage führe, hat der Gerichtshof mit der aus der jüngeren Rechtsprechung³ bekannten, hypothetischen Argumentation abgeschmettert. Es soll genügen, dass eine Antwort dem vorlegenden Gericht „von Nutzen sein könne“, insbesondere, wenn das zu überprüfende innerstaatliche Recht unterschiedslos zur Anwendung gelangen würde, wenn eine Person aus einem anderen EU-Mitgliedstaat betroffen wäre. Letztlich verzichtet der EuGH damit für Vorabentscheidungsverfahren auf dem Gebiet der Grundfreiheiten auf jeglichen grenzüberschreitenden Bezug – ob dies angesichts der gefestigten Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung⁴ die glücklichste Lösung ist, darf ebenso bezweifelt werden, wie die Geeignetheit einer derartigen Konturierung des Vorabentscheidungsverfahrens, um der immer wieder beklagten Verfahrensflut vor dem EuGH Herr zu werden.

2. Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht

In seinen Schlussanträgen schlug Generalanwalt *Maduro* eine Differenzierung der *Wouters/Arduino*-Rechtsprechung nach dem Anwendungsbereich der zu prüfenden Gebührenordnung vor:⁵ Eine Gebührenordnung, die neben gerichtlichen auch außergerichtliche juristische Dienstleistungen umfasst, sei wegen ihrer schwerer wiegenden wettbewerbswidrigen Auswirkungen kritischer zu betrachten.⁶ Die Argumentation des Generalanwalts ist an dieser Stelle allerdings auffällig dünn; so wird die Unterschiedlichkeit der „Märkte“ auf denen außergerichtliche Dienstleistungen einerseits und gerichtliche Dienstleistungen andererseits erbracht werden, mit der nicht belegten Behauptung begründet, das Informationsgefälle zwischen Rechtsanwalt und Mandant sei im ersteren Fall geringer, da die Empfänger die Dienstleistung häufiger in Anspruch nehmen.⁷

Der EuGH ging auf diesen Differenzierungsansatz nicht ein und sieht die Vereinbarkeit einer staatlichen Gebührenordnung mit dem europäischen Wettbewerbsrecht auch dann als gegeben an, wenn diese grundsätzlich zwingende Gebührensätze für solche Dienstleistungen ansetzt, die wie die streitgegenständlichen außergerichtlichen Dienstleistungen auch von Dienstleistern erbracht werden können, die der Gebühren-

ordnung nicht unterworfen sind. Auch die in den Schlussanträgen implizierte Forderung des Generalanwalts, die gerichtlich überprüfbare Abweichbarkeit von den Gebührensätzen zum Kriterium der Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht zu machen,⁸ hat der Gerichtshof damit nicht aufgenommen.

Hierin ist eine deutlich reservierte Haltung des EuGH gegenüber den von der europäischen Kommission zuletzt immer häufiger vorgebrachten Zweifeln an der europarechtlichen Zulässigkeit einer Vielzahl von berufsrechtlichen Regelungen der freien Berufe unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts⁹ zu erkennen. So nimmt der EuGH, indem er auf den Wettbewerbsbericht der Kommission verweist, diese Argumente zwar ausdrücklich zur Kenntnis, als Kriterium zur Differenzierung seiner Rechtsprechung zu Rechtsanwaltsgebührenordnungen erteilt er den Kategorien „Höchst-/Mindestgebühr mit/ohne Abweichungsmöglichkeit“ und „Vorbehaltsaufgabe“ aber eine klare Absage. Die bisherige Tendenz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die freiberufliche Selbstregulierung enge Grenzen zu setzen,¹⁰ verstetigt sich in dem vorliegenden Urteil.

3. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit

Mit Spannung erwartet wurden insbesondere die Antworten des Gerichtshofs auf die Vorlagefragen des italienischen Gerichts zur Vereinbarkeit des Verbots, von der Gebührenordnung abzuweichen, mit der Dienstleistungsfreiheit, hatte sich doch Generalanwalt *Maduro* in seinen Schlussanträgen die Position der Europäischen Kommission weitgehend zu Eigen gemacht und dem Gerichtshof vorgeschlagen, eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit festzustellen.

Der EuGH sah im ersten Schritt der Prüfung in konsequenter Übertragung seiner ständigen Rechtsprechung die Dienstleistungsfreiheit aufgrund dieses Verbots ohne weiteres als beschränkt an. Im nächsten Prüfungsschritt hatte der Generalanwalt ausführlich die Möglichkeiten der Rechtfertigung behandelt und diese jeweils mit dem Argument verneint, der Nachweis sei nicht geführt, dass Mindestgebühren tatsächlich für das Ziel des Zugangs zu den Gerichten und die ordnungsgemäße Ausübung des Rechtsanwaltsberufs geeignete und erforderliche Mittel seien.¹¹ Insoweit folgte der EuGH dem Generalanwalt nicht: Die Frage, ob die Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls insbesondere einer geordneten Rechtspflege und des Verbraucherschutzes zu rechtfertigen sei, habe das vorlegende Gericht selbst zu entscheiden. Schon die hierin gezeigte Zurückhaltung des Gerichtshofs, erscheint bemerkenswert und kann ohne weiteres im Sinne einer Tendenz interpretiert werden, Fragen der Ausgestaltung und Organisation der Rechtspflege den Mitgliedsstaaten zu überlassen.¹² Die Kriterien, die der EuGH den Gerichten hierzu mitgibt, verstärken diesen Eindruck, sind doch die Besonderheiten des jeweiligen Marktes maßgeblich zu

³ EuGH, Urteil vom 30.3.2006, Rs. C 451/03, Slg. 2006, I-2941, Rdnr. 29 – *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*.

⁴ Vgl. *Streinz*, *Europarecht*, 8. Aufl. 2005, Rdnr. 810 ff.

⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 1.2.2006, Rdnr. 40, im Internet abrufbar unter <http://curia.eu.int>.

⁶ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 1.2.2006, Rdnr. 44.

⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 1.2.2006, Rdnr. 41.

⁸ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 1.2.2006, Rdnr. 49 f.

⁹ Vgl. insbesondere den Bericht der Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen in der Mitteilung KOM 2004, 83 vom 9.2.2004 samt „Follow-Up“-Bericht KOM 2005, 405 vom 5.9.2005, jeweils im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰ *Fleischhauer*, *DNotZ* 2002, 325, 341.

¹¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* vom 1.2.2006, Rdnr. 76 ff.

¹² So *Steer*, *notar* 2006, 187; im Ergebnis wohl auch *Wolf*, *DStR* 2007, 130.

berücksichtigen, sowohl bei der Frage der Auswirkung von Informationsasymmetrien als auch bei der Beurteilung der Gefahr von minderwertigen juristischen Dienstleistungen zu Dumping-Preisen auf einem besonders engen Markt.

4. Ausblick

Für die deutsche Kostenordnung stellt sich die im vorliegenden Urteil aufgeworfene Frage nach der Rechtfertigung nach zutreffender Auffassung¹³ nicht, sind doch notarielle Tätigkeiten von der Bereichsausnahme des Art. 45 EG umfasst. Der EuGH, der die Reichweite des Art. 45 EG eher restriktiv auslegt,¹⁴ hatte diese Frage bisher nicht zu entscheiden. Allerdings hat der EuGH in der Rechtssache *Spanische Kapitäne*¹⁵ die Ausübung notarieller Befugnisse ohne weitere Prüfung und geradezu selbstverständlich als hoheitlich eingestuft, so dass eine abweichende Auffassung widersprüchlich erschiene.¹⁶ Sollte der Gerichtshof dennoch anders entscheiden, so lässt das vorliegende Urteil Raum für eine Rechtfertigung zwingender Vorschriften des notariellen Kostenrechts als integrativem Bestandteil eines Systems vorsorgender Rechtspflege.

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

¹³ Vgl. zum Meinungsstand *Schützeberg*, Der Notar in Europa, 2004, S. 46 ff.

¹⁴ *Fleischhauer*, DNotZ 2002, 325, 358 m. w. N.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C 405/01, Slg. 2003, I-10391.

¹⁶ Vgl. *Franzmann*, notar 2003, 158.

22. KostO §§ 30, 36, 38, 41, 44, 156 (*Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht*)

1. **Als Wert für die Beurkundung einer im Außenverhältnis unbeschränkten, mit Erteilung wirksamen Generalvollmacht für alle vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten, für die eine Stellvertretung zulässig ist, mit der Anweisung an den Bevollmächtigten, davon nur im Vorsorgefall Gebrauch zu machen, ist das Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Abschlag anzusetzen.**
2. **Die mit der Generalvollmacht zusammen beurkundete Betreuungsverfügung und Patientenverfügung sind einseitige Erklärungen gemäß § 36 Abs. 1 KostO und gegenstandsgleich im Sinn von § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO. Sie haben keinen vermögensrechtlichen Gegenstand und ihr Wert beträgt grundsätzlich 3.000 €.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22.1.2007, 20 W 397/04; eingesandt von Bürovorsteher *Andreas Kersten*, Kassel

Der Beteiligte zu 2) erteilte seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1), eine Generalvollmacht dahingehend, ihn in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist, umfassend zu vertreten. Die Vollmacht sollte insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und daher bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen. Nach § 5 Ziff. 1 der Urkunde sollte im Innenverhältnis, d. h. ohne Einfluss auf die Vollmacht im Außenverhältnis, von der Vollmacht erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit) eintrat. Für den Fall, dass die Bestellung eines Betreuers notwendig werden sollte, wünschte der Beteiligte zu 2) seine Ehefrau als Betreuerin, ihre Vollmacht sollte auch bei Bestellung eines Betreuers im Übrigen bestehen bleiben. Nach § 6 der Urkunde wurde die Vollmacht mit Abschluss der Urkunde wirk-

sam. Trotz Belehrung durch den Notar wünschte der Vollmachtgeber keine Wirksamkeitsbeschränkung dergestalt, dass die Vollmacht erst mit Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit eintreten sollte. In § 8 der Urkunde war die Aushändigung einer Ausfertigung an die Beteiligte zu 1) vorgesehen, der auf Antrag jederzeit weitere Ausfertigungen zu erteilen waren. In persönlichen Angelegenheiten sollte die Vollmacht insbesondere auch die Aufenthaltsbestimmung und die Befugnis zu Unterbringungsmaßnahmen umfassen, ferner die Befugnis zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen bis zur Entscheidung über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen. Unter § 2 Abschnitt 3 der Urkunde traf der Beteiligte zu 2) außerdem eine Patientenverfügung.

Der Kostengläubiger hat für seine Beurkundung eine halbe Gebühr gemäß den §§ 141, 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO aus dem hälftigen Vermögen des Vollmachtgebers angesetzt, ferner eine volle Gebühr aus dem Regelwert von 3.000 € für die Beurkundung der Patientenverfügung gem. §§ 141, 36 Abs. 1 KostO.

Die Dienstaufsichtsbehörde hat daraufhin den Kostengläubiger angewiesen, die Entscheidung des LG gemäß § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO zu der Höhe des für die Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO anzusetzenden Geschäftswertes herbeizuführen sowie zu der Frage, wie die Gebühren für die Beurkundung der Betreuungs- und der Patientenverfügung zu berechnen sind. Der Kostengläubiger hat Anschlussbeschwerde eingelegt und die Auffassung vertreten, es handle sich um die Beurkundung einer Vorsorgevollmacht i. S. d. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB mit schon kraft Gesetzes eingeschränkter Verwendungsmöglichkeit nur im Betreuungsfall. Die Klarstellung, dass die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt ist, diene nur der beanstandungsfreien Verwendungsmöglichkeit im Rechtsverkehr, insbesondere beim Grundbuchamt. Daher sei beim Geschäftswert ein Abschlag vom Bruttovermögen des Vollmachtgebers gerechtfertigt, der entsprechend der Entscheidung des OLG Stuttgart (JurBüro 2000, 428 = ZNotP 2001, 37 mit Anm. *Tiedtke*) mit 50 % angemessen sei. Hinsichtlich der Betreuungs- und Patientenverfügung werde Gegenstandsverschiedenheit angenommen.

Die angehörten Kostenschuldner haben mitgeteilt, es habe keine jederzeit wirksame uneingeschränkte Vollmacht erteilt werden sollen, sondern lediglich eine Vorsorgevollmacht.

Das LG hat die Anweisungsbeschwerde zurückgewiesen und im wesentlichen ausgeführt, im Hinblick auf den ausdrücklich bestimmten Zweck und die Person der Bevollmächtigten sei es nicht gerechtfertigt, die vorliegend protokollierte Vollmacht kostenrechtlich anders zu beurteilen als eine ausdrücklich nur für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers erteilte Vollmacht. Bezüglich der Gebühr für die Beurkundung der Patienten- und Betreuungsverfügung sei weder der Ansatz des Regelwertes zu beanstanden, noch die Annahme, dass beide Verfügungen denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO haben. Es bestehe bei der hier gegebenen Fallgestaltung ein innerer Zusammenhang nicht nur zwischen der Vorsorgevollmacht einerseits und der Betreuungs- und Patientenverfügung andererseits, sondern auch zwischen der Betreuungs- und Patientenverfügung.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des LG ist für die halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO bei der hier vorliegenden Gestaltung der vom Kostengläubiger beurkundeten Vollmacht gem. § 41 Abs. 2 KostO der volle Wert des Aktivvermögens des Beteiligten zu 2), das sich unstreitig auf 300.000 € beläuft, anzusetzen.

Nach § 41 Abs. 2 KostO ist der Wert einer allgemeinen Vollmacht nach freiem Ermessen zu bestimmen; dabei ist der Umfang der erteilten Ermächtigung und das Vermögen des Vollmachtgebers angemessen zu berücksichtigen.

Gegenstand der Urkunde ist schon nach ihrem Wortlaut eine Generalvollmacht, die die Beteiligte zu 1) zur umfassenden Stellvertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Beteiligten zu 2) ermächtigt. Die Vollmacht soll laut § 2 der Urkunde im Umfang unbeschränkt gelten und der Eintritt des Vorsorgefalls soll nach § 5 Ziff. 1

der Urkunde ausdrücklich ohne Einfluss auf die Vollmacht im Außenverhältnis bleiben. Außerdem ist in § 6 der Urkunde die Wirksamkeit der Vollmacht mit Abschluss der Urkunde und ohne Beschränkung auf den Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit vorgesehen. Nach einem Vermerk des Kostengläubigers vom 11.4.2003 ist der Beteiligten zu 1) auch entsprechend § 8 der Urkunde eine Ausfertigung erteilt worden. Demnach ist die Vollmacht hier im Außenverhältnis gegenüber Dritten unbeschränkt, sie hat weder aufschiebend bedingte (i. S. v. § 158 BGB), noch zeitlich beschränkte (i. S. v. § 163 BGB) Rechtswirkungen. Es fehlt auch an einer Beschränkung in tatsächlicher Hinsicht, da die Erteilung einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde an die Beteiligte zu 1) sofort erfolgen konnte. Somit unterscheidet sich die hier von dem Kostengläubiger beurkundete Vollmacht ganz wesentlich von derjenigen, die Gegenstand der Entscheidung des OLG Stuttgart (JurBüro 2000, 428 = ZNotP 2001, 37 mit Anm. *Tiedtke*) war, und bei der das OLG den Ansatz nur des hälftigen Vermögens als Geschäftswert als im Rahmen des nach § 41 Abs. 2 KostO eingeräumten Ermessens liegend akzeptiert hat. Die vom OLG Stuttgart zu bewertende Vollmacht sollte überhaupt nur gelten, wenn der Bevollmächtigte im Besitz einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde war und die Ausfertigung konnte der Bevollmächtigte nur beantragen, wenn durch Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses nachgewiesen wurde, dass die Vollmachtgeberin geschäftsunfähig war oder insoweit Zweifel bestanden.

Dagegen ist die hier vom Kostengläubiger beurkundete Vollmacht mit der Fallgestaltung vergleichbar, wie sie der Entscheidung des OLG Oldenburg vom 13.7.2005 (MittBayNot 2006, 446) zugrunde lag, da auch dort die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt gelten sollte und nur im Innenverhältnis die Anweisung enthielt, dass die Vollmacht insbesondere dann gelten sollte, wenn die Vollmachtgeberin nicht mehr selbst für sich sorgen konnte. Wegen der unbeschränkten Geltung der Vollmacht im Außenverhältnis und der Erteilung von Ausfertigungen der Vollmacht an die Bevollmächtigten ist das OLG Oldenburg vom gesamten Aktivvermögen der Vollmachtgeberin als Geschäftswert ausgegangen, ohne Abschlag wegen der Anweisung an die Bevollmächtigten im Innenverhältnis.

Dieser Auffassung des OLG Oldenburg, die auch in der Literatur vielfach vertreten wird (vgl. z. B. *Bund* in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Oldenburg in RNotZ 2005, 559 und JurBüro 2005, 622, 625; *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397, 398; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 41 Rdnr. 11 a; Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1754; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2006, § 41 Rdnr. 11), schließt sich auch der Senat an. Ihr ist deshalb zu folgen, weil Gegenstand der Beurkundung lediglich die Vollmacht und nicht das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist und deshalb grundsätzlich nur Beschränkungen der Vollmacht selbst und nicht solche, die das Innenverhältnis betreffen, für die Bewertung der Vollmacht maßgeblich sein können. Zwar ist auch eine Generalvollmacht der Auslegung fähig und kann deshalb im Einzelfall von unterschiedlichem Umfang sein. Trotzdem kann der Ansicht von *Renner*, NotBZ 2005, 45, 57 nicht gefolgt werden, es sei wegen der Erwartung der Beteiligten nur von einem „Eventualcharakter“ der Vollmacht auszugehen, so dass sich auch bei einer unbeschränkten Generalvollmacht die Beschränkung aus den Begleitumständen ergebe. Denn bei einer in einer Urkunde niedergelegten und nach außen kundgemachten Vollmacht kommt es für die Auslegung auf die Verständnismöglichkeiten des Geschäftsgenossen und anders als bei einer reinen Innenvollmacht nicht auf diejenigen des Bevollmäch-

tigten an (BGH, NJW 1991, 3141; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl., § 167 Rdnr. 5; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl., § 167 Rdnr. 39; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2003, § 164 Rdnr. 85). Ein potentieller Geschäftsgenosse kann aber nach der Gestaltung der hier beurkundeten Vollmacht davon ausgehen, dass die Vollmacht ihm gegenüber seit dem 2.4.2003 ohne Beschränkung und unabhängig vom Eintritt des Vorsorgefalles wirksam ist. Damit wird auch dem Grundsatz Rechnung getragen, dass für die Beurteilung des Umfangs der Vollmacht und damit auch für die Bewertung darauf abzustellen ist, was der Bevollmächtigte rechtlich wirksam tun kann und nicht, was er aufgrund des Innenverhältnisses nur tun soll (*Bund*, JurBüro 2005, 622, 625).

Die vom Kostengläubiger vorgenommene und vom LG gebilligte Ermessensausübung nach § 41 Abs. 2 KostO war rechtsfehlerhaft, da der im Außenverhältnis unbeschränkte Umfang der beurkundeten Vollmacht nicht berücksichtigt worden ist, sondern eine Gleichbehandlung mit einer durch den Eintritt des Vorsorgefalles bedingten Vollmacht vorgenommen wurde. Dies hat zur Folge, dass der Senat selbst über die Höhe des Geschäftswerts entscheiden kann, für den nach seiner Auffassung das Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Abschläge maßgeblich war. Soweit die Bevollmächtigung der Beteiligten zu 1) auch alle persönlichen Angelegenheiten umfasst, kommt allerdings keine zusätzliche Erhöhung in Betracht, da mit dem gesamten Aktivvermögen der höchstmögliche Wertrahmen bereits ausgeschöpft wird.

Die Entscheidung des LG ist auch hinsichtlich der für die Beurkundung der Betreuungs- und der Patientenverfügung entstandenen Kosten nicht rechtsfehlerfrei.

Zutreffend ist allerdings, dass es sich um einseitige Erklärungen des Beteiligten zu 2) handelt, deren Beurkundung nach § 36 Abs. 1 KostO eine volle Gebühr entstehen lässt. Nachdem der BGH am 8.12.2005 (MittBayNot 2006, 351) entschieden hat, dass bei der Beurkundung jeglicher einseitiger Erklärungen, vorbehaltlich besonderer Gebührentatbestände, die Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO anfällt, nicht nur bei der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, kommt es für Frage der anzuwendenden Gebührevorschrift auf die Rechtsnatur von Betreuungs- und Patientenverfügung nicht mehr an. Ebenfalls zutreffend hat das LG ausgeführt, dass sowohl für die Betreuungs- als auch für die Patientenverfügung jeweils von einem Geschäftswert von 3.000 € gem. § 30 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KostO auszugehen sei (für die Patientenverfügung vgl. Senatsbeschluss vom 26.10.2000, 20 W 423/00, n. v.).

Eine Betreuungsverfügung ist eine Willensäußerung, in der jemand für den Fall seiner Betreuungsbedürftigkeit und der Bestellung eines Betreuers Vorschläge zur Person des Betreuers und/oder Wünsche zu Wahrnehmung der Aufgaben des Betreuers oder durch den Betreuer geäußert hat. Sie hat als Adressaten das Vormundschaftsgericht bzw. den Betreuer (*Palandt/Diederichsen*, Einf. vor § 1896 Rdnr. 8; *Perau*, MittRhNotK 1996, 51, 52). Mit der Patientenverfügung willigt der Erklärende im Voraus in notwendig werdende medizinische Maßnahmen ein oder verweigert seine Einwilligung. Adressaten sind in erster Linie die behandelnden Ärzte oder auch Verwandte, Betreuer und das Vormundschaftsgericht (*Palandt/Diederichsen*, Einf. vor § 1896 Rdnr. 9). Sowohl die Patienten- als auch die Betreuungsverfügung haben keinen vermögensrechtlichen Gegenstand (OLG Oldenburg, MittBayNot 2006, 446, für die Betreuungsverfügung; OLG Hamm, ZNotP 2006, 318, für die Patientenverfügung; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 41 KostO Rdnr. 11 c; *Bund*, JurBüro 2005, 622, 626; *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397, 400).

Da sowohl die Bevollmächtigung als auch die Betreuungsverfügung und die Patientenverfügung vorliegend in einer Urkunde niedergelegt worden sind, ist für die Gebührenberechnung der § 44 KostO zu beachten, für dessen Anwendung es maßgeblich darauf ankommt, ob die mehreren Erklärungen denselben oder einen verschiedenen Gegenstand haben. Nach der von der Rechtsprechung insoweit entwickelten Definition (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 44 KostO Rdnr. 16 m. w. Hinweisen) betreffen denselben Gegenstand alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen. Nach dieser Definition haben die Betreuungsverfügung und die Patientenverfügung einen verschiedenen Gegenstand, denn sie betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände und haben jedenfalls teilweise unterschiedliche Adressaten, außerdem dient nicht die eine Verfügung zur Durchführung der anderen oder kann im Sinn der vom BGH in seiner Entscheidung vom 9.2.2006 (RNotZ 2006, 246 = MittBayNot 2006, 525 m. Anm. Prüfungsabteilung der Notarkasse) gewählten Definition als Hauptgeschäft betrachtet werden, mit der die andere in einem engen inneren Zusammenhang stünde (ebenso *Bund*, JurBüro 2005, 622, 627; *Renner*, NotBZ 2005, 45, 50; *Klein*, RNotZ 2005, 561; *Rohs/Wedewer*, § 44 Rdnr. 6 x für den Fall, dass nur die Betreuungs- und die Patientenverfügung in einer Urkunde enthalten sind).

Allerdings stehen sowohl die Betreuungsverfügung als auch die Patientenverfügung in engem innerem Zusammenhang zu der beurkundeten Generalvollmacht.

Für die Betreuungsverfügung ergibt sich das daraus, dass die Vollmacht ausdrücklich (auch) zur Vermeidung einer Betreuung dienen und die Vollmacht auch bei Bestellung eines Betreuers im Übrigen bestehen bleiben soll. Außerdem ist in § 5 Ziff. 2 der Urkunde vorgesehen, dass die Bevollmächtigte im Fall der Betreuung auch als Betreuerin bestellt werden soll. Da die Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten auch die Entscheidung über die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen bis hin zur Entscheidung über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen betrifft, besteht auch ein engerer sachlicher Zusammenhang mit der Patientenverfügung. Daher ist nach Auffassung des Senats jedenfalls von einer teilweisen Gegenstandsgleichheit gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO sowohl der Patienten- als auch der Betreuungsverfügung im Verhältnis zu der beurkundeten Vollmacht auszugehen, soweit diese im Vorsorgefall eingreifen soll.

Da die den ganzen Gegenstand betreffende Erklärung (die Bevollmächtigung) einem niedrigeren Gebührensatz unterliegt ($^{5/10}$ gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO) als die einen Teil des Gegenstandes betreffenden Erklärungen (die Betreuungsverfügung und die Patientenverfügung mit jeweils einer vollen Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO) sind Vergleichsberechnungen anzustellen, um die für den Kostenschuldner günstige Berechnungsart zu ermitteln:

Zunächst sind die gegenstandsgleichen Erklärungen zu bewerten:

Vollmacht $^{5/10}$ (§ 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO)	
Wert: 300.000 €	253,50 €
Betreuungsverfügung $^{10/10}$ (§ 36 Abs. 1 KostO)	
Wert: 3.000 €	26 €

Bei getrennter Berechnung betragen die Kosten somit

279,50 €. Dies ist günstiger als die einheitliche Berechnung. Bei Ansatz des höchsten Gebührenwertes ($^{10/10}$ nach § 36 Abs. 1 KostO) aus dem höchsten Geschäftswert (300.000 €) würden die Kosten 507 € betragen.

Zusätzlich ist dann noch die gegenstandsverschiedene Patientenverfügung in die Bewertung einzubeziehen entsprechend § 44 Abs. 2 b KostO:

Bei getrennter Betrachtung sind zunächst die Geschäftswerte der gegenstandsverschiedenen Erklärungen Patientenverfügung und Betreuungsverfügung mit jeweils 3.000 € zu addieren und hieraus die $^{10/10}$ -Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO zu ermitteln, also eine $^{10/10}$ -Gebühr aus 6.000 € in Höhe von 48 €. Dazu kommt die $^{5/10}$ -Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4 für die Vollmacht in Höhe von 253,50 €. Die Addition der Gebühren ergibt 301,50 €. Dieser Betrag ist maßgeblich, da die einheitliche Berechnung für den Kostenschuldner ungünstiger ist. Eine volle Gebühr aus den addierten Werten der gegenstandsverschiedenen Erklärungen, nämlich 303.000 €, würde 522 € betragen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397.

Öffentliches Recht

23. BauGB § 127 Abs. 4 (*Kostentragungspflicht für Kanalanschlussbeiträge*)

Enthält ein Grundstückskaufvertrag die Regelung, dass die Kosten für die Verlegung bestimmter Regen- und Abwasserkanäle im Kaufpreis enthalten sind, kann der Käufer grundsätzlich davon ausgehen, dass durch die in den Kaufpreis eingerechneten Kosten die grundsätzlich bestehende öffentlich-rechtliche Anschlussbeitragspflicht erledigt ist. Denn Kanalanschlussbeiträge werden nicht nur für die Nutzung des Abwassernetzes, sondern gerade dafür erhoben, dass im Erschließungsgebiet Abwasseranlagen hergestellt, also Abwasserkanäle verlegt werden.

OLG Hamm, Urteil vom 12.1.2005, 8 U 44/04

Aus den Gründen:

(...)

Die Klägerinnen vertreten die Auffassung, dass die Beklagten jeweils nach § 4 Abs. 4 der Grundstückskaufverträge zwischen der Klägerin zu 2) und den Eheleuten I und den Eheleuten L Anschlussbeiträge schuldeten. In dieser Regelung war festgelegt, dass die Eheleute I und L als Käufer u. a. die Gebühren und Kosten für den erstmaligen Anschluss des verkauften Grundstücks an die öffentlichen Abwasseranlagen zu tragen hätten. Entgegen der Auffassung des LG, so meinen die Klägerinnen, stehe dem nicht der Inhalt von § 4 Abs. 5 der Grundstückskaufverträge entgegen, wonach die Erschließungsbeiträge und u. a. die Kosten der Verlegung der Regen- und Abwasserkanäle in die Q-Straße im Kaufpreis enthalten seien. (...)

II.

(...)

Es mag sein, dass die Formulierung in § 4 Abs. 4 der Grundstückskaufverträge, wonach der Käufer die Gebühren und Kosten für den erstmaligen Anschluss des verkauften Grundstücks an die öffentlichen Abwasseranlagen trägt, auf die

Anschlussbeitragspflicht entsprechend der Entwässerungsanschlussbeitragsatzung der Stadt I hinweist. Bereits im nächsten Absatz der vertraglichen Regelung heißt es jedoch, dass die Kosten der Verlegung der Regen- und Abwasserkanäle in die Q-Straße im Kaufpreis enthalten seien und darüber eine besondere Abrechnung nicht erfolge. Entgegen der Auffassung der Klägerinnen sind beide Regelungsgegenstände zumindest teilweise deckungsgleich. Es trifft nämlich nicht zu, dass in § 4 Abs. 5 der Grundstückskaufverträge allein Erschließungsbeiträge i. S. d. § 127 BauGB angesprochen werden, die sich von den Kosten für den Anschluss an das Abwassernetz abgrenzen lassen. Den Klägerinnen mag zugestanden sein, dass der in § 4 Abs. 5 der Grundstückskaufverträge genannte Begriff „Erschließungsbeiträge“ die Kosten für die Errichtung von Erschließungsanlagen i. S. d. § 127 BauGB (Straßen, Wege, Plätze, Parkflächen etc.) betrifft. Das gilt jedoch nicht für die anschließend erwähnten Kosten der Verlegung der Regen- und Abwasserkanäle in die Q-Straße. § 127 Abs. 4 BauGB hebt ausdrücklich hervor, dass z. B. Anlagen zur Ableitung von Abwasser keine Erschließungsanlagen i. S. d. Vorschrift sind. Gerade die Errichtung von Kanälen ist Teil derjenigen Leistung, für die Kanalanschlussbeiträge erhoben werden, wie sich auch § 1 der Entwässerungsanschlussbeitragsatzung der Stadt I entnehmen lässt. Danach wird der Kanalanschlussbeitrag nicht etwa nur dafür erhoben, dass der Anlieger das weitere Abwassernetz der Stadt I nutzen kann, sondern auch und gerade dafür, dass im Erschließungsgebiet Abwasseranlagen hergestellt werden, also Abwasserkanäle verlegt werden. Diese Kosten sollen aber nach § 4 Abs. 5 der Grundstückskaufverträge im Kaufpreis enthalten sein, was mit der Auslegung durch die Klägerinnen nicht in Einklang zu bringen ist. Da die Klägerin zu 2) aufgrund des Erschließungsvertrages mit der Stadt I durch die von ihr vorgenommene Errichtung der Abwasserkanäle im Erschließungsgebiet die Anschlussbeitragspflicht für sämtliche Grundstückseigentümer in jenem Gebiet abgelöst hat, was den Erwerb als Absicht bekannt war, konnten sie davon ausgehen, dass durch die in den Kaufpreis eingerechneten Kosten der Verlegung der Abwasserkanäle die grundsätzlich bestehende öffentlich-rechtliche Anschlussbeitragspflicht erledigt war.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Kanalanschlussbeiträge nicht nur die Errichtung von Abwasseranlagen im jeweiligen Erschließungsgebiet vergüten sollen, sondern darüber hinaus den Aufwand der Stadt bei der Anschaffung und Erweiterung des gesamten Abwassernetzes, rechtfertigt dies die geltend gemachte Forderung nicht. Davon könnte allenfalls ein nicht abgrenzbarer Teil des Anschlussbeitrages nach § 3 Abs. 8 der Entwässerungsanschlussbeitragsatzung erfasst werden, den die Klägerinnen nicht darlegen und wohl auch nicht darlegen können.

In ihrem Schriftsatz vom 26.11.2004 vertreten die Klägerinnen weiter die Auffassung, mit den Kosten der Verlegung der Regen- und Abwasserkanäle seien lediglich die Kosten für die damit verbundene Arbeitsleistung gemeint, womit sie offenbar eine Abgrenzung zu den Materialkosten vornehmen wollen. Ein solches Verständnis der genannten Formulierung erscheint nicht lebensnah und kann vom Senat nicht geteilt werden, zumal üblicherweise Kanalbauarbeiten einheitlich vergeben werden, also einschließlich der Lieferung des erforderlichen Materials. Abgesehen davon wäre aber auch die mit der Errichtung von Abwasseranlagen verbundene Arbeitsleistung Gegenstand des Kanalanschlussbeitrags, so dass sich selbst dann eine Überschneidung zwischen den Regelungsinhalten von § 4 Abs. 4 und Abs. 5 ergäbe.

(...)

Steuerrecht

24. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 2303 Abs. 1, § 2317 Abs. 1 (*Entstehung der ErbSt bei Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs*)

Die zur Entstehung der Erbschaftsteuer führende Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs setzt nicht die Bezifferung des Anspruchs voraus.

BFH, Urteil vom 19.7.2006, II R 1/05

Der Kläger beauftragte Rechtsanwälte zur Durchsetzung seiner Pflichtteilsansprüche gegen die Alleinerbin (E) seines im Juni 1995 verstorbenen Vaters. Diese führten in ihrem an E gerichteten Schreiben vom 13.12.1995 aus, sie hätten namens und im Auftrage ihres Mandanten „hiermit dessen Pflichtteilsansprüche hinsichtlich des Nachlasses des Verstorbenen geltend zu machen“, und erläuterten das Wesen und die Berechnung dieser Ansprüche. Um den dem Kläger zustehenden Geldbetrag ermitteln zu können, forderten die Anwälte E in dem Schreiben unter Fristsetzung auf, nach § 2314 BGB im Einzelnen bezeichnete Auskünfte zu erteilen und kündigten für den Fall eines Verstreichenlassens der Frist weitere Schritte einschließlich der Erhebung einer Klage an. Im Jahr 1998 einigten sich der Kläger und E über das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs i. H. v. 400.000 DM. Das FA nahm an, der Kläger habe den Pflichtteilsanspruch im Jahr 1995 i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG geltend gemacht. Deshalb sei die Erbschaftsteuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG in diesem Jahr entstanden und lediglich der seinerzeit geltende Freibetrag von 90.000 DM (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F.) zu berücksichtigen. Einspruch und Klage, mit denen der Kläger den Ansatz des durch § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 37 Abs. 1 ErbStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I, 2049) auf 400.000 DM erhöhten Freibetrags und demgemäß die Aufhebung des Erbschaftsteuerbescheids begehrt hatte, blieben erfolglos. Das FG vertrat die Ansicht, der Kläger habe seinen Pflichtteilsanspruch spätestens mit dem Schreiben vom 13.12.1995 geltend gemacht. Er habe sich nicht auf ein bloßes Auskunftsbegehren beschränkt, sondern erstlich die Erfüllung seines Anspruchs verlangt. Die fehlende Bezifferung des Anspruchs sei ohne Bedeutung. Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Er habe seinen Pflichtteilsanspruch im Schreiben vom 13.12.1995 nicht beziffert und somit im Jahr 1995 noch nicht im Sinne dieser Vorschrift geltend gemacht. Eine Bezifferung sei damals wegen der ausstehenden Bewertung des zum Nachlass gehörenden landwirtschaftlichen Hofes nicht möglich gewesen. Das hätte das FG aufklären müssen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch im Jahr 1995 geltend gemacht hat, die Erbschaftsteuer deshalb in diesem Jahr entstanden ist und daher der dem Kläger zustehende persönliche Freibetrag nur 90.000 DM beträgt.

1. Als Erwerb von Todes wegen gilt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u. a. der Erwerb aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303 ff. BGB). Die Steuer dafür entsteht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ErbStG mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs. Dem bloßen Entstehen des Anspruchs mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) kommt erbschaftsteuerrechtlich noch keine Bedeutung zu. Dieses zeitliche Hinausschieben der erbschaftsteuerrechtlichen Folgen eines Pflichtteilsanspruchs ist im Interesse des Berechtigten geschehen und soll ausschließen, dass bei ihm auch dann Erbschaftsteuer anfällt, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebt (BFH, BStBl II 1999, 23 = DStR 1998, 1957). Damit korrespondierend kann der Erbe gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG vom Wert des gesamten Vermögensanfalls ebenfalls nur die Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen abziehen. Das bloße Bestehen von Pflichtteilsverbindlichkeiten ist auch insoweit

ohne steuerrechtliche Bedeutung (BFH, BStBl II 1999, 23 = DStR 1998, 1957).

Die „Geltendmachung“ des Pflichtteilsanspruchs besteht in dem ernstlichen Verlangen auf Erfüllung des Anspruchs gegenüber dem Erben. Der Berechtigte muss seinen Entschluss, die Erfüllung des Anspruchs zu verlangen, in geeigneter Weise bekunden (BFH, BFH/NV 2004, 341 unter Hinweis auf RFH, RFHE 25, 121), die Höhe des Anspruchs aber nicht beziffern (FG Rheinland-Pfalz, ZErB 2002, 196 = DStRE 2002, 459; FG München, EFG 2003, 248; FG Hamburg, EFG 1978, 555; *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 226; *Kapp/Ebeling*, § 3 ErbStG Rdnr. 212, 213 und 213.2; *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 140; *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, § 9 ErbStG Rdnr. 30; a. A. *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl., § 9 Rdnr. 32 sowie in ZErB 2004, 1; *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 119 a; *Viskorf*, FR 1999, 664, 666). Eine solche Bezifferung ist dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, regelmäßig erst nach Erteilung der in § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehenen Auskunft durch den Erben möglich.

Hat der Berechtigte den Pflichtteilsanspruch geltend gemacht und ist dadurch die Erbschaftsteuer entstanden, ist der Erwerb aus steuerrechtlicher Sicht vollendet. Gegenstand des Erwerbs ist der dem Berechtigten gegen den Erben zustehende Geldanspruch, soweit ihn der Berechtigte geltend gemacht hat. Nach der Entstehung des Steueranspruchs zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffene Erfüllungsabreden können den einmal entstandenen Steueranspruch daher weder aufheben noch verändern (BFH, BStBl II 1999, 23 = DStR 1998, 1957). Auch ein nachträglicher (teilweiser) Verzicht des Berechtigten auf seinen Anspruch wirkt sich grundsätzlich nicht auf die Steuer aus (FG München, EFG 2005, 1887 mit zustimmender Anmerkung *Loose*). Eine Ausnahme hiervon gilt lediglich dann, wenn sich der Berechtigte nach erstlichem Streit über die Höhe seines Pflichtteils vergleichsweise mit weniger zufrieden gibt als er beansprucht hat und ihm zusteht; in diesem Fall kann er nur aus diesem niedrigeren Wert besteuert werden (BFH, BStBl II 1973, 798).

Nachträglich eingetretene Umstände der genannten Art, die sich auf die Besteuerung des Pflichtteilsberechtigten nicht auswirken, lassen die Abziehbarkeit des (ursprünglich) geltend gemachten Anspruchs vom Wert des gesamten Vermögensanfalls beim Erben ebenfalls unberührt. Die Abzugsfähigkeit einer Pflichtteilsverbindlichkeit nach § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG setzt lediglich die Geltendmachung des Pflichtteils und nicht die Erfüllung dieser Geldschuld voraus (BFH, BStBl II 1999, 23 = DStR 1998, 1957; BFH, BFH/NV 2004, 341). Die Korrespondenz zwischen der Besteuerung des Erwerbs des Pflichtteilsberechtigten und der Abziehbarkeit einer entsprechenden Nachlassverbindlichkeit beim Erben ist somit gewahrt.

Der Verzicht auf einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch ist anders als ein Anspruchsverzicht vor Geltendmachung (§ 13 Abs. 1 Nr. 11 ErbStG) nicht steuerfrei, sondern stellt eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung des Pflichtteilsberechtigten an den Erben dar (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

Diese je nach den Umständen für den Pflichtteilsberechtigten oder Erben ungünstigen Regelungen können nicht dazu führen, dass unter Geltendmachung des Pflichtteils abweichend von der bisherigen Rechtsprechung nur die Erhebung eines bezifferten Anspruchs verstanden werden kann. Eine solche Auslegung wäre mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar und ist auch zur Wahrung der berechtigten Interessen

der Beteiligten nicht erforderlich. Der Berechtigte kann sich nämlich darauf beschränken, vom Erben zunächst nur Auskunft gemäß § 2314 BGB zu verlangen, und sich die Geltendmachung des Pflichtteils vorbehalten (vgl. *von Oertzen/Cornelius*, ErbStB 2006, 49). Die Erbschaftsteuer entsteht dann zunächst noch nicht.

Entgegen der Ansicht von *Meincke* (ZErB 2004, 1, 3) und *Moench* (§ 3 ErbStG Rdnr. 119a) setzt das Entstehen der Erbschaftsteuer für den Pflichtteil die Bezifferung des darauf gerichteten Anspruchs auch nicht im Hinblick darauf voraus, dass eine Steuer nicht entstehen könne, solange der Umfang des Anspruchs und der Steuer noch offen sei. Eine Steuer entsteht nach § 38 AO, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Die Bemessungsgrundlagen und somit auch die Höhe der festzusetzenden Steuer sind in diesem Zeitpunkt häufig noch offen. Dies gilt zum Beispiel für die Erbschaftsteuer, die für den Erben regelmäßig mit dem Tode des Erblassers entsteht (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und deren Höhe u. a. von den nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abziehbaren Bestattungs- und Nachlassabwicklungskosten sowie der etwaigen Geltendmachung von Pflichtteilen und Erbersatzansprüchen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) abhängt, sowie für die nach § 36 Abs. 1 EStG regelmäßig mit Ablauf des Veranlagungszeitraums entstehende Einkommensteuer, deren Höhe u. a. durch die danach mögliche Ausübung von zahlreichen Antrags- und Wahlrechten auch hinsichtlich der Bilanzierung maßgebend beeinflusst werden kann. Die Höhe eines wie im Streitfall ohne Einschränkung geltend gemachten Pflichtteilsrechts ergibt sich – auch wenn noch nicht bezifferbar – aus § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht, sowie aus den Regelungen der §§ 2311 ff. BGB, und steht somit auch ohne Bezifferung durch den Berechtigten als Bemessungsgrundlage für die Erbschaftsteuer im Grundsatz fest.

2. Die vom FG vorgenommene Auslegung, nach der sich der Kläger mit dem Schreiben vom 13.12.1995 nicht auf ein bloßes Auskunftsbegehren beschränkt, sondern erstlich die Erfüllung seines Anspruchs verlangt und somit seinen Pflichtteil i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ErbStG geltend gemacht hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(...)

3. Da die Erbschaftsteuer somit noch im Jahr 1995 entstanden ist, steht dem Kläger nur der persönliche Freibetrag in Höhe von 90.000 DM nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in der seinerzeit geltenden Fassung zu.

Anmerkung

1. Urteilswertung

Die Entscheidung des BFH kann angesichts der Instanzrechtsprechung – etwa des FG München¹ und des FG Rheinland-Pfalz² – im Ergebnis nicht überraschen und verdient Zustimmung.

Schon die Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz löste ganz überwiegend positive Resonanz aus.³ Dabei ging es um eine

¹ FG München, EFG 2003, 248.

² FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2002, 459.

³ So etwa *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, Rdnr. 915; *Daragan*, ZErB 2002, 197; *Schaub* in Wilms, ErbStG, Stand Oktober 2003, § 9 Rdnr. 9.

vor dem Stichtag 1.1.1996 erhobene Stufenklage auf Auskunft und Auszahlung des Pflichtteils, deren Leistungsantrag erst 1997 (nach Auskunftserteilung) beziffert gestellt worden war. Zu entscheiden war, ob auf diesen Sachverhalt die Freibeträge der Gesetzesfassung von 1995 oder diejenigen der Gesetzesfassung von 1997 anzuwenden sind. Das FG votierte für Ersteres, der BFH setzt diese Linie mit der Besprechungsentscheidung konsequent fort.⁴

Der klare Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ErbStG bietet Vertretern einer abweichenden Auffassung auch keine andere „Sollbruchstelle“ an, als die Frage, ob bzw. wann ein „Geltendmachen“ vorliegt. Hierfür wie *Meincke*⁵ zur Voraussetzung zu erheben, dass die „weitere Verfolgung“ des Anspruchs durch den Berechtigten gesichert ist, entbehrt einer nachvollziehbaren Grundlage. Schon dem allgemeinen Sprachgebrauch nach macht z. B. derjenige einen Anspruch gegenüber einer gegnerischen KFZ-Versicherung geltend, der seinen Anwalt in einem Schreiben „Schmerzensgeld“ verlangen lässt, nicht etwa erst derjenige, der in der letzten Verhandlung der letzten Instanz förmlich einen bezifferten Zahlungsantrag stellt oder gar erst derjenige, der auf Grundlage des Urteils einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erwirkt. Die Formulierung des BFH „*ernstliches Verlangen auf Erfüllung des Anspruchs gegenüber dem Erben*“ deckt sich also schon mit dem allgemeinen Sprachverständnis von „geltend machen“.

Auch das Argument, eine der Höhe nach noch unklare Steuer könne (noch) nicht entstehen,⁶ weist der BFH mit Recht zurück. Man kann angesichts bestehender Gestaltungs- und (Be-)Wertungsspielräume im Steuerrecht mit einigem Recht behaupten, dass kaum eine Steuer vor ihrer bestandskräftigen Festsetzung der Höhe nach exakt feststeht. Jedenfalls sind aber selbst Massensteuern wie die Einkommensteuer schon gesetzessystematisch so angelegt, dass sie bei Ablauf des Veranlagungszeitraumes entstehen, ihre Höhe aber angesichts zahlreicher Wahlmöglichkeiten – etwa bei der Verteilung größeren Erhaltungsaufwandes, bei Abschreibungen usw. – noch lange nicht feststeht. Bei dem unbeziffert „geltend gemachten“ Pflichtteilsanspruch besteht zudem noch nicht einmal eine solche grundlegende Unsicherheit. Die Festlegungen der §§ 2303 ff. BGB erlauben schließlich eine exakte Bezifferung der Anspruchshöhe. Hinsichtlich der Bewertung ist steuerlich durch § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i. V. m. § 11 ErbStG Klarheit geschaffen – unabhängig von der späteren Realisierung. Es fehlt bei größeren bzw. nicht nur in Geldanlagen bestehenden Pflichtteilsberechnungsgrundlagen lediglich an der Gegenwärtigkeit der (Wert)information beim Berechtigten. Nur dieses Informationsdefizit hindert ihn an der sofortigen tatsächlichen Berechnung.

Allerdings erscheint fraglich, ob der BFH das Argument *Meinckes*⁷ hier nicht ohnehin entstellend verkürzt. Dieser stellt m. E. den prozessrechtlich zu begründenden Umstand in den Vordergrund, dass eine Stufenklage noch keine Festlegung bedeute, später auch den (ganzen) sich auf Basis der Auskunft errechnenden Anspruch durchzusetzen. Da aber ein

(teilweise) nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch die Steuer (teilweise) nicht entstehen lässt,⁸ könne man doch nicht schon eine (volle) Steuerentstehung bejahen, nur weil eine Stufenklage erhoben sei. Der Kläger habe mit dieser ja noch gar nicht darüber entschieden, ob er wirklich etwas verlange. Es läge dann – folgt man der Logik *Meinckes* – noch eine Unsicherheit im Steuerverwirklichungstatbestand vor, nicht nur eine Unsicherheit der Höhe nach. Freilich ändert dies an der Richtigkeit der Auffassung des BFH bzw. des FG Rheinland-Pfalz nichts. Denn jemand, der eine Stufenklage erhebt, macht damit deutlich, dass er etwas beansprucht und den Anspruch zwangsweise durchsetzen will. Er klagt nicht „einfach erst einmal“, um sich dann zu überlegen, was bzw. ob er etwas will. Vielmehr würde er regelmäßig gerne gleich auf Zahlung klagen, allein das prozessrechtliche Problem, seine Zahlungsklage noch nicht beziffern zu können, zwingt ihn in die Stufenklage. Sicher waren der Klageerhebung auch entsprechende Forderungsschreiben der späteren Prozessbevollmächtigten vorausgegangen. Wer dabei nicht explizit deutlich macht, dass er am Ende nur einen Teil der sich errechnenden Anspruchssumme erhalten möchte und von vorneherein auf den „Rest“ verzichtet, kann nur so verstanden werden, dass er seinen ganzen Anspruch geltend macht.

Die Gesetzessystematik ist – hierauf weist der BFH zu Recht hin – auch intakt bzw. konsequent was die parallele Behandlung beim Erben und beim Pflichtteilsberechtigten angeht. Die Abziehbarkeit vom Wert des Vermögensanfalls beim Erben (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) tritt erst mit dem Geltendmachen ein und ist dann ebenso endgültig wie die Steuerrelevanz beim Pflichtteilsberechtigten. Die vom BFH als einzige Ausnahme bezeichnete Situation, dass sich der Berechtigte später nach ernstlichem Streit mit weniger zufrieden gibt als er beansprucht hat und ihm zusteht,⁹ ist bei Lichte betrachtet rein pragmatischer Natur. Denn wer möchte schon – bei ernstlichem, also auch sachlich fundiertem Streit – bestimmen, wie viel dem Berechtigten tatsächlich zugestanden hätte. Konsequenter Weise ist ein Verzicht nach dem Geltendmachen ein erbschaftsteuerrechtlich gänzlich neuer Sachverhalt, der seinerseits dem Grunde nach schenkungsteuerpflichtig ist. Ohne Frage hätte man diesen Themenkomplex auch dahin lösen können, dass der Erbe nur den tatsächlich ausgezahlten Pflichtteil abziehen kann und der Berechtigte nur die tatsächlich erhaltene Summe einer etwaigen Besteuerung zu unterwerfen braucht. Doch diese Regelungsvariante hat der Gesetzgeber nicht gewählt, die § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) und § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG lassen sich dahin nicht auslegen.

2. Folgen für die Beratungspraxis

Die Entscheidung unterstreicht die Notwendigkeit, Pflichtteilsberechtigte besonders darauf hinzuweisen, ihre Ansprüche nicht voreilig „geltend zu machen“. Insbesondere gilt es, ihnen zu verdeutlichen, wie rasch ein nur vermeintlich vorläufiges „erstes Schreiben“ zur endgültigen Entstehung einer Steuerfolge führen kann. *Messner*¹⁰ weist dabei u. a. auf die keineswegs rein theoretische Gefahr hin, eine Steuerschuld selbst dann auszulösen, wenn z. B. wegen zwischenzeitlicher Entwertung des Nachlasses der Pflichtteilsanspruch später gar nicht durchsetzbar ist. Zutreffend betont er die besonders große Steuerfalle, wenn ein Anspruch erst (unüberlegt) geltend gemacht wird, und dann ein (erneut steuerpflichtiger)

⁴ Wobei freilich klarzustellen ist, dass die konkrete Frage „Stufenklage als Geltendmachen“ soweit ersichtlich noch nicht Gegenstand einer BFH-Entscheidung war und die Auffassung des FG Rheinland-Pfalz insoweit nicht unbestritten ist. Als gefestigt hat aber nun jedenfalls die Leitlinie zu gelten, dass „Geltendmachen“ keine Bezifferung voraussetzt.

⁵ ZErB 2004, 1.

⁶ Vgl. *Meincke*, ZErB 2004, 1.

⁷ ZErB 2004, 1.

⁸ So u. a. BFH, BStBl II 1973, 798.

⁹ BFH, BStBl II 1973, 798.

¹⁰ ZEV 2006, 514.

Verzicht erfolgt. Gerade da die Beteiligten häufig Geschwister sein dürften, und damit äußerst niedrige Freibeträge zur Verfügung stehen, kann dies leicht zur steuerlichen Katastrophe führen. Dass *Messner* im Übrigen eine differenzierte Durchsetzung von Auskunftsansprüchen vor einer Entscheidung über das Geltendmachen empfiehlt, ist gewiss richtig. Sein Hinweis, diese Auskunftsansprüche dabei „ggf. in Kombination mit einer Stufenklage nach § 254 ZPO“ durchzusetzen, dürfte angesichts der vorerwähnten Entscheidung des FG Rheinland-Pfalz, wonach in eben dieser Stufenklage schon das Geltendmachen liegt, allerdings mit äußerster Vorsicht zu genießen sein.

Das Urteil gewinnt seine Bedeutung ferner aus der beständigen Wandelung des ErbStG, die immer wieder „Stichtage“ von erheblicher Bedeutung für die Steuerfolgen entstehen lässt. Sowohl die bereits begonnene Reform, vor allem aber die weitere, durch die nunmehrige Grundsatzentscheidung des BVerfG¹¹ erzwungene grundlegende Überarbeitung des ErbStG, werden erneut entsprechende Stichtage schaffen. Sollte der Gesetzgeber z. B. statt der ihm durch das BVerfG ausdrücklich gestatteten nachvollziehbaren bzw. systematisch sauberen Begünstigung bestimmter Vermögensklassen die Freibeträge anheben, kann eine ähnliche Konstellation wie im Urteilssachverhalt entstehen.

Grundsätzlich dürfte es auch angezeigt sein, bei vergleichsweisen Einigungen über geltend gemachte Pflichtteilsansprüche diesen Umstand bzw. den damit zu beseitigenden ernstlichen Streit über die Höhe des Anspruchs zu betonen, um die Steuerfolgen für die Beteiligten auch tatsächlich nach dem beurkundeten Ergebnis gerichtet zu wissen. Zur Erinnerung: In diesen Fällen wird der Pflichtteil nicht seiner rechtlich richtigen (theoretischen) Höhe nach angesetzt, sondern in Höhe des Wertes der dem Pflichtteilsberechtigten tatsächlich zukommenden Leistungen. Diese werden dabei unabhängig von der Frage nach der Erfüllungsart bzw. -form stets mit ihrem Verkehrswert bewertet.

Vor allem aber sollte klar zwischen einer vergleichsweisen Einigung über einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch einerseits und einem Verzicht gegen Entschädigung ohne vorheriges Geltendmachen andererseits unterschieden werden. Nur der Verzicht gegen Entschädigung ohne vorheriges Geltendmachen eröffnet die Möglichkeit, dem Pflichtteilsberechtigten Steuervergünstigungen zu verschaffen bzw. Gegenstände zum Steuerwert auf ihn zu übertragen. Denn beim Verzicht gegen Abfindung liegt kein Fall des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG letzte Alternative, sondern ein Fall des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG vor. Der als Abfindung bzw. Gegenleistung für den Verzicht geleistete Gegenstand – etwa ein übereignetes Grundstück – ist in diesem Falle mit seinem Steuerwert zu bewerten. Die Steuer entsteht dabei gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. f ErbStG im Zeitpunkt des Verzichts.

Wenn also (zu Lasten des Erben, dessen Abzugsbetrag gem. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG sich entsprechend mindert!) ein Gegenstand zum (noch) vergünstigten Steuerwert auf den Pflichtteilsberechtigten übertragen werden soll, darf der Anspruch zuvor nicht geltend gemacht worden sein. Sonst ist der steuerliche Sachverhalt bereits abgeschlossen, die „Leistung an Erfüllung statt“ hat dann keinerlei steuerliche Bedeutung mehr.¹² Soweit die Bewertungsbegünstigungen in Folge des

BVerfG-Urteils beseitigt werden, besteht diese Möglichkeit einer „begünstigten Übertragung“ auf den Berechtigten natürlich nur bei Beurkundungen, die vor Wirksamkeit einer solchen Änderung der Bewertungsregeln erfolgen.

Der Unterschied zwischen einer „Leistung an Erfüllung statt“ auf den geltend gemachten Pflichtteil und einer Abfindung für den nicht geltend gemachten Pflichtteil ist des Weiteren auch noch in grunderwerbsteuerlicher und einkommensteuerrechtlicher Hinsicht wesentlich: Bei einer Leistung an Erfüllung statt fällt (vorbehaltlich weiterer Befreiungsvorschriften) Grunderwerbsteuer an, bei einer Abfindung für den nur entstandenen, noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch nicht.¹³ In einkommensteuerrechtlicher Hinsicht ist die Abfindung für den noch nicht geltend gemachten Pflichtteil im Hinblick auf die Frage, ob nicht die Leistung an Erfüllung statt ein Veräußerungsvorgang i.S.d. § 23 EStG sein kann, jedenfalls der sicherere Weg.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das Geltendmachen eines Pflichtteilsanspruchs stets auch als Gestaltungsmittel bei steuerlich missglückten Erbfolgen im Blick behalten werden sollte. Ein in der Erbfolge von seinem Vater O zugunsten seines Kindes S „wohlmeinend übergangener“ Pflichtteilsberechtigter V kann z. B. ganz bewusst seinen Anspruch geltend machen (und dann auf diesen verzichten), um weitere Freibeträge und günstigere Steuerklassen zu schaffen. Denn der Enkel S kann die Pflichtteilslast nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit ansetzen, der Pflichtteilsberechtigter V erwirbt von seinem Vater O (Steuerklasse 1), der Verzicht ist wiederum eine Schenkung von V an seinen Sohn S (Steuerklasse 1).

Notarassessor Dipl.-Kfm. *Peter Kreiling*, Nürnberg

¹³ Nach zwischenzeitlich herrschender Meinung soll § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nur auf den nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch anwendbar sein, so BFH, MittBayNot 2003, 73 (m. Anm. *Gotwald*) in Abkehr von der früheren Rechtsprechung. Vgl. z. B. auch *Boruttau/Sack*, GrEStG, 16. Aufl., § 3 Rdnr. 187 und *Hofmann*, GrEStG, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 11.

25. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, 22 Nr. 1 (*Versorgungsleistungen als dauernde Last*)

Zahlungen im Rahmen einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sind auch dann als dauernde Last abziehbar, wenn der Übernehmer sich im Übergabevertrag verpflichtet, ein ertragloses Objekt zu veräußern und vom Erlös eine ihrer Art nach bestimmte Vermögensanlage zu erwerben, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft. Haben die Vertragsparteien zunächst die Nichtabänderbarkeit der Leistungen und damit eine Leibrente vereinbart, können sie sich im Nachhinein mit Wirkung für die Zukunft auf die Abänderbarkeit der Leistungen verständigen und damit die Leibrente in eine dauernde Last umwandeln.

BFH, Urteil vom 26.7.2006, X R 1/04

Die Klägerin ist die Enkelin der A. und die Tochter des H. Die A. und ihr Sohn H. waren Gesellschafter einer OHG. Am Gesellschaftsvermögen der OHG war A. mit 20 % und H. mit 80 % beteiligt. Zum Betriebs- und Gesamthandsvermögen der OHG gehörte u. a. ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück X Straße. A., H. und

¹¹ MittBayNot 2007, 161 m. Anm. *Wälzholz*.

¹² So BFH, BStBl II 1999, 23 in Abkehr von seiner früher entgegengesetzten Rechtsprechung (BFH, BStBl II 1982, 350).

die Klägerin beschlossen, den Geschäftsbetrieb der OHG unter Zwischenschaltung der Klägerin an einen Investor zu veräußern, wobei das vermietete Mehrfamilienhaus im Familienbesitz bleiben sollte.

Mit Vertrag vom 14.12.1995 überließ A. ihren 20%igen OHG-Anteil sowie das in ihrem Alleineigentum stehende Betriebsgrundstück der OHG, Z Weg, der Klägerin im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Der Wert des übertragenen Vermögens wurde mit 1.180.000 DM angegeben. Die Klägerin verpflichtete sich im Gegenzug gegenüber A., ihr eine lebenslange preisindexierte Rente in Höhe von monatlich 2.000 DM zuzüglich der darauf entfallenden Ertragsteuern zu zahlen. Diese Verpflichtung sollte ruhen, solange H. „gemäß einem noch besonders abzuschließenden Vertrag 80 % der Nettokaltmiete des Hausgrundstückes X Straße 1 zustehen, aus denen er (H.) die ... beschriebene Rente zu zahlen haben wird“. Die Klägerin und der am Übergabevertrag mitwirkende H. verständigten sich in gleicher Urkunde auf einen Verkauf des Unternehmens der OHG nebst dem Geschäftsgrundstück Z Weg. Sie bestimmten, dass im Innenverhältnis 900.000 DM des Kaufpreises für den Unternehmensverkauf auf das Grundstück Z Weg entfallen sollten. H. verzichtete zugleich auf etwaige aus der Vermögensübertragung resultierende Pflichtteilergänzungsansprüche.

Ebenfalls mit Vertrag vom 14.12.1995 veräußerten die Klägerin und H. den Geschäftsbetrieb der OHG sowie das Betriebsgrundstück Z Weg an einen Investor zum Preis von 4,7 Mio. DM. Nach Verrechnung des Kaufpreises mit übernommenen Verbindlichkeiten der OHG erhielten die Verkäufer einen Betrag in Höhe von 1.044.000 DM. Das im Eigentum der OHG stehende Mehrfamilienhaus X Straße war nicht Gegenstand des Kaufvertrags mit dem Investor.

Hinsichtlich des Mehrfamilienhauses schlossen die Klägerin und H. am 14.12.1995 einen Vorvertrag, wonach die Klägerin das Grundstück von der als GbR fortzuführenden OHG zum Kaufpreis von 712.000 DM (890.000 DM abzüglich 178.000 DM [= Betrag, der auf den 20%igen Anteil der Klägerin an der OHG entfällt]) „käuflich erwerben“ sollte. Unter Ziff. 10 der Vertragsurkunde vereinbarten die Klägerin und H. folgende Rentenverpflichtung:

„Mit Rücksicht darauf, dass Frau ... (die Klägerin) von ihrer Großmutter ... (A.) deren Gesellschaftsanteil und das Betriebsgrundstück Z Weg gegen Gewährung einer den Wert unterschreitenden Leibrente und unter Umgehung von Herrn ... (H.) als des gesetzlichen Erben erhalten hat, verpflichtet sich Frau ... (die Klägerin), an ihren Vater auf dessen Lebenszeit eine Rente in Höhe von 80 % der Nettokaltmiete des Wohnhauses X Str. zu zahlen ...“

Unter Ziff. 11 der Vertragsurkunde verpflichtete sich H., die Klägerin von Steuerverbindlichkeiten aus Anlass des Unternehmensverkaufs freizustellen. Diese wurden mit „voraussichtlich etwa 400.000 DM“ angegeben; tatsächlich beliefen sie sich auf 259.132,50 DM. Zudem vereinbarten die Klägerin und ihr Vater H., die verbleibenden Verbindlichkeiten der OHG aus dem Erlös des Unternehmensverkaufs abzulösen. Zur Sicherung von Verbindlichkeiten der OHG trat H. einen rangersten Teilbetrag von bereits an eine Bank sicherungshalber abgetretenen Lebensversicherungsansprüchen in Höhe von 300.000 DM ab. Darüber hinaus vermachte die Klägerin in gleicher Urkunde ihrem Vater das Grundstück X Straße.

Der Vorvertrag vom 14.12.1995 wurde mit Grundstückskaufvertrag vom 12.1.1996 umgesetzt. Die Vertragsparteien regelten die Kaufpreiszahlung für das Grundstück X Straße wie folgt:

„Der Kaufpreis beträgt 712.000 DM. Er wird getilgt durch Anrechnung der Valuta der nicht abgelösten Grundpfandrechte und im Übrigen dadurch, dass Frau ... (die Klägerin) in Höhe des Restbetrages ihren Anspruch auf das Auseinandersetzungsgut haben, das ihr bei Auflösung der ... OHG zusteht, Herrn ... (H.) abtritt ...“

Der Beklagte (das FA) erkannte die von der Klägerin an H. gezahlte Rente in Höhe von 78.240 DM nicht als dauernde Last an; das FG hat die dagegen gerichtete Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3

Satz 1 Nr. 1 FGO). Entgegen der Auffassung des FG kann die Klägerin die Zahlungen an H. als Sonderausgaben geltend machen, weil sie auf einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen beruhen und ihrer Abziehbarkeit nicht entgegensteht, dass das übergebene Vermögen veräußert und durch einen anderen Vermögensgegenstand ersetzt wurde.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Wegen der dogmatischen Grundlagen der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze wird auf den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990 (BStBl II 1990, 847 = NJW 1991, 254), auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 13.9.2000 (BStBl II 2001, 175 = NJW 2001, 2040), die Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00 (BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) und GrS 2/00 (BStBl II 2004, 100 = MittBayNot 2004, 310) sowie auf die hierzu ergangene Folgerechtsprechung verwiesen (zuletzt Senatsurteil vom 7.3.2006, BFH/NV 2006, 1395 = NJW 2006, 3087).

2. Nach dem Beschluss des Großen Senats, MittBayNot 2004, 306 kann eine unentgeltliche Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch dann vorliegen, wenn der Übernehmer sich „im Übergabevertrag verpflichtet“, ein ertragloses Objekt zu veräußern und vom Erlös eine ihrer Art nach bestimmte Vermögensanlage zu erwerben, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft. In seiner Folgerechtsprechung zu dem Beschluss des Großen Senats, MittBayNot 2004, 306 hat der erkennende Senat das Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen („private Versorgungsrente“) als flexibles Instrument der Vermögensnachfolge fortentwickelt, mit dem die Vertragsbeteiligten auf Änderungen ihrer Interessen und Bedarfslage reagieren können. Haben die Vertragsparteien zunächst die Nichtabänderbarkeit der Leistungen und damit eine Leibrente vereinbart, können sie sich im Nachhinein mit Wirkung für die Zukunft auf die Abänderbarkeit der Leistungen verständigen und damit die Leibrente in eine dauernde Last umwandeln (Senatsurteil vom 3.3.2004, BStBl II 2004, 824 = NJW 2004, 3655). Im Urteil vom 31.3.2004 (BStBl II 2004, 830 = NJW 2004, 3000) hat der Senat zu erkennen gegeben, dass er eine die Steuerfolgen der Vermögensübergabe nicht berührende Surrogation des ertragbringenden Vermögens für angemessen hält. Zudem kann nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bei Vermögensübergaben, die vor Bekanntwerden des Beschlusses des Großen Senats, MittBayNot 2004, 306 vereinbart worden sind, nicht gefordert werden, dass im Übergabevertrag bereits geregelt wird, was mit dem übergebenen Vermögen geschehen soll. Ausreichend ist vielmehr, dass die Vertragsparteien anlässlich der Übergabe und außerhalb der notariellen Übergabeurkunde ihren übereinstimmenden Willen erklären, dass die Versorgungsleistungen aus einer der Art nach bestimmten und nach einer diesbezüglichen Ertragsprognose ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit gezahlt werden sollen (Senatsurteil vom 31.5.2005, BFH/NV 2005, 1789).

In all diesen Fällen ist Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, dass der Übergeber sein Einverständnis mit der „Art und Weise“ der (Wieder-)Anlage des mit der Veräußerung des übergebenen Vermögens erlösten Geldbetrags ggf. auch zu einem späteren Zeitpunkt erklärt. Erforderlich ist zudem, dass sich die Vertragsparteien im Zeitpunkt der Vermögensüber-

gabe für eine unentgeltliche Vermögensübergabe entscheiden. Liegt hingegen ein entgeltliches Geschäft vor, kann dieses nicht mehr aufgrund eines neuen Willensentschlusses nachträglich in eine steuerlich unentgeltliche Vermögensübergabe „umgewandelt“ werden.

3. Dies vorausgesetzt teilt der Senat die Auffassung des FG nicht, vorliegend scheitere die Anerkennung einer dauernden Last, weil sich die Klägerin und H. auf einen käuflichen Erwerb des Grundstücks X Straße geeinigt hätten und A. im Übergabevertrag hierzu keine Vorgaben gemacht hätte.

Der Klägerin wurde nach den Feststellungen des FG von ihrer Großmutter A. Vermögen in Form eines 20%igen Anteils an der OHG und eines Betriebsgrundstücks gegen die Verpflichtung zu monatlichen Rentenzahlungen übergeben. Somit kommen die für das Rechtsinstitut der privaten Versorgungsrente entwickelten Grundsätze zur Anwendung. Unschädlich sind die Veräußerung des übergebenen Vermögens und seine Surrogation durch ein anderes Wirtschaftsgut.

Der Große Senat des BFH hat sich in der Entscheidung, MittBayNot 2004, 306 mit dem Problem befasst, ob ertraglose Wirtschaftsgüter (unbebaute Grundstücke, Kunst oder Sammlerobjekte) Gegenstand einer unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein können und diese Frage für den Fall bejaht, dass sich der Übernehmer im Übergabevertrag zur Veräußerung des ertraglosen Vermögens und zum Erwerb einer der Art nach bestimmten Vermögensanlage verpflichtet, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft. Zu den Problemkreisen, mit denen sich der Große Senat des BFH im Beschluss, MittBayNot 2004, 306 nicht befasst hat, gehört der im Streitfall zu entscheidende Sachverhalt, dass zwar eine „existenzwahrende“, aber nicht ausreichend ertragreiche Wirtschaftseinheit vom Übernehmer veräußert wird. Diese Frage hat der erkennende Senat in der Entscheidung, BFH/NV 2005, 1789 dahin gehend beantwortet, dass die Annahme einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch in diesen Fällen möglich ist, wenn die Veräußerung in Absprache mit dem Übergeber erfolgt und sich die Vertragsparteien darin einig sind, dass die Versorgungsleistungen aus einer der Art nach bestimmten und nach einer diesbezüglichen Ertragsprognose ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit gezahlt werden sollen.

Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Im Vertrag, mit dem A. der Klägerin den 20%igen OHG-Anteil sowie das in ihrem Alleineigentum stehende Betriebsgrundstück überlassen hat, haben sich die Klägerin und ihr Vater H. auf die Veräußerung des beweglichen und abgesehen vom Grundstück X Straße unbeweglichen Anlagevermögens der hoch verschuldeten OHG verständigt. Zwar sieht der Übergabevertrag nicht die ausdrückliche Verpflichtung der Klägerin vor, von ihrem Anteil am Auseinandersetzungsguthaben der OHG das Grundstück X Straße zu erwerben. Dies ist jedoch unschädlich, da der Übergabevertrag zwischen der Klägerin und A. im Dezember 1995 und somit lange vor dem Bekanntwerden des Beschlusses des Großen Senats des BFH, MittBayNot 2004, 306 geschlossen worden ist.

Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Verträge sind nach § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Unzulässig ist damit die Buchstabeninterpretation; geboten die Berücksichtigung u. a. des sprachlichen Zusammenhangs der abgegebenen Willenserklärungen, der Stellung der auslegungsbedürftigen For-

mulierung im Gesamtzusammenhang des Textes und sämtlicher Begleitumstände. A. und die Klägerin haben im Übergabevertrag vereinbart, dass die von der Klägerin an A. zu zahlende Versorgungsleistung in Höhe von 2.000 DM solange ruht, bis H. gemäß einem noch besonders abzuschließenden Vertrag 80 v. H. der Nettokaltmiete des Hausgrundstücks X Straße zustehen, aus denen H. die Versorgungsleistung an A. zu erbringen hat. Diese Klausel kann nur dahin gehend ausgelegt werden, dass sich zum einen die Klägerin bereits im Übergabevertrag zur Anschaffung des Mehrfamilienhauses X Straße, zum anderen aber auch gegenüber A. zur Zahlung einer Versorgungsleistung an H. in Höhe von 80 v. H. der Nettoerträge dieses Objekts verpflichtet hat.

A. hat den OHG-Anteil und das Betriebsgrundstück auch unentgeltlich auf die Klägerin übertragen. Nach ständiger Rechtsprechung gilt in Fällen, in denen Eltern Vermögen gegen Rente auf ihre Kinder übertragen, die widerlegbare Vermutung, dass Leistung und Gegenleistung nicht wie unter Fremden kaufmännisch abgewogen werden, sondern dass die Rente unabhängig vom Wert des übertragenen Vermögens nach dem Versorgungsbedürfnis der Eltern und der Ertragskraft des übertragenen Vermögens bemessen ist (vgl. BFH, BStBl II 1990, 847 = NJW 1991, 254 unter C. I. der Gründe; BFH, BFH/NV 2002, 10 m. w. N. der Rechtsprechung). Eine solche widerlegbare Vermutung gilt nach Auffassung des erkennenden Senats auch dann, wenn Großeltern Vermögen auf ihre Enkelkinder übertragen und sich und/oder der in der Vermögensnachfolge übergangenen mittleren Generation Versorgungsleistungen vorbehalten. Dass die Klägerin das Grundstück X Straße zu einem nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogenen Preis erworben hat, ändert nichts an der unentgeltlichen Übertragung des 20%igen OHG-Anteils und des Betriebsgrundstücks.

Die Versorgungsleistungen an H. sind auf 80 v. H. der Nettomieteträge beschränkt und können somit auf Dauer von der Klägerin aus den Nettoerträgen des in Absprache mit A. erworbenen Mehrfamilienhauses bezahlt werden. Zudem wurde die Klägerin als Folge der Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen ohne eigenen zusätzlichen Aufwand zivilrechtliche Eigentümerin des Grundstücks X Straße. Zweifel, dass ihr Vermögen übertragen wurde, können somit nicht entstehen. Da H. zudem dem sog. Generationennachfolge-Verband angehört, sind die Zahlungen an ihn bei der Klägerin als dauernde Last abziehbar, andererseits bei H. nach § 22 Nr. 1 EStG steuerbar. Die Abänderbarkeit der Zahlungen folgt aus der Rechtsnatur des typischen Versorgungsvertrags (BFH, BStBl II 1992, 499 = NJW 1993, 283 unter 3., 4.), da sich aus dem Übergabevertrag nicht ergibt, dass die Parteien ausnahmsweise gleich bleibende Leistungen vereinbart haben (BFH, BStBl II 1997, 284).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Wartenburger*, MittBayNot 2007, 290 (in diesem Heft).

26. EStG § 9; HGB § 255 Abs. 1 (*Schuldübernahme im Rahmen einer vorzeitigen Realteilung als Anschaffungskosten*)

Wird eine Erbengemeinschaft vor dem in der Teilungsanordnung festgelegten Termin durch Realteilung aufgelöst und übernimmt ein Miterbe Schulden, die auf einem

für einen anderen Miterben bestimmten Grundstück lasten, so bildet eine solche Schuldübernahme Anschaffungskosten, wenn sie eine Gegenleistung dafür ist, dass der übernehmende Miterbe den ihm erst zu einem späteren Zeitpunkt zugedachten Grundbesitz vorzeitig aus dem Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft in sein eigenes Vermögen überführen kann.

BFH, Urteil vom 19.12.2006, IX R 44/04

Die Kläger werden als Eheleute zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Vater des Klägers hatte durch ein 1986 errichtetes Testament den Kläger, die Beigeladene und eine weitere Tochter (X) gemeinsam als Erben eingesetzt. Die Erbengemeinschaft sollte bis zum 31.12.1996 bestehen bleiben und dann so geteilt werden, dass die drei Erben verschiedene näher bezeichnete Grundstücke erhielten. Bis zur Auflösung der Erbengemeinschaft sollte der Kläger den gesamten Besitz in Absprache mit den beiden Töchtern verwalten. Der Überschuss sollte unter den drei Erben aufgeteilt werden.

Im Jahr 1987 verstarb der Vater des Klägers. X schied im Jahr 1989 gegen eine Abfindung aus der Erbengemeinschaft aus. Nachdem es in der Folgezeit zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu erheblichen persönlichen Differenzen gekommen war, lösten sie im Januar 1992 durch einen notariellen Erbauseinsetzungsvertrag die Erbengemeinschaft rückwirkend zum 31.12.1990 auf. Die Beigeladene erhielt, wie im Testament vorgesehen, das Hotel, übernahm von den darauf lastenden Verbindlichkeiten jedoch nur einen Teilbetrag von 160.000 DM. Die restlichen Verbindlichkeiten (293.456 DM) übernahm der Kläger. Er erhielt den übrigen im Testament genannten Grundbesitz einschließlich der darauf lastenden Verbindlichkeiten.

Der Kläger beantragte vergeblich, den Betrag der für die Beigeladene übernommenen Verbindlichkeiten in Höhe von 293.456 DM als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzuziehen. Das beklagte Finanzamt (FA) berücksichtigte den Betrag im Einkommensteuerbescheid zunächst als Anschaffungskosten der auf den Kläger übergegangenen Grundstücke. Im Einspruchsbescheid machte das FA hingegen die gewährte AfA rückgängig und ließ den Betrag unberücksichtigt.

Das FG wies die dagegen erhobene Klage ab. Die Übernahme der Verbindlichkeiten stehe in keinem Zusammenhang mit den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung, sondern berühre die Vermögensebene und sei daher steuerrechtlich nicht relevant. Der Kläger und die Beigeladene hätten lediglich die gegenständliche Auseinandersetzung, die nach dem Testament erst nach dem 31.12.1996 erfolgen sollte, zeitlich vorgezogen. Sie hätten die vom Erblasser festgelegte Erbquote dabei aber nicht verändert, sondern lediglich die durch die vorgezogene Auseinandersetzung bedingten Veränderungen ausgeglichen.

Dagegen wenden sich die Kläger mit der Revision. Sie rügen die Verletzung formellen Rechts sowie die unrichtige Anwendung von § 9 EStG.

Das BMF ist gemäß § 122 Abs. 2 FGO dem Revisionsverfahren beigetreten. Es ist der Auffassung, im Streitfall handele es sich um eine überproportionale Übernahme von Schulden durch einen Miterben zur Angleichung der Erbteile, welche nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990 (BStBl II 1990, 837 = NJW 1991, 249) kein Anschaffungsvorgang sei. Auf welche Motive die überproportionale Übernahme von Schulden durch einen Miterben zurückzuführen ist – im Streitfall komme hier das zeitliche Vorziehen der Erbauseinandersetzung in Betracht –, sei ertragsteuerrechtlich ohne Bedeutung. Entscheidend sei allein, dass – worauf das FG zutreffend hingewiesen habe – der Kläger und die Beigeladene die vom Erblasser festgesetzte Erbquote nicht verändert und auch tatsächlich den Nachlass entsprechend der vom Erblasser bestimmten Quote aufgeteilt hätten. Deshalb könne die Schuldübernahme keine zu Anschaffungskosten führende Gegenleistung dafür sein, dass der Kläger über den ihm nach der Teilungsanordnung zugedachten Grundbesitz schon zu einem früheren Zeitpunkt als ursprünglich vorgesehen habe verfügen können, zumal er aufgrund der Teilungsanordnung ohnehin einen unbedingten schuldrechtlichen Anspruch auf die spätere Übertragung des Grundbesitzes gehabt habe.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Nach § 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO sind die Vorentscheidung und die Einspruchsentscheidung des FA aufzuheben. Die strittigen Aufwendungen des Klägers sind bei der Ermittlung seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Anschaffungskosten der auf ihn bei der Erbauseinandersetzung übergegangenen Grundstücke zu berücksichtigen.

1. Welche Aufwendungen zu den Anschaffungskosten zählen, bestimmt sich, soweit § 6 Abs. 1 a EStG nicht eingreift, für die Gewinneinkünfte und Überschusseinkünfte, mithin auch für die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, nach § 255 HGB (z. B. BFH, BStBl II 2005, 477 m. w. N.). Anschaffungskosten sind danach die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, ferner die Nebenkosten und nachträglichen Anschaffungskosten. Sie sind, wenn sie durch die Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung veranlasst sind, im Rahmen der AfA zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 EStG).

a) Besteht – wie im Streitfall – eine Erbengemeinschaft, so können Aufwendungen eines Miterben Anschaffungskosten sein, wenn er z. B. die Erbanteile aller übrigen Miterben erwirbt. Wird das Gemeinschaftsvermögen hingegen im Wege der Auseinandersetzung unter die Miterben verteilt, so liegt in der Erfüllung des erbrechtlichen Auseinandersetzungsanspruchs kein Anschaffungsgeschäft. Vielmehr führt dann der übernehmende Miterbe die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Rechtsvorgängers fort. Wie sich das dem Miterben entsprechend seiner Erbquote zugeteilte Nachlassvermögen zusammensetzt, hat keine Bedeutung. Die wertmäßige Angleichung kann auch dadurch bewirkt werden, dass der Miterbe Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft übernimmt; ob dabei sein rechnerischer Anteil an den Verbindlichkeiten überschritten wird, ist ebenfalls ohne Belang.

Soweit der Wert des Erlangten den Wert seines Erbanteils übersteigt, muss der begünstigte Erbe Ausgleichszahlungen leisten; sie bilden für ihn Anschaffungskosten (BFH, BStBl II 1990, 837 unter C. II. 2. a = NJW 1991, 249).

b) Wird eine Erbengemeinschaft vor dem vom Erblasser in der Teilungsanordnung festgelegten Termin durch Realteilung aufgelöst und übernimmt ein Miterbe Schulden, die auf einem für einen anderen Miterben bestimmten Grundstück lasten, so bildet eine solche Schuldübernahme Anschaffungskosten, wenn sie eine Gegenleistung dafür ist, dass der übernehmende Miterbe den ihm nach der Teilungsanordnung erst zu einem späteren Zeitpunkt zugedachten Grundbesitz vorzeitig aus dem Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft in sein eigenes Vermögen überführen und darüber unbeschränkt verfügen kann. Auch dann erbringt der übernehmende Miterbe Anschaffungskosten, nämlich Aufwendungen, um den Grundbesitz i. S. v. § 255 Abs. 1 HGB (zu diesem Zeitpunkt) zu erwerben (vgl. BFH, BStBl II 1992, 381; BStBl II 1993, 486). Dass er aufgrund der Teilungsanordnung einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes zu einem späteren Zeitpunkt hatte, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Dieser Umstand kann sich lediglich auf die Höhe der Anschaffungskosten auswirken: Insoweit kommen als preisbildende Faktoren unter anderem die dem anderen Miterben entgehenden Einkünfte in Betracht, die dieser ohne die vorzeitige Auseinandersetzung in der Zeit bis zur planmäßigen Auflösung der Erbengemeinschaft aus der gemeinschaftlichen

Vermietung der im Nachlass vorhandenen Immobilien erzielt hätte.

2. Nach diesen Maßstäben ist die strittige Schuldübernahme des Klägers als Anschaffungskosten der von ihm in der Erbauseinandersetzung erworbenen Grundstücke zu beurteilen.

a) Der Kläger hat in Form der teilweisen Übernahme von Schulden, die auf dem Grundbesitz der Beigeladenen lasteten, eine Ausgleichsleistung dafür erbracht, dass er entgegen der Teilungsanordnung um mehrere Jahre verfrüht den ihm zugeordneten Grundbesitz aus dem Nachlass erwerben konnte.

Nach den Feststellungen des FG, die nicht mit Revisionsrügen angegriffen und daher nach § 118 Abs. 2 FGO für das Revisionsgericht bindend sind, haben der Kläger und die Beigeladene im Jahr 1992 bei der vorgezogenen Erbauseinandersetzung zwar den Grundbesitz entsprechend der Teilungsanordnung verteilt, aber die durch die Vorverlegung des Auseinandersetzungszeitpunkts bedingten Veränderungen ausgeglichen. Ohne diese Ausgleichsleistungen in Form einer zusätzlichen Schuldübernahme hätte der Kläger die für ihn bestimmten Grundstücke zu diesem Zeitpunkt nicht erwerben können, so dass die zusätzliche Schuldübernahme die Voraussetzungen des § 255 Abs. 1 HGB erfüllt.

b) Entgegen der Auffassung der Kläger kommt ein vollständiger Abzug des strittigen Betrages als Werbungskosten im Streitjahr nicht in Betracht. Auch wenn die zusätzliche

Schuldübernahme des Klägers im wirtschaftlichen Ergebnis ganz oder teilweise die der Beigeladenen entgehenden Mieteinkünfte ersetzen und dem Kläger entsprechende Einkünfte verschaffen sollte, so beruht sie doch in erster Linie auf dem vorzeitigen Erwerb der für den Kläger bestimmten Grundstücke. Dieser Zusammenhang ist sachnäher und führt zur Verteilung der Aufwendungen in Form von AfA.

Handelt es sich aber bei dem zusätzlich übernommenen Schuldbetrag um Anschaffungskosten der Grundstücke des Klägers, so ist der gesetzliche AfA-Verteilungszeitraum von 50 Jahren maßgebend. Für einen kürzeren Verteilungszeitraum, wie ihn die Kläger in der mündlichen Verhandlung begehrt haben, fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

3. Die Vorentscheidung, die auf einer anderen Rechtsauffassung beruht, sowie die Einspruchsentscheidung des FA sind daher aufzuheben. Damit wird der ursprüngliche Steuerbescheid vom 31.8.1994 wieder wirksam, in dem das FA den strittigen Betrag von 293.456 DM bereits als Anschaffungskosten des Klägers bei der Ermittlung seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt hatte. Die dort vorgenommene schätzungsweise Aufteilung der Anschaffungskosten auf Grund und Boden einerseits und auf die Gebäude andererseits haben die Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht bisher nicht beanstandet.

(...)

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a.D. Fritz Kader, München, verstorben am 24.4.2007

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Notar Dr. Dr. Oswald Braun, München

Notar Wolfgang Schineis, Schweinfurt

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Notar Dr. Wolfram Eckhardt, Fürth

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

Notar Klaus Fuchs, Neustadt a. d. Weinstr.

Mit Wirkung vom 1.1.2008:

Notar Dietrich Goebel, Neu-Ulm

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Schrobenhausen	dem Notarassessor Dr. Thomas Hagmaier (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)
----------------	--

Schwabmünchen (in Sozietät mit Notar Dr. Gerald Weigl)	dem Notarassessor Michael Grob (bisher in München Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)
--	--

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Bamberg	dem Notarassessor Dr. Simon Weiler (bisher in München Notarstelle Prof. Dr. Mayer)
---------	--

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Schemmann)	der Notarin a. D. Dr. Helene Ludwig (bisher in München Geschäftsführerin der Notarkasse A. d. ö. R)
---	---

Mit Wirkung vom 1.10.2007:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Eckersberger)	dem Notarassessor Thomas Göppel (bisher in München Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)
---	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.6.2007:

Tilman Daum, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Markus Sikora, München, (derzeit Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A. d. ö. R), wurde mit Wirkung vom 24.4.2007 promoviert

Notarin Andrea Lichtenwimmer, Ingolstadt, wurde mit Wirkung vom 27.4.2007 promoviert

Notarassessor Florian Kroier, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), ab 14.5.2007 in Kempten (Notarstellen Dr. Pfisterer/Haasen)

Notarassessor Jens Haßelbeck, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 1.6.2007 in Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Notarassessor Dr. Franz Buchhold, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat), ab 1.6.2007 in Ludwigshafen (Notarstelle Dr. Wilke)

Notarassessor Bernhard Weiß, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 18.6.2007 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Oberinspektor i. N. Markus Lilly, Nürnberg (Notarstellen Dr. Wahl/Adrian), ab 1.9. 2007 in Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bleifuß)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Josef Schrottenbaum, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1.6.2007 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Anneliese Baderschneider, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu), ab 1.9.2007 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstellen Albrecht/Portenhauser,
E-Mail: kanzlei@notare-albrecht-portenhauser.de,
Homepage: www.notare-albrecht-portenhauser.de

Bad Kötzing, Notarstelle Miedaner, Herrenstraße 7,
93444 Bad Kötzing

Fürth, Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer,
E-Mail: info@notare-bengel-fleischer.de

München, Notarstellen Dr. Korschan/Dr. Gastroph,
E-Mail: kontakt@notare-korschan-gastroph.de

Oberviechtach, Notarstelle Hruschka,
Marktplatz 14, 92526 Oberviechtach,
E-Mail: info@notar-hruschka.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006 mit Symposium „Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht“

Freitag, 20. Juli 2007, 15 Uhr s.t.

Ludwig-Maximilians-Universität München – Forschungsstelle für Notarrecht,
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Hörsaal M 018

Begrüßung:	Notar Prof. Dr. <i>Kanzleiter</i> , Vorsitzender der NotRV	Referate:	Prof. Dr. <i>Werner</i> , Jena, „Grenzen der Gestaltungsfreiheit in Stiftungssatzungen, insbesondere solcher mit dem Ziel der Möglichkeit späterer Änderungen“
Grußwort:	Prof. Dr. med. Dr. h.c. <i>Putz</i> , Vizepräsident der LMU München		Rechtsanwalt Dr. <i>Richter</i> , LL.M., M.A., Berlin, „Aktuelle Tendenzen im Stiftungssteuerrecht“
Einführung:	Prof. Dr. <i>Hager</i> , LMU München, Vorsitzender der Forschungsstelle		
Laudatio:	Notar Prof. Dr. <i>Rawert</i> , Hamburg, „Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht – zugleich eine Laudatio auf den Helmut-Schippel-Laureaten <i>Dominique Jakob</i> “	Schlusswort:	Prof. Dr. <i>Hager</i>
Preisverleihung:	Prof. Dr. <i>Dominique Jakob</i> , Zürich, Vorstellung seiner Arbeit „Schutz der Stiftung – die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen“		Zum Ausklang der Veranstaltung wird anschließend zu einem kleinen Empfang geladen.
		Information:	Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Telefon 0931 355760, Telefax 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de

Veranstaltungen des DAI

1. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht
(Spiegelberger, Wälzholz)
20.–21.7.2007 in Timmendorfer Strand
2. WEG aktuell
(Hügel, Rapp)
31.8.2007 in Kiel, 1.9.2007 in Kassel
3. Update Kostenrecht
(Schmidt, Tiedtke)
15.9.2007 in Kiel

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Arens/Tepper (Hrsg.): Das gesellschaftsrechtliche Mandat. Deutscher Anwaltverlag, 2007. 1 109 S., 128 €
2. Birle: Praxishandbuch der GmbH. nwb-Verlag, 2007. 975 S., 118 €
3. Blankenstein: WEG-Reform 2007. WRS, 2007. 348 S., 39,80 € + CD-ROM
4. Brönner (Hrsg.): Die Besteuerung der Gesellschaften. 8., überarb. u. erw. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2007. 2 050 S., 199,95 €
5. Dombeck/Kroiß (Hrsg.): FormularBibliothek Vertragsgestaltung. Nomos, 2007. 8 Bände, 3 978 S., 169 € + CD-ROM
6. Happ (Hrsg.): Aktienrecht. 3., neu bearb. und erw. Aufl., Heymanns, 2007. 2 474 S., 278 € + CD-ROM
7. Heckschen/Köckli/Maul: Private Limited Company. 2. Aufl., Memento, 2007. 301 S., 39,80 € + CD-ROM
8. Heiß: Vertragsgestaltung in Familiensachen. Nomos, 2007. 1 006 S., 89 € + CD-ROM
9. Krafka/Willer: Registerrecht. 7. Aufl., Beck, 2007. 918 S., 74 €
10. Kirchhof (Hrsg.): KompaktKommentar Einkommensteuergesetz. 7. Aufl., C.F. Müller, 2007. 1 900 S., 198 €
11. Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 2. Aufl., ZAP, 2007. 1 000 S., 88 €
12. Noack: Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister – EHUG. Bundesanzeiger, 2007. 265 S., 29 € + CD-ROM
13. Saenger (Hrsg.): Zivilprozessordnung. 2. Aufl., Nomos, 2007. 2 534 S., 89 €
14. Schmidt: Einkommensteuergesetz. 26. Aufl., Beck, 2007. 2 572 S., 90 €
15. Stöber: Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 8., neu bearb. Aufl., Beck, 2007. 535 S., 48 €
16. Wilhelm: Sachenrecht. 3. Aufl., de Gruyter, 2007. 1 017 S., 128 €
17. Zabel: Vom Einzelunternehmen in die GmbH. E. Schmidt, 2007. 558 S., 69 €
18. Zimmerman: Betreuungsrecht von A–Z. 3. Aufl., Beck, 2007. 336 S., 12,50 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F