

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Eliane Schuller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Braun: Die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft: Ein neuer Güterstand im deutschen (und französischen) Recht 89

Siegler: Rechtssicherer Ehevertrag und steter Wandel – ein unlösbarer Widerspruch? 95

Grimm: Das Jobcenter in der notariellen Praxis 103

Kölmel: Neues zur Bekanntgabe des familiengerichtlichen Genehmigungsbeschlusses 108

Röhl: Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger durch den gesetzlichen Vertreter als (Mit-)Erben 111

Rechtsprechung

Wirksamkeit eines erstmals nach 90 Jahren ausübbareren Wiederkaufsrechts

(BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10) 123
mit Anmerkung *Satzl* 125

Löschung einer ohne Zinsen abgetretenen Grundschuld (OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.3.2011, 10 W 84/11) 126

mit Anmerkung *Wolfsteiner* 127

Pflichtteilsrecht entfernterer Abkömmlinge bei Enterbung des näheren Abkömmlings

(BGH, Urteil vom 13.4.2011, IV ZR 204/09) 133
mit Anmerkung *Keim* 136

Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers

(BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10) 138
mit Anmerkung *Spall* 141

Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils gegenüber dem Grundbuchamt

(OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11) 146
mit Anmerkung *Reimann* 148

Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils

(BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10) 149
mit Anmerkung *Wälzholz* 152

Erfordernis der Titelumschreibung auf englischen

Trustee (BGH, Beschluss vom 3.2.2011, V ZB 54/10) 155
mit Anmerkung *Bierhenke* 157

Zur Erbschaftsteuerpflicht der Abfindung an einen weichen Erbprätendenten

(BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09) 161
mit Anmerkung *Wartenburger* 163

Inhalt

Aufsätze

Braun: Die Wahl-Zugewinngemeinschaft: Ein neuer Güterstand im deutschen (und französischen) Recht **89**

Siegler: Rechtssicherer Ehevertrag und steter Wandel – ein unlösbarer Widerspruch? **95**

Grimm: Das Jobcenter in der notariellen Praxis **103**

Kölmel: Neues zur Bekanntgabe des familiengerichtlichen Genehmigungsbeschlusses **108**

Röhl: Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger durch den gesetzlichen Vertreter als (Mit-)Erben **111**

Tagungsberichte

Huber: Drei Jahre MoMiG **114**

Buchbesprechungen

Langenfeld (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch Band 6, Bürgerliches Recht II (*Selbherr*) **117**

Roglmeier/Lenz: Die neue Patientenverfügung (*Albrecht*) **117**

Waldner: Vorweggenommene Erbfolge für die notarielle und anwaltliche Praxis (*Lutz*) **119**

Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht (*Mödl*) **120**

Saenger/Inhester: GmbHG (*Pulyer*) **121**

Schmidt/Lutter: Aktiengesetz (*Döbereiner*) **122**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Wirksamkeit eines erstmals nach 90 Jahren ausübbareren Wiederkaufsrechts (BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10) **123**

mit Anmerkung *Satzl* **125**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Löschung einer ohne Zinsen abgetretenen Grundschuld (OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.3.2011, 10 W 84/11) **126**

mit Anmerkung *Wolfsteiner* **127**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

3. Versorgungsausgleich bei Ausübung des Kapitalwahlrechts einer privaten Rentenversicherung
(BGH, Beschluss vom 5.10.2011, XII ZB 555/10) **129**
4. Ergänzungspflegerbestellung zur Wahrnehmung der Verfahrensrechte eines noch nicht 14 Jahre alten Kindes bei der Erbausschlagung
(OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2011, 21 UF 105/11) **131**

Erbrecht

5. Pflichtteilsrecht entfernterer Abkömmlinge bei Enterbung des näheren Abkömmlings
(BGH, Urteil vom 13.4.2011, IV ZR 204/09) **133**
mit Anmerkung *Keim* **136**
6. Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers
(BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10) **138**
mit Anmerkung *Spall* **141**
7. Vertretungsrecht der Eltern bei Erfüllung eines Vermächnisses an minderjährige Kinder, das mit einem Untervermächtnis zu ihren Gunsten belastet ist
(OLG München, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11) **145**
8. Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils gegenüber dem Grundbuchamt
(OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11) **146**
mit Anmerkung *Reimann* **148**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils
(BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10) **149**
mit Anmerkung *Wälzholz* **152**
10. Testamentsvollstreckervermerk in Gesellschafterliste unzulässig
(OLG München, Beschluss vom 15.11.11, 31 Wx 274/11) **153**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. Erfordernis der Titelumschreibung auf einen englischen Trustee bei Zwangsvollstreckung in ein deutsches Grundstück nach Eröffnung eines englischen Insolvenzverfahrens
(BGH, Beschluss vom 3.2.2011, V ZB 54/10) **155**
mit Anmerkung *Bierhenke* **157**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

12. Ehrenrührige Äußerungen über Dritte gegenüber einem Notar
(OLG Dresden, Beschluss vom 5.8.2011, 4 W 624/11) **159**

Kostenrecht

13. Notarkosten: Vorliegen einer Durchführungserklärung
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.7.2011, 20 W 50/06) **160**

Steuerrecht

14. Zur Erbschaftsteuerpflicht der Abfindung an einen weichenden Erbprätendenten
(BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09) **161**
mit Anmerkung *Wartenburger* **163**

Standesnachrichten 166

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,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Bernadette Bord,
Eliane Schuller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft: Ein neuer Güterstand im deutschen (und französischen) Recht

Von Notar *Stefan Braun*, LL. M. (London), Maître en droit (Paris), Erlangen

Am 4. Februar 2010 wurde anlässlich eines deutsch-französischen Gipfeltreffens das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft gezeichnet.¹ Ziel ist es, neben den bestehenden Güterständen einen neuen, in beiden Rechtsordnungen identisch geregelten optionalen Güterstand einzuführen. Zwar ist das Abkommen bislang mangels Ratifikation durch die französische Seite noch nicht in Kraft getreten. Da jedoch der Bundestag bereits am 15. Dezember 2011 einstimmig den Entwurf eines Zustimmungsgesetzes zu diesem Abkommen, welcher auch schon die erforderlichen Regelungen zur Umsetzung in das nationale Recht enthielt, angenommen hat² und auch jenseits des Rheins bereits ein Entwurf zur Ratifikation³ vorliegt, scheint es ratsam, sich bereits jetzt mit den Besonderheiten der neuen Gestaltungsalternative zu befassen.⁴

I. Der neue deutsch-französische Güterstand: Eine neue Form der Zugewinnsgemeinschaft nach nationalem Recht

Der gesetzliche Güterstand des französischen Rechts (Art. 1400–1471 Code civil) ist eine Form der Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 1401 Code civil). Im deutschen Recht gibt es hierzu keine direkte Entsprechung. Da es jedoch im französischen (als Wahlgüterstand gemäß Art. 1568–1581 Code civil) und im deutschen Recht (als gesetzlichen Güter-

stand gemäß § 1363 ff. BGB) jeweils eine Form der Zugewinnsgemeinschaft gibt, lag es nahe, den neuen gemeinsamen Güterstand ebenfalls als Form der Zugewinnsgemeinschaft auszugestalten. Auf diese Weise konnten sich die Autoren des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft (im Folgenden auch „Abkommen“) von den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen inspirieren lassen und dort bewährte Regelungen übernehmen. Hierdurch wird dem Rechtsanwender der Zugang erheblich erleichtert, zumal das Abkommen von einem zweisprachigen und relativ umfangreichen erläuternden Bericht, der insbesondere auch Verweise auf die jeweiligen nationalen Regelungen enthält, begleitet wird.⁵ Die Definition der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft in Art. 2 des Abkommens kommt einem demgemäß durchaus bekannt vor. Nach dieser Bestimmung „bleibt das Vermögen der Ehegatten getrennt. Zugewinn ist der Betrag,

¹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Abkommens *Klippstein*, FPR 2010, 510 f.

² Der Regierungsentwurf des Zustimmungsgesetzes ist unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/051/1705126.pdf> (=BT-Drucks. 17/5126) zugänglich; dieser wurde mit einer redaktionellen Korrektur (vgl. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708059.pdf> = BT-Drucks. 17/8059) angenommen. Siehe: www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/37044819_kw50_angenommen_abgelehnt/index.html

³ Der französische Entwurf findet sich unter <http://www.senat.fr/leg/pj110-372.html>;

⁴ Vgl. zur Wahl-Zugewinnsgemeinschaft etwa auch *Jäger*, DNotZ 2010, 804 ff., *Steer*, notar 2010, 119 ff.; *Meyer*, FamRZ 2010, 612; *Stiß*, ZErb 2010, 281 ff., *Klippstein*, FPR 2010, 510 ff. m. w. N.

⁵ Dieser erläuternde Bericht ist als Anlage zur Denkschrift zum Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft abgedruckt in BT-Drucks. 17/5126, S. 20 ff. (der Einfachheit halber beziehen sich die Nachweise zum erläuternden Bericht auf diese Fundstelle).

um den das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen übersteigt. Bei Beendigung des Güterstandes ergibt sich die Zugewinnausgleichsforderung aus dem Vergleich der erzielten Zugewinne der Ehegatten.“ Allerdings ist auch Vorsicht geboten, da einige Bestimmungen des Abkommens dem gesetzlichen Güterstand des BGB bzw. des Code civil zwar zunächst zu gleichen scheinen, aber sich in Details dennoch nicht unwesentlich hiervon unterscheiden. Ferner sieht der aktuelle Regierungsentwurf eines „Gesetzes zu dem Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft“ vor, das Abkommen neben einigen verfahrensrechtlichen Vorschriften im Wesentlichen durch Aufnahme einer globalen Verweisungsnorm in nationales Recht zu überführen. Der neue § 1519 BGB lautet:

„Vereinbaren die Ehegatten durch Ehevertrag den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, so gelten die Vorschriften des Abkommens vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft. § 1368 gilt entsprechend. § 1412 ist nicht anzuwenden.“

Ob diese – schon vom Versorgungsausgleichsgesetz bekannte – Zersplitterung des Eherechts in verschiedene Rechtsgrundlagen wirklich sinnvoll und der praktischen Akzeptanz der Wahl-Zugewinnngemeinschaft zuträglich ist, darf bezweifelt werden. Vor allem aber stellt sich die Frage, wie die Verweisung zu verstehen ist, falls das Abkommen – etwa infolge Kündigung (vgl. Art. 20 des Abkommens) – nicht mehr gelten sollte.⁶ Eine komplette Übernahme der materiellen Bestimmungen wäre, trotz der Übernahme eines fremden Sprachdukus⁷ in das BGB, wohl die klarere Lösung gewesen.

Im Folgenden sollen zunächst die Voraussetzungen für die Vereinbarung der Wahl-Zugewinnngemeinschaft (II.) und so dann deren wesentliche Bestimmungen (III.) skizziert werden, wobei sich der Beitrag auf die Unterschiede zum gesetzlichen Güterstand des BGB konzentriert. Schließlich wird der Frage nachgegangen, wann es in der Praxis empfehlenswert sein kann, den neuen Güterstand zu vereinbaren (IV.).

II. Voraussetzungen für die Vereinbarung der Wahl-Zugewinnngemeinschaft

Durch die Wahl-Zugewinnngemeinschaft sollte ein in den Rechtsordnungen beider Vertragsstaaten identischer neuer Güterstand geschaffen werden. Demgemäß bestimmt Art. 1 Satz 1 des Abkommens, dass der neue Güterstand allen Ehegatten zur Verfügung steht, deren Güterstand dem Sachrecht eines Vertragsstaates unterliegt. Diese Voraussetzung ist nach den allgemeinen Vorschriften des Internationalen Privatrechts des jeweiligen Vertragsstaates zu ermitteln, an denen das Abkommen nichts ändert.⁸ Irgendeines internationalen oder gar deutsch-französischen Bezugs bedarf es darüber hinaus nicht. Vielmehr kann beispielsweise auch ein rein deutsches Ehepaar ohne Bezug zu Frankreich die Wahl-Zugewinnngemeinschaft vereinbaren.⁹ Ob dies zweckmäßig ist, ist eine andere

Frage. Eine Rechtswahl ist hierzu grundsätzlich nicht erforderlich. Anders ist dies, wenn – etwa bei Angehörigen von Drittstaaten – erst die Rechtswahl die Anwendung des Sachrechts eines Vertragsstaates eröffnet. Auch in anderen Fällen kann eine Rechtswahl empfehlenswert sein, da neben den Regelungen des Abkommens das erheblich voneinander abweichende sonstige nationale Recht (etwa für die Durchsetzung der Unwirksamkeit aufgrund der güterrechtlichen Verfügungsbeschränkungen, vgl. hierzu unten III. 1.) gilt. Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass das Abkommen keinerlei Regelungen zum Versorgungsausgleich enthält, sodass eine diesbezügliche Regelung – und sei es nur die Klarstellung, dass der gesetzliche Versorgungsausgleich nach deutschem Recht durchzuführen ist – empfehlenswert erscheint.¹⁰

Zwar gilt das Abkommen als solches unmittelbar nur für eheliche Güterstände. Eine irgendwie geartete Ausschlusswirkung dahingehend, dass die jeweiligen Vertragsstaaten den neuen Güterstand nicht auch für andere Formen der Lebenspartnerschaft einführen könnten, ist hierin jedoch nicht zu erblicken.¹¹ Durch die geplante Aufnahme des neuen § 1519 in das BGB wäre angesichts der bereits bestehenden Verweisung des § 7 LPartG auf die §§ 1409 bis 1563 die Wahl-Zugewinnngemeinschaft auch für deutsche eingetragene Lebenspartnerschaften möglich.¹²

Die Vereinbarung der Wahl-Zugewinnngemeinschaft erfolgt durch Ehevertrag (Art. 3 des Abkommens). Weitere Vorgaben, etwa bestimmte Formvorschriften, enthält das Abkommen nicht, sodass sich diese Frage nach den jeweiligen internationalen Privatrecht anzuwendenden Formvorschriften, d. h. entweder nach dem berufenen materiellen Recht oder nach der Ortsform¹³ (vgl. für das deutsche IPR Art. 11 EGBGB) bestimmt. Um die Anwendung der besonderen französischen Vorschriften (Art. 1397 Code civil) über die Beendigung bestehender Güterstände sicherzustellen, bestimmt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des Abkommens, dass die Vorschriften über die Änderung eines bis dahin bestehenden Güterstandes unberührt bleiben.¹⁴ Sofern die Ehegatten jedoch im Zusammenhang mit der Begründung der Wahl-Zugewinnngemeinschaft deutsches Güterrecht als Ausgangsrecht wählen, bedarf es dieser Förmlichkeit wohl nicht.¹⁵

III. Besonderheiten der Wahl-Zugewinnngemeinschaft im Verhältnis zum gesetzlichen Güterstand des BGB

Ebenso wie der gesetzliche Güterstand des BGB sieht die Wahl-Zugewinnngemeinschaft zum einen Vorschriften über die Vermögensverwaltung und -verfügung während des Bestehens des Güterstandes vor (1.); zum anderen gibt es Regelungen zur Ermittlung von Anfangs- und Endvermögen (2.) sowie zur Durchführung des Zugewinnausgleichs (3.).

1. Vermögensverwaltung und -verfügung bei der Wahl-Zugewinnngemeinschaft

Im Grundsatz weist Art. 4 des Abkommens jedem Ehegatten die alleinige Verwaltungs-, Nutzungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen zu. Die Verfügungsbefugnis wird

⁶ Wenig überzeugend geht die Regierungsbegründung ohne weiteres davon aus, dass bei einer Kündigung durch Frankreich das Abkommen wegen der statischen Verweisung als deutsches Recht automatisch weiterhin gelten würde. Ob ein Abkommen mit nur einem Vertragsstaat begrifflich überhaupt denkbar ist, wird nicht angesprochen (BT-Drucks. 17/5126, S. 9).

⁷ Hierzu Klippstein, FPR 2010, 510, 514.

⁸ BT-Drucks. 17/5126, S. 23 (mit Beispielen).

⁹ BT-Drucks. 17/5126, S. 19 u. 23.

¹⁰ Vgl. Jäger, DNotZ 2010, 804, 823.

¹¹ Jäger, DNotZ 2010, 804, 822.

¹² Klippstein, FPR 2010, 510, 515; Jäger, DNotZ 2010, 804, 822.

¹³ BT-Drucks. 17/5126, S. 24.

¹⁴ BT-Drucks. 17/5126, S. 24.

¹⁵ So jedenfalls Jäger, DNotZ 2010, 804, 807.

jedoch durch die Regelungen in Art. 5, welche angesichts des Wortlauts von Art. 4 Satz 2 als abschließend anzusehen sind, beschränkt. Nach Art. 5 sind Rechtsgeschäfte eines Ehegatten über Haushaltsgegenstände oder über Rechte, durch die die Familienwohnung sichergestellt wird, ohne Zustimmung des anderen Ehegatten unwirksam.¹⁶ Sie können jedoch vom anderen Ehegatten genehmigt werden. Ziel der Regelung ist ausweislich des erläuternden Berichts zum Abkommen ein möglichst umfassender Schutz der Ehwohnung.¹⁷ Sie ist demgemäß weit auszulegen. Unter den Begriff der Ehwohnung fallen damit auch zugehörige Nebenräume, auch wenn diese nicht zu Wohnzwecken dienen. Ferner sind auch Rechtsgeschäfte erfasst, mit denen nicht über die Ehwohnung als solche verfügt wird, etwa die Kündigung eines Mietverhältnisses.¹⁸ Eine § 1365 BGB vergleichbare Bestimmung gibt es dagegen nicht,¹⁹ sodass auch Verfügungen über das (nahezu) gesamte Vermögen wirksam sind, sofern nicht die Voraussetzungen von Art. 5 des Abkommens vorliegen.

Wird die Wahl-Zugewinnngemeinschaft vereinbart, so sind die entsprechenden Verfügungsbeschränkungen zwingend. Eine Abweichung hiervon ist im Gegensatz zum deutschen gesetzlichen Güterstand nicht möglich (vgl. Art. 3 Abs. 3 des Abkommens). Angesichts dieser Verfügungsbeschränkungen stellt sich natürlich die Frage, ob und wie der Vertragspartner eines in der Wahl-Zugewinnngemeinschaft verheirateten Ehegatten geschützt werden kann, wenn er von dem Güterstand und den Voraussetzungen der Verfügungsbeschränkungen keine Kenntnis hat. Das Abkommen enthält hierzu keine Regelung. Aus der Sicht des französischen Rechts ist dies verständlich, da dort die Nichtigkeit nicht ipso jure, sondern nur aufgrund Nichtigkeitsklage und gerichtlicher Entscheidung eintritt und für die Nichtigkeitsklage eine relativ knappe Frist (ein Jahr ab Kenntnis des nicht verfügenden Ehegatten) gilt (vgl. Art. 215 Abs. 3 Code civil).²⁰ Darüber hinaus stellt das französische Recht durch diverse Förmlichkeiten eine gewisse Publizität des gewählten Güterstandes sicher.²¹ Aus der Sicht des deutschen Rechts wäre dagegen das betreffende Rechtsgeschäft von Anfang an unwirksam, sofern kein gutgläubiger Erwerb eintritt.

Die praktischen Auswirkungen verdeutlicht folgendes einfaches Beispiel: Ist der Alleineigentümer und Verkäufer eines Wohnhauses im Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft verheiratet, so kann er über diese Immobilie nicht verfügen, sofern es sich bei dem Haus um die Familienwohnung handelt. Ohne gutgläubigen Erwerb wäre der Käufer damit auf die Vorschriften zur Buchersitzung (§ 900 BGB) angewiesen, um irgendwann doch Eigentümer zu werden. Der nicht beteiligte Ehegatte hätte es dagegen bis zur Verjährung in der Hand, nach seinem Gutdünken den Vertrag zu genehmigen oder aber entsprechend § 1368 BGB die Rückabwicklung zu betreiben. Auf der Basis des damaligen Referentenentwurfs hat Jäger²² daher völlig zu Recht vorgeschlagen, den Käufer, falls er keine Kenntnis von dem Güterstand hatte und dieser auch nicht im Güterrechtsregister eingetragen war, durch Anwendung des § 1412 BGB zu schützen. Dem ist der Regierungsentwurf völlig unverständlicherweise nicht gefolgt und

will § 1412 BGB ausdrücklich für nicht anwendbar erklären. In der Regierungsbegründung heißt es hierzu lapidar:

„Die Eintragung in das Güterrechtsregister wäre angesichts seiner geringen praktischen Bedeutung eine überflüssige Förmlichkeit, die für den Verkehrsschutz keinen Mehrwert brächte. Insbesondere bei Verfügungen über Immobilien werden beurkundende Notare in Zukunft die Möglichkeit eines Verfügungsverbots in Betracht zu ziehen haben.“²³

Dies vermag ich nicht nachzuvollziehen. Wird der Güterstand korrekt angegeben, so scheidet § 1412 BGB angesichts der Kenntnis des Vertragspartners vom Güterstand aus. Bei notariellen Verträgen wird dann der Notar in der Tat den Sachverhalt im Hinblick auf ein etwaiges Verfügungsverbot aufklären und entsprechende Regelungen vorsehen. Wird der Güterstand jedoch nicht richtig angegeben, haben weder der Vertragspartner noch der Notar eine Chance, entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Aus der Grundbucheintragung als Alleineigentümer lassen sich jedenfalls keine Rückschlüsse auf den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft ziehen.²⁴ Im Falle der Nichtigkeit wird der Vertragspartner mit Umständen aus der Sphäre der Ehegatten belastet, die er – ebenso wie der beurkundende Notar – ohne deren Angaben gar nicht erkennen kann. Die Ehegatten – gerade auch der nicht verfügende Ehegatte – hätten es dagegen in der Hand, diese Umstände durch Registereintragung (auch wenn diese, wie übrigens bei den sonstigen Wahlgüterständen auch, nicht besonders häufig vorkommen wird) publik zu machen. Unterlassen sie dies, so ist es gerechtfertigt, den Rechtsverkehr und nicht die Ehegatten zu schützen. Dass das Güterrechtsregister eine geringe praktische Bedeutung hat, ändert hieran nichts. Die geringe Bedeutung dürfte daran liegen, dass die meisten Ehegatten lieber das Risiko eines Rechtsverlustes durch gutgläubigen Erwerb eingehen, als die Förmlichkeiten der Registerpublizität auf sich zu nehmen.

Hieraus zu schließen, dass der gutgläubige Erwerb künftig bei bestimmten Güterständen auch ohne die Publizität nicht möglich sein soll, ist geradezu absurd. Es mag zutreffen, dass die Eintragung im Güterrechtsregister als solche für den Verkehrsschutz keinen Mehrwert bringt – die an die Nichteintragung geknüpften Rechtsfolgen bringen durchaus einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit. Es gibt keinen Grund, diese Rechtssicherheit für einen bestimmten inländischen Güterstand aufzugeben, während sie sonst (auch über Art. 16 EGBGB) für alle Güterstände gewährleistet wird, zumal die Anwendung des § 1412 BGB von den Ehegatten durch eine entsprechende Registereintragung jederzeit verhindert werden kann. Durch das Abkommen vom 4.2.2010 ist diese systemwidrige Abweichung jedenfalls sicher nicht vorgezeichnet, da dieses ausweislich des erläuternden Berichts jeder Rechtsordnung selbst überlässt, wie sich die Nichtigkeit auswirkt.²⁵ So wird ausdrücklich die französische Systematik, die lediglich eine Nichtigkeitsklage kennt und bis zu deren Erfolg die Verfügung als wirksam behandelt, akzeptiert. Demgemäß wäre auch der deutsche Mechanismus des § 1412 BGB mit dem Abkommen vereinbar.²⁶ Der Gesetzgeber täte daher gut daran, den letzten Satz des § 1519 BGB ersatzlos zu streichen! Tut er dies nicht, bleibt nur zu hoffen, dass sich die Wahl-Zugewinnngemeinschaft in der Praxis nicht durchsetzt.

¹⁶ Vgl. kritisch zur Aufnahme einer derartigen Verfügungsbeschränkung in das Abkommen Steer, notar 2010, 119, 121.

¹⁷ BT-Drucks. 17/5126, S. 26.

¹⁸ BT-Drucks. 17/5126, S. 26; Jäger, DNotZ 2010, 804, 808.

¹⁹ Ausweislich des erläuternden Berichts wurde dies für nicht erforderlich gehalten, BT-Drucks. 17/5126, S. 26.

²⁰ Jäger, DNotZ 2010, 804, 821.

²¹ Vgl. Jäger, DNotZ 2010, 804, 807 m. w. N.

²² Jäger, DNotZ 2010, 804, 821 f.

²³ BT-Drucks. 17/5126, S. 8.

²⁴ Die Verfügungsbeschränkung aufgrund Art. 5 Abs. 1 des Abkommens ist jedenfalls nicht eintragungsfähig (ausführlich Jäger, DNotZ 2010, 804, 821 f.).

²⁵ BT-Drucks. 17/5126, S. 27.

²⁶ Ebenso Jäger, DNotZ 2010, 804, 821 f.

Eine weitere Besonderheit bietet Art. 6 des Abkommens. Danach kann jeder Ehegatte Verträge zur Führung des Haushalts und für den Bedarf der Kinder allein schließen. Diese Verträge verpflichten den anderen Ehegatten gesamtschuldnerisch, sofern es sich nicht um offensichtlich unangemessene Zahlungsverpflichtungen handelt und der Vertragspartner dies erkannte oder zumindest erkennen musste. Die Angemessenheit ist dabei insbesondere nach der Lebensführung der Ehegatten zu beurteilen. Angesichts der sachlichen Nähe dieser Bestimmung zu § 1357 BGB, der grundsätzlich für alle Güterstände des BGB gilt, stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Verhältnis der Regelungen zueinander (auf französischer Seite stellt sich übrigens dieselbe Problematik im Hinblick auf Art. 220 Code civil²⁷). Die von Jäger²⁸ angemahnte Klarstellung ist leider im Regierungsentwurf nicht erfolgt. Auch das Abkommen selbst regelt diese Frage nicht. Lediglich in der Regierungsbegründung wurde diese Frage aufgegriffen und im Sinne der Spezialität von Art. 6 des Abkommens entschieden.²⁹

2. Besonderheiten bei der Bestimmung des Zugewinns

Fast wortgleich definieren Art. 2 Satz 2 des Abkommens und § 1373 BGB den Zugewinn als den Betrag, „um den das Endvermögen eines Ehegatten sein (§ 1373 BGB: „das“) Anfangsvermögen übersteigt“. Dennoch bestehen einige Unterschiede zwischen dem gesetzlichen Güterstand des BGB und der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft, die sich insbesondere aus abweichenden Bewertungszeitpunkten und den Regelungen über die (Nicht-)Berücksichtigung bestimmter Gegenstände im Anfangs- und/oder Endvermögen ergeben.

a) Anfangsvermögen

Wenngleich sprachlich leicht von § 1374 BGB abweichend, definiert Art. 8 Abs. 1 des Abkommens das Anfangsvermögen im Grundsatz wie das BGB als Vermögen jedes Ehegatten am Tag des Eintritts des Güterstandes, wobei Verbindlichkeiten, wie beim reformierten § 1374 Abs. 3 BGB auch über den Betrag des Aktivvermögens hinaus zu berücksichtigen sind. Wie § 1374 Abs. 2 BGB sieht auch Art. 8 Abs. 2 des Abkommens vor, dass bestimmte eheneutrale Erwerbe dem Anfangsvermögen zugerechnet werden, wobei jedoch nicht nur der Erwerb von Todes wegen oder aufgrund Schenkung, sondern – der französischen Tradition folgend³⁰ – auch das von einem Ehegatten später als Schmerzensgeld erworbene Vermögen als Anfangsvermögen berücksichtigt wird. Wie bei § 1374 Abs. 2 BGB stellt sich natürlich die Frage, ob diese Zurechnungsregelung im Wege der Analogie auf andere eheneutrale Erwerbsvorgänge, etwa einen Lottogewinn,³¹ übertragen werden können.³² M. E. besteht für eine solche Analogie, selbst wenn man die Rechtsprechung des BGH zu § 1374 Abs. 2 BGB (wegen dessen internationaler Grundlage) nicht ohne

weiteres auf das Abkommen übertragen möchte,³³ kein Raum. Zum einen ist allen Zurechnungstatbeständen gemein, dass diese nicht nur – wie ein Lottogewinn – einen eheneutralen, zufälligen Ursprung haben, sondern dass sie auf unmittelbar in der Person des betreffenden Ehegatten angelegten individuellen Umständen (Näheverhältnis zum Schenker/Erblasser, zugefügtes Leid) basieren. Vor allem aber gilt es zu beachten, dass die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft, anders als der gesetzliche Güterstand, immer eine ehevertragliche Vereinbarung der Beteiligten voraussetzt. Sollten die Beteiligten weitere Zurechnungstatbestände wünschen, so können sie dies ausdrücklich vereinbaren.³⁴ Treffen die Beteiligten eine solche Vereinbarung nicht, so sollte ihnen schon aus Gründen der Rechtssicherheit keine vom klaren Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 abweichende Regelung untergeschoben werden.

Früchte des Anfangsvermögens sind diesem, wie Art. 8 Abs. 3 Nr. 1 des Abkommens klarstellt, nicht zuzurechnen, ebenso wenig die Gegenstände des Anfangsvermögens, die ein Ehegatte Verwandten in gerader Linie während des ehelichen Güterstandes geschenkt hat (Art. 8 Abs. 3 Nr. 2). Letztere für deutsche Juristen etwas verwunderliche Regelung erklärt sich daraus, dass derartige Geschenke (mit Ausnahme eines während der Ehe durch vom Anfangsvermögen unabhängige Mittel verursachten Wertzuwachses) gemäß Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 b) auch bei der Ermittlung des Endvermögens unberücksichtigt bleiben und daher insgesamt in die Berechnung des Zugewinns nicht mit einbezogen werden sollen. Art. 8 Abs. 4 und 5 enthalten schließlich Vorschriften über die Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses. Sofern ein solches nicht existiert, wird widerleglich³⁵ vermutet, dass kein Anfangsvermögen vorhanden war.

Mit der Bewertung des Anfangsvermögens befasst sich Art. 9 des Abkommens. Hintergrund dieser relativ komplexen Regelung ist der Versuch, die französischen Bewertungsregeln (vgl. Art. 1571 Code civil), nach denen Gegenstände des Anfangsvermögens grundsätzlich mit dem Wert anzusetzen sind, den diese Vermögensgegenstände bei Beendigung des Güterstandes haben, mit der beim deutschen gesetzlichen Güterstand durchzuführenden (inflationbereinigten) Bewertung zum Zeitpunkt bei Eintritt des Güterstandes unter einen Hut zu bringen.³⁶ Im Grundsatz folgt das Abkommen der deutschen Regelung: Es sieht eine Bewertung des Anfangsvermögens und der Verbindlichkeiten (Art. 9 Abs. 4) mit dem Wert zum Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes bzw. bei einem späteren Erwerb mit dem Wert zum Zeitpunkt des Erwerbs vor (Art. 9 Abs. 1). Dieser Wert ist gemäß Art. 9 Abs. 3 um den Betrag anzupassen, der sich aus den gemittelten Preisänderungsraten für allgemeine Verbraucherpreise der Vertragsstaaten ergibt. Mit Ausnahme des anderen Bezugsindex³⁷ entspricht dies der vom BGH³⁸ zu § 1376 Abs. 1 BGB entwickelten Bewertung.

Allerdings sieht Art. 9 Abs. 2 des Abkommens eine gewichtige Ausnahme von dieser Regel vor: Immobilienvermögen,

²⁷ Vgl. hierzu Jäger, DNotZ 2010, 804, 809.

²⁸ Jäger, DNotZ 2010, 804, 809.

²⁹ „Neben der speziellen Regelung in Artikel 6 des Abkommens, der die gesamtschuldnerische Haftung der Eheleute für Geschäfte eines Ehegatten zur Führung des Haushaltes regelt, besteht für eine Anwendung des § 1357 BGB kein Raum mehr.“ (BT-Drucks. 17/5126, S. 8).

³⁰ Vgl. Art. 1570 Abs. 1 i. V. m. 1404 Abs. 1 Code civil.

³¹ Vgl. hierzu in Bezug auf § 1374 Abs. 2 BGB BGH, FamRZ 1977, 124.

³² Steer, notar 2010, 119, 122; vgl. zur gleichartigen Problematik bei § 1374 Abs. 2 BGB Brudermüller, NJW 2010, 401, 402 m. w. N.

³³ Angesichts dessen, dass die Regelungen des Abkommens stark vom deutschen Recht inspiriert sind, dieses erst durch eine Verweisungsnorm in § 1519 BGB als nationales Recht gelten wird und bei Zuständigkeit deutscher Gerichte letztinstanzlich der BGH über die Auslegung des Abkommens entscheiden wird, ist eine Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung ohnehin kaum zu erwarten.

³⁴ BT-Drucks. 17/5126, S. 29.

³⁵ BT-Drucks. 17/5126, S. 30.

³⁶ BT-Drucks. 17/5126, S. 30, 31 (mit Berechnungsbeispiel zu den Auswirkungen der unterschiedlichen Bewertungszeitpunkte).

³⁷ Zu den möglichen praktischen Problemen der gemittelten Preisänderungsraten vgl. Jäger, DNotZ 2010, 804, 813.

³⁸ BGH, NJW 1974, 137.

genauer gesagt Grundstückseigentum und sonstige Grundstücksrechte, jedoch mit Ausnahme des Nießbrauchs und des Wohnrechts, wird mit dem Wert am Tage der Beendigung des Güterstandes bzw. – wenn es schon zuvor aus dem Vermögen des betreffenden Ehegatten ausgeschieden ist – mit dem Wert zu diesem Zeitpunkt angesetzt. Auf diese Weise werden Wertsteigerungen von Immobilien, etwa wenn ein ererbter Acker plötzlich zu Bauland wird, im Zugewinn grundsätzlich nicht berücksichtigt – ein Ergebnis, welches durchaus der Interessenlage vieler Beteiligter entsprechen dürfte. Freilich stellt sich bei einer derartigen Regelung die Frage, wie Wertsteigerungen zu berücksichtigen sind, die auf Verwendungen der Ehegatten beruhen. Art. 9 Abs. 2 Satz 3 des Abkommens bestimmt hierzu, dass bei Immobilien Änderungen ihres Zustandes, die während der Ehe vorgenommen worden sind, bei der Bewertung des Anfangsvermögens nicht berücksichtigt werden. Auch wenn diese Bestimmung – zumindest, wenn man anstelle von während der Ehe, während des Bestehens des Güterstandes liest – grundsätzlich interessengerecht scheint, birgt sie sicher bei der konkreten Anwendung erhebliches Streitpotential. Häufig wird sich nicht exakt ermitteln lassen, inwieweit beispielsweise die Wertsteigerung des zu Bauland gewordenen Ackers auf einer Baumaßnahme, auf der Ausweisung des Grundstücks als Bauland, auf der Durchführung von Erschließungsmaßnahmen oder auf sonstigen Faktoren beruht.³⁹ Dem kann freilich durch eine individuelle ehevertragliche Regelung zum Verwendungersatz begegnet werden.

b) Endvermögen

Art. 10 Abs. 1 des Abkommens definiert das Endvermögen als das Vermögen jedes Ehegatten am Tag der Beendigung des Güterstandes, wobei Verbindlichkeiten auch über den Wert des Aktivvermögens hinaus berücksichtigt werden. Darüber hinaus bestimmt Art. 10 Abs. 2, dass Gegenstände, die der betreffende Ehegatte verschenkt (Nr. 1), in Benachteiligungsabsicht veräußert (Nr. 2) oder verschwendet (Nr. 3) hat, dem Endvermögen zuzurechnen sind, es sei denn, der andere Ehegatte war hiermit einverstanden oder die betreffende Schenkung, Veräußerung oder Verschwendung ist länger als zehn Jahre vor Beendigung des Güterstandes erfolgt. Zu beachten ist, dass Art. 18 des Abkommens die Möglichkeit eines vorzeitigen Zugewinnausgleichs vorsieht, wenn ein Ehegatte sein Vermögen so verwaltet, dass er dadurch die Rechte des anderen bei der Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung beeinträchtigt. Gemäß Art. 18 Abs. 1 Satz 2 gilt dies insbesondere in den vorgenannten, zu der fiktiven Hinzurechnung zum Endvermögen führenden Fällen.

Schenkungen sind allerdings nicht zu berücksichtigen, wenn sie an Verwandte in gerader Linie erfolgt sind (vgl. oben a)) oder die Schenkung nach der Lebensführung der Ehegatten angemessen ist. Die Angemessenheit liegt nach dem erläuternden Bericht vor, wenn die Schenkung nicht erheblich den geldlichen Rahmen übersteigt, den die Eheleute zum täglichen Leben haben.⁴⁰ Dieser Begriff ist somit etwas weiter zu verstehen, als die sittliche Pflicht oder auf den Anstand zu nehmende Rücksicht in § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Umgekehrt betrifft Art. 10 Abs. 2 Nr. 2 lediglich Veräußerungen in Benachteiligungsabsicht, während in § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB allgemeiner von „Handlungen“ die Rede ist.

Bewertet wird das Endvermögen gemäß Art. 11 Abs. 1 des Abkommens grundsätzlich mit dem Wert, den das Vermögen

bei Beendigung des Güterstandes hatte. Hiervon macht jedoch Art. 13 des Abkommens eine praktisch bedeutsame Ausnahme, indem er bestimmt, dass an die Stelle des Zeitpunkts der Beendigung des Güterstandes im Fall der Scheidung oder Auflösung des Güterstandes durch eine andere gerichtliche Entscheidung der Zeitpunkt der Einreichung (nicht Zustellung!) des Antrags bei Gericht tritt.

Dem Endvermögen zuzurechnende Gegenstände sind in den Fällen des Verschenkens, Veräußerns in Benachteiligungsabsicht und der Verschwendung mit dem Wert zu dem betreffenden Zeitpunkt anzusetzen (Art. 11 Abs. 2 Satz 1). Im Endvermögen zu berücksichtigende Wertverbesserungen von Gegenständen, die an Verwandte in gerader Linie verschenkt wurden, sind mit dem Wert zum Zeitpunkt der Schenkung zu bewerten (Art. 11 Abs. 2 Satz 2). Die sich so ergebenden Werte der dem Endvermögen zuzurechnenden Gegenstände sind gemäß Art. 11 Abs. 3 ab dem Berechnungszeitpunkt um den Betrag anzupassen, der sich aus den gemittelten Preisänderungsraten für allgemeine Verbraucherpreise der Vertragsstaaten ergibt.

3. Besonderheiten beim Zugewinnausgleich

Der Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft endet gemäß Art. 7 des Abkommens durch Tod oder Todeserklärung eines Ehegatten, durch den Wechsel des ehelichen Güterstands, mit Rechtskraft der Ehescheidung oder jeder anderen, den Güterstand beendenden gerichtlichen Entscheidung. Zu beachten ist dabei, dass eine § 1371 BGB vergleichbare Regelung bei der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft fehlt. Dies bedeutet einerseits, dass auch im Todesfall immer der konkret berechnete Zugewinnausgleich (ggf. als Nachlassverbindlichkeit) geschuldet wird. Andererseits wirkt sich dieser Umstand wegen der um 1/4 geringeren Ehegatten-Erbquote auch auf den Ehegattenpflichtteil und somit auch auf die Pflichtteile aller anderen Pflichtteilsberechtigten aus. Selbstverständlich ist es richtig, hierin ein gewisses Potenzial zur Rechtsgestaltung zu sehen.⁴¹ Vor allem aber besteht bei einer gleichmäßig zwischen den Ehegatten verteilten Vermögensbildung das Risiko, dass sich die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge empfindlich erhöhen.

Den infolge der Beendigung des Güterstandes entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch als solchen regelt Art. 12 des Abkommens. Abs. 1 entspricht – wenn auch sprachlich etwas anders gefasst – der Regelung beim gesetzlichen Güterstand des BGB: Übersteigt der Zugewinn eines Ehegatten den des anderen, so kann der andere Ehegatte die Hälfte der Differenz zwischen den beiden Zugewinnbeträgen als Ausgleichsforderung verlangen. Es handelt sich also grundsätzlich um einen Geldanspruch, wie Art. 12 Abs. 2 Satz 1 nochmals klarstellt. Jedoch kann das Gericht gemäß Art. 12 Abs. 2 Satz 2 aus Billigkeitsgründen auch die Übertragung einzelner Gegenstände zum Zweck des Ausgleichs anordnen (vgl. auch § 1383 BGB). Zudem sieht Art. 17 des Abkommens, ähnlich § 1382 BGB, eine Stundungsmöglichkeit vor. Anders als beim gesetzlichen Güterstand, wo die betreffende Änderung nicht Teil des Reformgesetzes wurde,⁴² wird die Zugewinnausgleichsforderung durch Art. 14 des Abkommens auf den halben Wert des Vermögens des Ausgleichspflichtigen begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten zu dem Zeitpunkt, der für die Feststellung der Höhe der Zugewinnausgleichsforderung maßgebend ist, vorhanden ist.

³⁹ Steer, notar 2010, 119, 122.

⁴⁰ BT-Drucks. 17/5126, S. 34.

⁴¹ Vgl. Jäger, DNotZ 2010, 804, 825 mit Beispielrechnung.

⁴² Jäger, DNotZ 2010, 804, 816.

Gemäß Art. 15 des Abkommens verjährt die Ausgleichsforderung – wie aus dem deutschen Recht bekannt – innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes, spätestens jedoch zehn Jahre nach Beendigung des Güterstandes.⁴³ „Um dem ausgleichsberechtigten Ehegatten die Realisierung seiner Zugewinnausgleichsforderung zu ermöglichen“,⁴⁴ ergänzt Art. 16 des Abkommens den Zugewinnausgleichanspruch um einen Anspruch auf Auskunft und Erstellung eines – ggf. notariellen – Verzeichnisses. Anders als § 1379 BGB⁴⁵ für den gesetzlichen Güterstand, enthält Art. 16 Abs. 1 jedoch unmittelbar keinen Anspruch auf Wertermittlung. Ein solcher könnte jedoch ehevertraglich vereinbart werden, da er Art. 16 (auch wenn dieser nicht im dispositiven Kapitel V des Abkommens steht) lediglich ergänzt, jedoch nicht einschränkt.⁴⁶

IV. Praktische Anwendungsfälle der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft

Als allen EU-Mitgliedstaaten offen stehendes, länderübergreifendes materielles Familienrecht ist das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft sicherlich zunächst ein politisches Symbol. Aber ist das Abkommen über die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft auch rein praktisch der große Wurf, als der es von offizieller Seite dargestellt wird?⁴⁷ Eines ist sicher: Da der neue Güterstand lediglich eine weitere Möglichkeit darstellt, ohne bewährte Rechtsinstitute zu verändern, und er nur gilt, falls ihn die betroffenen Ehegatten bewusst vereinbart haben, schadet es sicher nichts, wenn die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft nationales Recht wird. Dies gilt jedoch mit einer gewichtigen Einschränkung: § 1412 BGB oder ein vergleichbarer Gutgläubensschutz muss auch für diesen Güterstand anwendbar sein. Andernfalls wären inakzeptable Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit die Folge und Manipulationen Tür und Tor geöffnet.

⁴³ Mit *Jäger*, DNotZ 2010, 804, 817 gehe ich davon aus, dass sich die Zehnjahresfrist in Art. 15 auf die Verjährungsfrist und nicht auf den Beginn des Fristlaufs bezieht. Insofern ist die deutsche Fassung des Abkommens aufgrund eines Redaktionsversehens leider missverständlich.

⁴⁴ BT-Drucks. 17/5126, S. 38.

⁴⁵ *Brudermüller*, NJW 2010, 401, 402.

⁴⁶ Zweifelnd jedoch *Jäger*, DNotZ 2010, 804, 818.

⁴⁷ Vgl.: <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/accord-avec-l-alle-magne-instituant-un-regime-matrimonial-optionnel-de-la-participation->: „Cet accord constitue une avancée juridique majeure en matière civile.“

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob es wirklich ein praktisches Bedürfnis für die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft gibt. Aus der Sicht des deutschen Rechts lassen sich die allermeisten Regelungen der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft auch durch Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes des BGB, gegebenenfalls kombiniert mit einer Rechtswahl gemäß Art. 14 Abs. 2 EGBGB, erreichen. Lediglich Ehegatten, welche die spezifischen Verfügungsbeschränkungen der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft wünschen oder denen es – was deutlich wahrscheinlicher ist – auf die Unterschiede für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch den Tod ankommt, bietet die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft außer der von einem länderübergreifenden materiellen Recht ausgehenden Symbolik einen konkreten Mehrwert.

Sollte es den Ehegatten auf die vorgenannten Punkte nicht entscheidend ankommen, wird i. d. R. die Vereinbarung und Modifikation der normalen Zugewinnsgemeinschaft vorzuziehen sein.⁴⁸ Es ist fraglich, ob allein die Existenz identischer Regelungen in beiden Rechtsordnungen mehr Rechtssicherheit und -klarheit bringt als die Anwendung des hergebrachten nationalen Rechts. Zumindest in den Fällen, in denen die Gerichte ihr eigenes nationales Rechts anzuwenden hätten, ist dies sicher nicht der Fall. Auch darf zumindest für die nähere Zukunft bezweifelt werden, ob, wie die Verfasser des erläuternden Berichts zum Abkommen über die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft meinen,⁴⁹ ein Kreditinstitut die Auswirkungen des neuen Güterstandes auf die Verbindlichkeiten und Verfügungsbefugnisse eines Ehegatten besser beurteilen kann als im Falle eines ausländischen Güterstandes. Die Aufnahme lediglich einer Verweisungsnorm in das BGB erleichtert hier nicht gerade den Zugang. Schließlich bleibt die Frage, welche Auswirkungen die (zwar nicht besonders wahrscheinliche, jedoch nach Art. 20 mögliche) Kündigung des Abkommens auf bereits vereinbarte Wahl-Zugewinnsgemeinschaften hat.⁵⁰ Die Wahl-Zugewinnsgemeinschaft wird daher aller Voraussicht nach etwas in gewisser Weise Exotisches bleiben. In Einzelfällen bietet sie dennoch eine interessante Gestaltungsalternative, wobei derzeit freilich zu beachten ist, dass das Abkommen gemäß Art. 19 lediglich für solche Eheverträge gilt, die nach dessen Inkrafttreten geschlossen werden.

⁴⁸ Ebenso *Steer*, notar 2010, 119, 124.

⁴⁹ Der erläuternde Bericht ist als Anlage zur Denkschrift zum Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft abgedruckt in BT-Drucks. 17/5126 (dort S. 18); ebenso die Regierungsbegründung BT-Drucks. 17/5126, S. 7.

⁵⁰ Vgl. oben I.

Rechtssicherer Ehevertrag und steter Wandel – ein unlösbarer Widerspruch?

Von Notarin *Anja Siegler*, Erlangen

Bei dem Beitrag handelt es sich um die nur leicht überarbeitete Redefassung des Festvortrags der Verfasserin im Rahmen des Bayerisch-Pfälzischen Notartages 2011 in Bayreuth.

I. Einleitung

Um die Antwort vorweg zu nehmen: die eine richtige Antwort wird Ihnen dieser Beitrag auf die aufgeworfene Frage nicht geben können.

Die Zeiten, in denen der Vertragsgestalter in die Schublade „vorsorgender Ehevertrag für alle Fälle“ griff, sind – sollte es sie überhaupt je gegeben haben – jedenfalls vorbei.

Wer sich dem Thema nähert, muss sich fragen, wie er die Erwartungshaltung des Lesers zum Thema befriedigt:

Mit Anekdoten über Eheverträge? Einige wären amüsant, andere eher tragisch. Wie die Geschichte eines Kollegen über einen unbedacht eigenmächtigen Ehemann, der mit dem nicht abgesprochenen Entwurf eines Ehevertrages seine Ehe erst ins Wanken brachte.

Unterhaltsam wären sicher auch „Promi-Eheverträge“: Experten schätzen, dass es in Hollywood mittlerweile mehr Ehen mit als ohne Ehevertrag gibt, soweit publiziert mit durchaus illustren Regelungsinhalten:

So wird das Sorgerecht für gemeinsame Haustiere geregelt, das Personal aufgeteilt und werden Zahlungspflichten vereinbart fürs Fremdgehen, positive Drogentests oder Beleidigungen der Schwiegereltern.¹

All das würde uns beim heutigen Thema jedoch nicht wirklich einer Antwort näher bringen. Lassen Sie uns deshalb zunächst gemeinsam zurückblicken.

Wie rechtssicher kann ein vorsorgender Ehevertrag (um den es heute besonders gehen soll) sein? Diese Frage stellt sich nicht erst in den letzten zehn Jahren – in diesen aber verstärkt und mit neuer Aktualität – dem Rechtsgestalter und Rechtsanwender. Wann könnten wir dazu besser ein Zwischenresümee ziehen, als zehn Jahre nach dem Paukenschlag im Familienrecht?²

II. 10 Jahre nach dem Paukenschlag – Ein Rückblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001

Geradezu rechtshistorisch scheint die ehemals ständige Rechtsprechung des BGH zum Ehevertrag, die mit „Vertrag ist Vertrag“ zusammengefasst werden könnte.³ Wer die Freiheit hat, eine Ehe zu schließen, so war die damalige Ansicht, darf sich auch präventiv von allen gesetzlichen Scheidungsfolgen freizeichnen – es sei denn, durch den Verzicht fiel einer

der Ehegatten zwingend der Sozialhilfe anheim.⁴ Nur ausnahmsweise konnte wegen nach Vertragsschluss eingetretener Umstände eine Abmilderung des vertraglich Vereinbarten nach § 242 BGB erhofft werden. Eine Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach heutigem Verständnis fand nicht statt, auch nicht bei Verzichten auf Betreuungsunterhalt, ja nicht einmal bei Schwangeren.⁵

Dann jedoch prasselten die Paukenschläge⁶ (wie der Kollege *Münch* die Entscheidungen wunderbar bildhaft bezeichnete) auf uns herein, insbesondere die beiden grundlegenden Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahre 2001:

In beiden Fällen erteilten die Paukenschläge die späteren Ehemänner der bei Vertragsschluss schwangeren Verlobten. Einmal hatte diese privatschriftlich auf Unterhalt verzichtet und den Ehemann von etwaigem Kindesunterhalt freigestellt.⁷ Im anderen Fall machte der Ehemann einen notariellen Ehevertrag mit Totalverzicht zur Voraussetzung für die Eheschließung.⁸ Beiden Ehemännern nützte vor dem BVerfG eine Berufung auf ihre Eheschließungsfreiheit nichts. Vielmehr prüfte dieses, ob die Vereinbarungen einen Ehegatten unangemessen benachteiligen oder eine ungleiche Verhandlungsposition widerspiegeln. Es urteilte, Eheverträgen seien dort Grenzen zu setzen, wo sie nicht Ausdruck gleichberechtigter Lebenspartnerschaften sind, sondern auf der einseitigen Dominanz eines Ehepartners beruhen.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wandte sich der BGH 2004 in einer Grundsatzentscheidung⁹ von der vollen Ehevertragsfreiheit ab und stellte Grundsätze zu den Stufen der richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf. Seitdem sind uns die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB und anschließende Ausübungskontrolle nach § 242 BGB wohl bekannt und ordnen wir Regelungen nach ihrer Nähe zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts.

Der Ehevertrag erregte nun neue Aufmerksamkeit. Die Instanzgerichte offenbarten in der Folgezeit ganz unterschiedliche Auffassungen darüber, wie denn nun mit der Inhaltskontrolle und den Kernbereichen im konkreten Einzelfall zu verfahren sei. Jedenfalls für den vorsorgenden Rechtsgestalter entbrannte eine für ihn und die Vertragsteile schwer erträgliche Unsicherheit.

⁴ Ausgehend von einer strikten Stichtagsbetrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurde der Vertrag auf Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB geprüft.

⁵ Vgl. bspw. BGH, Beschluss vom 18.9.1996, XII ZB 206/94, NJW 1997, 126 = MittBayNot 1996, 441.

⁶ So *Münch*, MittBayNot 2003, 107.

⁷ BVerfG, Urteil vom 6.2.2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 = MittBayNot 2001, 207 = DNotZ 2001, 222.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 29.3.2001, 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248 = FamRZ 2001, 985 = MittBayNot 2001, 485.

⁹ BGH, Urteil vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, NJW 2004, 930 = MittBayNot 2004, 270 = DNotZ 2004, 550 = DNotI-Report 2004, 46, 54.

¹ Vgl. Handelsblatt, 24.12.2004, www.handelsblatt.com: „Gang zum Notar hat viele Gründe: Nicht nur bei Prominenten beliebt: Der Ehevertrag kommt in Mode.“ Unzählige Veröffentlichungen dazu auch in der Regenbogenpresse.

² So *Münch*, MittBayNot 2003, 107.

³ Vgl. *Brand*, MittBayNot 2004, 221 m. w. N.; *Wönne* in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 617 ff.

Auch die vielen Veröffentlichungen angesehener Fachkollegen konnten nicht darüber hinweg täuschen, dass die Praxis-tauglichkeit der zahlreichen Verfahrens- und Formulierungsvorschläge keinesfalls erwiesen war, sondern diese den Härte-test vor Gericht erst noch hätten bestehen müssen – den aber jeder sorgfältige Vertragsgestalter den Parteien gerade ersparen will.

Ich erinnere in diesem Zusammenhang nur an die anfänglichen Diskussionen darüber, ob die Inhaltskontrolle in gleicher Weise für private oder notarielle Vereinbarungen gilt, oder ob auch Scheidungsfolgenvereinbarungen, bei deren Abschluss die Folgen doch unmittelbar absehbar sind, dem gleichen Maßstab wie die klassischen vorsorgenden Eheverträge unterliegen.¹⁰

Einige der damaligen Fragen können wohl als geklärt gelten, für andere ist die Diskussion immer noch lebhaft im Gange. Und – machen wir uns nichts vor – ständig kommen neue Fragen hinzu.

Was nun aber sind die Faktoren des „steten Wandels“, die besonders auf unsere Eheverträge einwirken?

Lassen Sie mich drei näher schildern: die rechtlichen Rahmenbedingungen, die gesellschaftlichen Realitäten und schließlich die wesentlichen Akteure, nämlich die Vertrags-teile selbst.

III. Die rasante Entwicklung des Familienrechts in Gesetzgebung und Rechtsprechung

Immer wieder haben große Reformen das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht grundsätzlich verändert. Nur einige Änderungen der jüngsten Vergangenheit will ich streifen:

Am 1.9.2009 traten das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs,¹¹ das Gesetz zur Änderung des Zugewinn-ausgleichs- und Vormundschaftsrechts¹² und das FamFG¹³ zeitgleich in Kraft.

Sie alle brachten wesentliche und strukturelle Veränderungen nicht nur im gesamten Verfahrensrecht, sondern auch im geltenden materiellen Recht mit sich.

Vieles ist dabei erfreulich: So ist nach der Neuregelung der §§ 6 bis 8 Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) einhellige Auffassung, dass Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich ausdrücklich erwünscht sind.¹⁴ Durch die Abschaffung der Jahresfrist für Eheverträge¹⁵ und des Genehmigungserfordernisses für Scheidungsvereinbarungen¹⁶ zum Versorgungsausgleich hat der Gesetzgeber den Spielraum für Vereinbarungen erweitert.¹⁷

Damit werden Gestaltungschancen eröffnet. Die Beteiligten werden vom Gesetzgeber ausdrücklich ermutigt, eine ihren Lebensverhältnissen und individuellen Vorstellungen entsprechende vertragliche Regelung an die Stelle des vom Gesetz-

geber abstrakt vorgehaltenen Verteilungsmaßstabs zu setzen. Natürlich bringt dies auch eine neue Verantwortung mit sich.¹⁸ Auf diesen Gesichtspunkt möchte ich noch zurückkommen.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 VersAusglG positiv normiert, dass Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten müssen.

Weniger erfreulich ist, dass er dabei andere Termini als die bisherige Rechtsprechung nutzt, vor allem aber, dass sich für die Praxis dieser Prüfung durch die Gerichte unzählige Fragen stellen.

Teilweise wird angenommen, um eine Kontrolle überhaupt durchführen zu können, müssten in jedem Fall von Amts wegen die Ausgleichswerte bzw. korrespondierenden Kapitalwerte aller Versorgungsansprüche ermittelt und dazu auch alle Auskünfte von Versorgungsträgern eingeholt werden.¹⁹ Betrachten wir allerdings die Gesetzesbegründung, wonach mit der Aufnahme ins Gesetz nur auf die allgemeine Inhaltskontrolle Bezug genommen werden sollte,²⁰ und berücksichtigen wir die systematische Stellung, insbesondere von § 6 VersAusglG, muss richtigerweise lediglich eine Anlassprüfung stattfinden. Was allerdings objektive oder subjektive Anhaltspunkte sind, die eine Prüfung veranlassen, darüber gehen abermals die Meinungen auseinander.²¹ Jedenfalls im Regelfall wird ein dahingehender Vortrag zumindest eines Vertrags-teils gefordert werden dürfen und müssen.

Übrigens bestehen auch darüber, welchen Prüfungsmaßstab nun die Gerichte anzulegen haben, zuweilen Unsicherheiten. In mehreren Urteilen hat der BGH betont, der Versorgungsausgleich sei dem Zugewinnausgleich als gleichberechtigte Teilhabe am erworbenen Vermögensvermögen verwandt und damit ehevertraglichen Dispositionen zugänglich. Schranken ergäben sich insbesondere aus seiner weiteren Funktion als vorweggenommener Altersunterhalt. Nehmen wir ernst, dass der Ausgleich ehebedingter Nachteile²² im Vordergrund steht, darf Prüfungsmaßstab keinesfalls eine Halbteilung sein, sondern muss sich auf eine Missbrauchskontrolle beschränken. Manche gerichtliche Prüfung scheint jedoch noch geprägt von der sehr zurückhaltenden Genehmigungspraxis zu § 1587 o BGB und versteht sich offenbar eher als allgemeine Halbteilungs- oder Leitbildkontrolle.

Bereits zum 1.1.2008 trat das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts in Kraft.²³ Es hat nicht minder grundlegende Umgestaltungen des nachehelichen Unterhalts und Kindesunterhalts mit sich gebracht.

Schon das BGB aus dem Jahre 1896 kannte eine Art Lebensstandardgarantie in Form einer allerdings verschuldensabhängigen Unterhaltspflicht.²⁴ Mit der Einführung des Zerrüttungs-

¹⁰ Vgl. *Münch*, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, Rdnr. 110, der die Diskussion als noch nicht beendet bezeichnet.

¹¹ Vom 3.4.2009 (BGBl. 2009 I, S. 700).

¹² Vom 6.7.2009 (BGBl. 2009 I, S. 1696).

¹³ Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17.12.2008 (BGBl. 2008 I, S. 2586).

¹⁴ Vgl. *Münch*, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, Rdnr. 88 ff.

¹⁵ § 1408 Abs. 2 BGB a. F.

¹⁶ § 1587 o BGB a. F.

¹⁷ So auch *Holzward*, FamRZ 2011, 933.

¹⁸ Vgl. *Münch*, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, Rdnr. 90 m. w. N.

¹⁹ Vgl. bspw. *Ruland*, Versorgungsausgleich, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 849.

²⁰ BT-Drs. 16/10144, S. 52.

²¹ Vgl. zum Diskussionsstand *Münch*, Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich, Rdnr. 138 f. m. w. N.

²² Grundlegend hierzu bspw. BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 = MittBayNot 2006, 44; BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 221/02, NJW 2005, 2391 = DNotZ 2005, 857. Allerdings betont das BVerfG in seinen grundlegenden Entscheidungen auch den Teilhabegedanken.

²³ Vom 21.12.2007 (BGBl. 2007 I, S. 3189).

²⁴ Vgl. *Bömelburg* in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 1; *Gerhardt*, FamRZ 2011, 8, 9.

prinzips 1977 wurde das Unterhaltsrecht angepasst.²⁵ Es sollte eine Kompensation für den Ehegatten bieten, der sich keiner Verfehlungen schuldig gemacht hatte, nun aber eine Scheidung wegen des Zerrüttungsprinzips nicht mehr verhindern konnte. Gerade in der klassischen Einverdienerehe sollte die langfristige Versorgung der geschiedenen Frau abgesichert werden.

Mit einer Lebensstandardgarantie hat das neue Unterhaltsrecht, da sind wir uns sicher einig, nichts mehr zu tun, es setzt auf die pure Selbstverantwortung. Dieses Prinzip versuchte zwar bereits die Unterhaltsreform aus dem Jahre 1986 zu stärken, diese gesetzliche Regelung blieb jedoch nach einhelliger Ansicht von der Rechtsprechung nahezu unbeachtet²⁶ – was ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers wohl mit herausgefordert haben dürfte.

§ 1569 BGB betont in seiner jetzigen Fassung, nach der Scheidung oblige es jedem Ehegatten, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Der Wortlaut des Gesetzes sieht ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis vor.

§ 1570 BGB gewährt nur noch einen Basisunterhalt wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres – eine Verlängerung darüber hinaus bedarf eltern- oder kindbezogener Gründe. Zugleich gibt das Gesetz, das die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung ausdrücklich in die Waagschale wirft, den Vorrang der Eigen- vor der Fremdbetreuung für über Dreijährige auf.

Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt allerdings, dass durchaus noch ganz unterschiedliche Auffassungen vom Übergang der Eigenbetreuung in die Fremdbetreuung mit voller Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsberechtigten bestehen. Insbesondere Instanzgerichte tun sich offenbar teilweise noch immer schwer mit der Absage an ein generalisierendes Altersphasenmodell und der nun nötigen, ganz individuellen Einzelfallbetrachtung.²⁷

Aktuelle Entscheidungen des 12. Senats lassen jedoch keinen Zweifel: Derzeit geltendes Unterhaltsrecht ist Maßstab. Kind- und elternbezogene Gründe für eine Verlängerung des Basisunterhalts sind vom Unterhaltsberechtigten konkret darzulegen und zu beweisen. Auch wenn die gesetzliche Neuregelung keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollzeiterwerbstätigkeit verlangt, sind nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers frühere Altersphasenmodelle unhaltbar. Der BGH meint es ernst mit der jetzigen Fassung des § 1570 BGB.²⁸

Diese weitgehenden Veränderungen des Unterhaltsrechts sind auch deshalb so bemerkenswert, weil sie Ehen ohne jede Unterscheidung treffen. Der Gesetzgeber hat sich gegen einen generellen Vertrauensschutz für Althehen entschieden. Wird in einer solchen Ehe nunmehr erstmals das Thema Scheidungsunterhalt virulent, sehen sich beide Ehegatten mit einem gänzlich anderen Unterhaltsrecht konfrontiert als bei ihrer

Eheschließung. Dafür gab es viel Kritik.²⁹ Der Gesetzgeber hat jedoch entschieden und diese ausdrückliche Entscheidung muss nun auch akzeptiert und umgesetzt werden.

Es entspricht ebenso der verfolgten Absicht des Gesetzgebers, sich in weiten Teilen des neuen Unterhaltsrechts auf konkretisierungsbedürftige Grundaussagen und Generalklauseln zu beschränken und damit den Gerichten einen relativ breiten Spielraum für den Einzelfall, für konkrete Billigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen zu geben.³⁰ Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung hat allerdings gerade das BVerfG zur Dreiteilungsmethode des BGH aufgezeigt.³¹

Diesen Willen des Gesetzgebers zeigt auch die Gesetzesfassung des § 1578 b BGB zur Möglichkeit der Befristung und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts. Es erstaunt deshalb nicht, dass diese Gegenstand zahlreicher Entscheidungen ist. Während die Auswertung der einschlägigen BGH-Urteile mittlerweile schon eine ganz gute Orientierung zu bieten vermag,³² deutet die insgesamt hohe Zahl an veröffentlichten Entscheidungen, insbesondere der OLGs, darauf hin, dass es noch erhebliche Unsicherheiten bei der Anwendung des neuen Rechts gibt.³³ Die Kriterien zur erforderlichen Billigkeitsabwägung im Einzelfall werden in der Literatur sicher zu Recht als „bunt“³⁴ bezeichnet und machen eine Kategorisierung schwer.³⁵

Betrachten wir allein die Vorstellungen der Gerichte von der Schonfrist, während derer Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu gewähren ist, zeigen sich erhebliche Unterschiede: So wurden nach siebzehnjähriger Ehe ohne ehebedingte Nachteile ebenso vier Jahre Schonfrist ausgeurteilt wie nach fünfundzwanzigjähriger Ehe mit drei Kindern.³⁶

Bitte verstehen Sie mich nicht falsch: Es geht keinesfalls um Richterschelte, es geht darum, die richtigen Schlüsse für die vorsorgende Rechtspflege zu ziehen und sensibel zu sein, wo später Fallstricke lauern könnten oder wo Vereinbarungen der Vertragsteile zu empfehlen sind, wenn sich die Vertragsteile nicht auf die spätere Einschätzung eines Gerichts verlassen wollen. Deshalb möchte ich auch nicht mehr näher eingehen auf Einzelentscheidungen aus der Anfangszeit der Inhaltskontrolle, die uns Gestaltern so manches Kopfzerbrechen bereitet haben, weil sie so unkalkulierbar schienen.³⁷

²⁹ Vgl. bspw. *Schwab*, Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses am 16.10.2006 in Protokoll der 28. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 172 ff.

³⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 13.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, FamRZ 2011, 437 ff. m. Anm. *Borth*.

³² Darauf weist *Wellenhofer*, FamRZ 2011, 685 ff., 692, zu Recht hin.

³³ So *Wellenhofer*, FamRZ 2011, 685 ff., 692.

³⁴ So in *Büttner/Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl. 2010, Rdnr. 1068.

³⁵ Allerdings werden die Rufe danach lauter: Der 18. Deutsche Familiengerichtstag hat sich dafür ausgesprochen, die Schonfrist auf ein Drittel bis ein Viertel der Ehezeit zu beschränken und bei der Billigkeitsabwägung längere Zeiten der Zahlung von Getrenntlebensunterhalt zu berücksichtigen. Dies enthebt die Gerichte allerdings nicht der gebotenen Einzelfallprüfung der Billigkeit, worauf *Büttner/Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl. 2010, Rdnr. 1068, zu Recht hinweisen.

³⁶ Vgl. *Büttner/Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl. 2010, Rdnr. 1068.

³⁷ Etwa ein Urteil des OLG Karlsruhe, in dem im Wege der Ausübungskontrolle bei Unterhaltsansprüchen aus dem Rand des Kernbereichs die Ehefrau anstelle der entsprechend Besoldungsgruppe A 3 vereinbarten Höhe ein zweifaches Grundgehalt dieser Besoldungsgruppe sollte verlangen können, OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.7.2004, 16 UF 238/03, DNotI-Report 2004, 146.

²⁵ Das 1. EheRG vom 14.6.1976 trat mit Wirkung zum 1.7.1977 in Kraft. Auch dieses sah übrigens keine Übergangsregelung für Althehen vor. Vgl. zum Ganzen *Bömelburg* in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 2.

²⁶ So wörtlich *Bömelburg* in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 2 m. w. N.

²⁷ Vgl. bspw. die Zusammenfassung von *Götz*, FPR 2011, 149, mit durchaus kritischen Untertönen. Vgl. auch *Löhnig/Preisner*, die dem BGH eine Abschaffung kindbezogener Verlängerungsgründe und eine Verschärfung der Ideologisierung, die der Gesetzgeber begonnen hat, unterstellen, in FamRZ 2011, 1537.

²⁸ Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 2.2.2011, XII ZR 11/09 = FamFR 2011, 392; BGH, Urteil vom 30.3.2011, XII ZR 3/069, NJW 2011, 1582; BGH, Versäumnisurteil vom 15.6.2011, XII ZR 94/09, NJW 2011, 2646 = MittBayNot 2011, 497; BGH, Urteil vom 1.6.2011, XII ZR 45/09, FamRZ 2011, 1209.

Klar ist: Nur die wenigsten Beteiligten wollen und werden den Instanzenzug bis zum BGH beschreiten. Deshalb möchte ich an die Rechtsprechung appellieren: Eheschließende und Vertragsteile müssen die Gewähr haben, dass sich möglichst bald in allen Instanzen und trotz der unbestrittenen richterlichen Unabhängigkeit eine zunehmend klare Linie abzeichnet, wie viel naheheuliche Solidarität in welchem Fall erwartet wird und welche Inhalte wir in Eheverträgen missbilligen und korrigieren oder gar verwerfen. Erst ab einer gewissen Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit kann ein Paar entscheiden, welche Scheidungsfolgen es als für sich angemessen hält, über welche es selbst anders bestimmen möchte und welcher Rahmen dafür zulässigerweise zur Verfügung steht.

Lassen Sie mich diesen Teil mit der Anmerkung schließen, dass es zumindest der BGH mit dem neuen Unterhaltsrecht absolut ernst meint. „Der Wind scheint (...) rauer zu werden“, bringt es auf den Punkt.³⁸ Dies und die neuen gesetzlichen Vorgaben gilt es zu beachten.

Als Hauptgründe für die jüngsten Änderungen des Familienrechts werden gesellschaftliche Veränderungen und der allgemeine Wertewandel genannt.³⁹ Lassen Sie uns deshalb nun auch diesen Aspekt näher betrachten.

IV. Gar nicht so verwandelt, oder doch? Gesellschaftliche Realitäten

Einige der Fakten in diesem Zusammenhang sind schon fast Allgemeinplätze:

- Es wird immer später geheiratet.

Während 1991 das durchschnittliche Heiratsalter bei rund 32 Jahren lag, wurde 2009 erst mit gut 37 Jahren, also im Durchschnitt etwas mehr als fünf Jahre später, geheiratet.⁴⁰

- Es wird immer weniger geheiratet.

Während 1990 rund eine halbe Million Ehen geschlossen wurden, waren es seit 2001 immer deutlich unter 400.000 – Tendenz weiter abnehmend.⁴¹

- Es wird immer wahrscheinlicher, dass die Ehe geschieden wird.

Während rechnerisch vor 40 Jahren unter 20 % der Ehen, bezogen auf die Zahl der im gleichen Jahr geschlossenen Ehen, geschieden wurden, traf es im Jahr 2008 rechnerisch bereits mehr als jede zweite Ehe.⁴² Für eine Ehedauer von 0 bis 25 Jahren betrug die zusammengefasste Scheidungsziffer 2009 rund 38 %, also mehr als ein Drittel der Ehen.⁴³ Zählen Sie ruhig einmal in Ihrem Freundes- oder Bekanntenkreis durch!

Immerhin: Die durchschnittliche Ehedauer bis zur Scheidung hat sich etwas verlängert: Hielt man es 1990 11,5 Jahre miteinander aus, reichte es 2009 schon für etwas mehr als 14 Jahre.⁴⁴

³⁸ So Götz, FPR 2011, 149.

³⁹ Vgl. Kemper, Das neue Unterhaltsrecht, Rdnr. 2, m. w. N.

⁴⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, erschienen 2011, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Fachserie 1, Reihe 1.1, 2009, S. 133.

⁴¹ Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, erschienen 2011, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Fachserie 1, Reihe 1.1, 2009, S. 134.

⁴² Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, erschienen 2011, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Fachserie 1, Reihe 1.1, 2009, S. 35.

⁴³ Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, erschienen 2011, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Fachserie 1, Reihe 1.1, 2009, S. 162.

⁴⁴ Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, erschienen 2011, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Fachserie 1, Reihe 1.1, 2009, S. 162.

Meist beantragt (spätestens dann) die Frau die Scheidung.

Für uns ist das Risiko klar – allerdings verhalten Hinweise darauf häufig ergebnislos. Das glückliche Paar ist sicher, dass die Liebe für immer hält. Verträge seien unromantisch. Sie stehen im Verdacht, das Ende der Ehe heraufzubeschwören. Ohnehin sei man ja heute modern und aufgeklärt und könne sich auch im Falle eines Falles noch gütlich einigen. Und außerdem: Nur eine gleichberechtigte Teilung von Erwerbs- und Familientätigkeit komme doch heutzutage in Frage.

Aber ist das auch realistisch? Auch noch, wenn das erste Kind geboren ist? Ergebnisse langfristiger Untersuchungen zu Zeitbudgets, Zeitverwendung und Entlohnung bestätigen unser Gefühl: Nach wie vor ist die Belastung von Frauen und Männern durch Leistungen im Beruf, für Haushalt und Familie in Deutschland (und dem europäischen Ausland) ungleich verteilt.⁴⁵

Erfreulicherweise (jedenfalls aus Sicht der Frauen) gibt es eine Tendenz hin zu einer stärker gleichberechtigten Teilung unbezahlter Arbeit.⁴⁶ Gerade für Deutschland muss sich jedoch etwaige feministische Euphorie in Grenzen halten: 2002 beispielsweise verwendeten Männer nicht wesentlich mehr Zeit als Anfang der 1990er Jahre für unbezahlte Arbeiten. Frauen arbeiteten immer noch täglich zwischen einer Dreiviertelstunde und 4 ¼ Stunden mehr im Haushalt. Allerdings reduzierten Frauen ihren Zeitaufwand für die Arbeiten in Haushalt und Familie im Verlaufe dieser gut zehn Jahre um knapp 10 %. Das könnte an der abnehmenden Kinderzahl und der stärkeren Wahrnehmung angebotener Kinderbetreuungs-möglichkeiten liegen, so einige Erklärungsversuche.

Auch auf skurrile Zahlen stößt man übrigens bei der Vorbereitung so eines Festvortrags: Frauen in Paarhaushalten wenden für die Wäschepflege täglich über eine halbe Stunde auf. Und Ihre Partner? Wollen Sie raten? Durchschnittlich nur zwei Minuten!⁴⁷

Eine ganz andere, wirtschaftliche Realität holt Paare ein, die bei vergleichbarer Ausbildung auch vergleichbare Erwerbschancen zu haben meinen: der sogenannte Gender Pay Gap, sprich: geschlechtsspezifisch unterschiedliche Entlohnung.⁴⁸

Wieder die gute Nachricht zuerst: Der Abstand bei der Erwerbsbeteiligung von Frauen und Männern hat sich seit den 1990er Jahren deutlich verringert.⁴⁹

Allerdings: Der durchschnittliche Bruttostundenverdienst von Frauen lag 2009 um 23 % niedriger als der Verdienst der

⁴⁵ Vgl. bspw. Studie des Statistischen Bundesamts, „Wo bleibt die Zeit“, 2003. Weiterführend: Sellach/Enders-Dragässer/Libuda-Köster, Besonderheiten der Zeitverwendung von Männern und Frauen, 2005.

⁴⁶ Hier: im Vergleich von 1991/1992 zu 2001/2002. Unbezahlte Arbeit umfasst dabei vor allem Hausarbeit, Kinderbetreuung und Pflege, aber auch ehrenamtliche Tätigkeiten und soziale Hilfeleistungen, Gartenarbeit, Tierpflege, Bauen und handwerkliche Tätigkeiten, Haushaltsorganisation und Wegezeiten für Haushalt und Familie. Vgl. Studie des Statistischen Bundesamts, „Wo bleibt die Zeit“, 2003.

⁴⁷ Vgl. Wirtschaft und Statistik 1/1006.

⁴⁸ Der Gender Pay Gap beschreibt den prozentualen Unterschied zwischen abhängig beschäftigten Männern und Frauen beim durchschnittlichen Bruttostundenverdienst. Beschäftigte in der Landwirtschaft, im öffentlichen Dienst sowie in Betrieben mit bis zu zehn Beschäftigten wurden nicht berücksichtigt. Vgl. Statistisches Bundesamt, „Qualität der Arbeit. Geld verdienen und was sonst noch zählt“, 2010, S. 14.

⁴⁹ Im Jahr 1991 lag der Frauenanteil noch bei 42 % und ist bis zum Jahr 2009 um vier Prozentpunkte auf 46 % angestiegen. Vgl. Statistisches Bundesamt, „Qualität der Arbeit. Geld verdienen und was sonst noch zählt“, 2010.

Männer. In Euro ausgedrückt: Männer verdienen seit Jahren konstant 19,40 € pro Stunde, Frauen nur 14,90 €, also glatte 4,50 € weniger.⁵⁰ Seit 2002 ist der Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern fast konstant. Das Ziel der Bundesregierung, den Verdienstabstand bis zum Jahr 2010 auf 15 % deutlich zu senken, wurde damit weit verfehlt.⁵¹

Nun ist der Verdienstabstand zwischen Männern und Frauen natürlich nicht allein ein Indiz für mangelnde Gleichbehandlung, er hat vielfältige Ursachen. Frauen und Männer unterscheiden sich in ihren Erwerbsbiografien und der Wahl von Berufsfeldern. Auch dies führt zu unterschiedlichen Karriereverläufen und Verdienstunterschieden.

Zu den relevanten gesellschaftlichen und sozio-ökonomischen Faktoren gehören auch Geburtenraten, das Angebot an Betreuungsplätzen und viele weitere. Sie alle prägen entscheidend die Lebensumstände, in denen unsere Eheverträge heute spielen und morgen noch passen sollen. Natürlich sind auch diese Faktoren Änderungen unterworfen – allerdings zu meist nicht so raschen, wie so manches junge Paar uns und vielleicht auch sich selbst glauben machen will.

Und damit wären wir bereits bei einer weiteren Unbekannten, wenn es um die rechtssichere Gestaltung eines Ehevertrages geht: Den Vertragsteilen.

V. Die Vertragsteile

Ohne sie ist kein Vertrag, damit auch kein Ehevertrag, denkbar.

Frage ich in einer Beratung nach dem Grund für den Wunsch nach einem Ehevertrag, stoße ich zunächst häufig (wie Sie alle vermutlich auch) auf grundlegende Fehlvorstellungen: Etwa der anfänglich geäußerten Auffassung, es sei Gütertrennung zu vereinbaren, um eine Haftung für die Schulden des anderen Ehegatten auszuschließen.

Sicher jedem Vertragsgestalter sind in der Praxis schon zahlreiche solcher Fehlvorstellungen über Wesen und Bedeutung des heutigen gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft begegnet. Hier erscheint die bereits 1960 in einem Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern geäußerte Erwartung, die gewählte Bezeichnung Zugewinngemeinschaft werde richtig aufgefasst und sich einbürgern, sie sei einprägsam und auch für nicht Rechtskundige genügend klar,⁵² vielleicht etwas zu optimistisch.

Oder die irriige Annahme, nach der Heirat sei keine erbrechtliche Regelung mehr erforderlich, da der Ehegatte ohnehin Alleinerbe werde.

Da hilft häufig erst einmal nur intensive Beratung. Die nicht selten dazu führt, dass dann gar keine ehevertragliche Vereinbarung mehr geschlossen wird, sondern ein gemeinschaftliches Testament oder ein Erbvertrag – und vielleicht noch gegenseitige Vorsorgevollmachten. All den Kollegen, die vor Ort mit großem Einsatz und häufig ohne direkte Entlohnung in Vorträgen mit derartigen Fehlvorstellungen aufzuräumen helfen, kann gar nicht genug gedankt werden.

Überhaupt die Beratung: Lassen Sie uns in diesem Zusammenhang einen kurzen Blick auf die Realität der Vorbereitung

und Beurkundung von Eheverträgen werfen. Soweit Sie nicht ohnehin geschätzter Notarkollege sind, sei die Frage erlaubt, wann und in welchem Zusammenhang Sie zuletzt bei einem Notar (oder einer Notarin) waren.

Wer einmal eine kurze Vereinsregisteranmeldung unterzeichnet oder mit der eigenen Aussage „Das kenne ich schon, das habe ich bei meinem Haus genauso gemacht“ eine Grundschuld bestellt hat, kann dies sicher nicht vergleichen mit den Herausforderungen für den Vertragsgestalter bei der Vorbereitung eines Ehevertrages.

Allzu häufig wird der Notar als Problembereiter, nicht als Problemlöser wahrgenommen, wenn er den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts aufzeigt und eine ausgewogene Vertragsgestaltung anmahnt. Nicht selten wird dies von den Beteiligten als Bevormundung oder Einmischung in ihre ganz eigene Vorstellung von den künftigen ehelichen Lebensverhältnissen empfunden.

Erst recht, wenn der Notar nachfragt, ob vielleicht eine der Anwesenden gerade schwanger sei oder wieviel denn jeder Ehegatte derzeit und in Zukunft verdiene oder wie überhaupt die Betreuung der künftigen gemeinsamen Kinder im Detail aussehen solle. So manches Paar reagiert da eher mit Empörung als mit Dankbarkeit ob der gründlichen Aufklärung des Sachverhalts durch den Notar.

Und dabei machten es die Entscheidungen der Rechtsprechung zu den Eheverträgen Schwangerer aus meiner Sicht nicht gerade leichter. Nicht nur ein Kollege gab seinerzeit den Rat, unbedingt eine mögliche Schwangerschaft zu eruieren.⁵³

Eine Schwangerschaft reicht zwar laut BGH für sich genommen noch nicht, eine Nichtigkeit des Ehevertrages festzustellen. Aber sie indiziert eine Disparität bei Vertragsschluss, das heißt, sie führt zwingend zu einer verstärkten richterlichen Kontrolle.⁵⁴ Das hat für mich den faden Beigeschmack einer Art „minderen Geschäftsfähigkeit von Schwangeren“.

Und wer schon einmal taktvoll versucht hat, eine junge Dame nach einer eventuellen Schwangerschaft zu befragen, bei der der Anschein vielleicht Anlass zur Frage gab, weiß, von welchen Herausforderungen ich hierbei spreche ...

Natürlich, meine sehr geehrten Damen und Herren Kollegen, ist aber genau das unsere erste Aufgabe bei der Gestaltung von Eheverträgen: der Seiltanz zwischen gründlicher und einfühlsamer Ermittlung der Vereinbarungsgrundlagen und des Parteiwillens. Und wir tun gut daran, den Schutz, den das notarielle Verfahren jedem Vertragsteil bieten kann, gerade beim Abschluss von Eheverträgen voll zu entfalten. Etwa Vorbesprechungen (außer natürlich in begründeten Ausnahmefällen) regelmäßig mit beiden Vertragsteilen zu führen, den Vertragsentwurf an beide zu verschicken und eine Bedenkzeit zwischen Anmeldung und Beurkundung anzumahnen.

Allerdings, ich sagte es schon: Gedankt wird Ihnen das in den wenigsten Fällen. Das Brautkleid liegt bereit, der Blumenschmuck ist bestellt – ach Schatz, wollten wir nicht noch zum Notar? Wenn Sie da für eine Verlangsamung des Verfahrens plädieren, wird Ihnen glatt Ihre Dienstleistungsbereitschaft abgesprochen. Oder wenn Sie darauf bestehen wollen, dass ein Dolmetscher zugezogen wird: Beide Eheleute überbieten sich in dem Versuch, Sie davon zu überzeugen, das sei völlig überflüssig.

⁵⁰ Vgl. Statistisches Bundesamt, „Qualität der Arbeit. Geld verdienen und was sonst noch zählt.“, 2010.

⁵¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, „Qualität der Arbeit. Geld verdienen und was sonst noch zählt.“, 2010.

⁵² Vgl. § 1363 BGB, Anm. 2, in: „Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.“

⁵³ Vgl. *Münch.*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 1. Aufl. 2004, Rdnr. 1552.

⁵⁴ Vgl. *Wönne* in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 618.

Bitte machen Sie sich klar: Wir stören. Wir sprechen von Tod, Trennung und Scheidung, häufig gerade dann, wenn die Paare mehr denn je davon überzeugt sind, gerade ihnen werde solches nie im Leben widerfahren. Es ist Vorsicht geboten, wenn Sie die rosarote Brille eines Paares lüften wollen, wenn es gerade kurz vor dem Traualtar steht. Und sich gegenseitig bestärkt, man müsse heutzutage eben über einen Ehevertrag nachdenken, das sei jedoch kein Zeichen des Misstrauens oder der fehlenden Zuversicht in das Gelingen der Ehe. Was natürlich zutrifft: In allen möglichen Bereichen sichern wir uns vertraglich ab und empfinden dies als ganz normal. Nur: romantisch ist es eben bei uns Notaren selten.

Und dann blicken wir doch einfach zehn oder zwanzig Jahre in die Zukunft. Erst kam der Ehevertrag und dann: das Leben! Ganz anders als geplant. Schatz, hatte nicht der Notar was von einer Anpassung gesagt? Nach meiner Erfahrung ist allerdings die Zahl derer, die tatsächlich Aktualisierungen ihres Ehevertrages vornehmen, verschwindend gering.

Müssen wir also doch zugeben, dass der Ehevertrag kaum mithalten kann mit der Dynamik des ihn allseits umgebenden Wandels?

Lassen Sie uns dazu im Folgenden einen Blick in die Zukunft werfen und mich vier Thesen über die Herausforderungen bei der Gestaltung von „modernen“ Eheverträgen – wie ich sie im Folgenden nennen will – wagen.

VI. Vier Thesen zur Gestaltung „moderner“ Eheverträge

1. Erste These: Der Wandel gehörte schon immer zum Familienrecht. Auch die Inhaltskontrolle ist weniger neu als gedacht.

Das Bayerische Oberste Landesgericht⁵⁵ entschied einst, dass die Zuweisung der gesamten Errungenschaft an die Frau unvereinbar sei mit der Stellung des Mannes als Haupt der Familie und seiner Verpflichtung, den ehelichen Aufwand zu tragen.⁵⁶

1960 wurde zu einem anderen Fall kommentiert: Die Wirksamkeit einer Einigung der Ehegatten⁵⁷, dass auch die Frau erwerbstätig sein dürfe, könne „nicht bezweifelt werden“, „solange nicht etwa die Interessen der gemeinsamen Kinder beeinträchtigt werden“.⁵⁸

Warum erzähle ich Ihnen das? Weil ich Ihnen zeigen will, dass das Familienrecht immer schon ein dynamisches Rechtsgebiet war, das besonders eng mit gesellschaftlichen Auffassungen und einem jeweiligen Grundkonsens über die Rollenverteilung der Ehepartner verbunden ist. Und wenn wir nun aktuell behaupten, das jetzige Unterhaltsrecht gebe kein bestimmtes Ehebild vor, jeder sei in der Ausgestaltung der Ehe frei, wird uns das in fünfzig Jahren vielleicht ebenso seltsam vorkommen wie vorstehende Rechtsansichten heute. Zumal die Frage natürlich erlaubt sein muss, was eigentlich derzeit unser gesellschaftlicher Grundkonsens ist und wie schnell, wir sprachen schon davon, sich die tatsächlichen Verhältnisse anpassen.

⁵⁵ Vgl. BayObLG 34, 253.

⁵⁶ Vgl. § 1408 BGB, Anm. 20 in: „Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.“

⁵⁷ Im Zusammenhang mit § 1356 BGB in seiner damaligen Fassung.

⁵⁸ Vgl. § 1356 BGB, Anm. 12 in: „Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.“

Typisch für unsere Zeit – nicht nur im Familienrecht – ist die Tendenz zu immer stärkerer Individualisierung. Typisch für das Familienrecht waren und sind jedoch auch immer schon emotionale Diskussionen über zugrunde zu legende Leitbilder.

Die Inhaltskontrolle ist in den letzten zehn Jahren unabdingbarer Bestandteil des Ehevertragsrechts geworden. Aber wir kennen ähnliche Prüfungsmaßstäbe schon lange bei anderen Schuldverhältnissen. Eine Missbrauchskontrolle und die Anpassung von Eheverträgen, die wir als „unanständig und ungerecht“ empfinden, werden nicht zu einer andauernden breiten Diskussion führen, ob ein Ehevertrag überhaupt Sinn macht oder ob er als rechtssicher gelten kann.

Allerdings muss an die Politik und die Rechtsprechung appelliert werden: Trotz allen Wandels muss das Scheidungsfolgenrecht eine verlässliche Komponente sein. Der Gesetzgeber sollte sich mit vorschnellen Korrekturen oder einem „großen Zurückrudern“ beim Unterhaltsrecht, wie es bereits publikumswirksam nicht nur von Politikern gefordert wird, bedachtvoll zurückhalten.

Das Vertrauen, sich auf einen in guten Tagen geschlossenen Ehevertrag in schlechten Tagen auch wirklich verlassen zu können, muss beim rechtssuchenden Publikum wieder wachsen. Einstmals einvernehmlich gewollte Abweichungen vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht sollte kein Gericht von schneller Hand ersetzen durch die eigene Auffassung von einer angemessenen Regelung. Erst recht nicht, wenn die Vertragsteile anschließend auf das dann aktuell geltende gesetzliche System verwiesen werden sollen, das unter Umständen erheblich von den Normierungen zum Zeitpunkt der Eheschließung oder des Abschlusses des Ehevertrages abweicht. Spätere Vertragsreue darf sich nicht lohnen. Es muss bei einer Missbrauchskontrolle bleiben. Ansonsten setzen wir nicht nur den Grundsatz der Vertragstreue, sondern auch das Vertrauen in die Beständigkeit unserer Rechtsordnung aufs Spiel.

Zu unserer Beruhigung also – im Familienrecht gilt seit jeher: Beständig ist der Wandel. Gewarnt werden muss jedoch vor einer zunehmenden Schnellebigkeit und Sprunghaftigkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen einer Ehe oder Scheidung.

2. Zweite These: Der moderne Ehevertrag ist komplexer geworden.

Ein Ehevertrag ist ein auf Dauer angelegtes Vertragswerk. Um mit dem Wandel mithalten zu können, sollte er, wie jedes andere Dauerschuldverhältnis, mögliche Änderungen bereits berücksichtigen und Anpassungsmöglichkeiten bieten.

Dies wird natürlich umso schwerer gelingen, je unvorhersehbarer das eintretende Ereignis bei Vertragsschluss ist. Klassische Störfallvorsorge ist allerdings eine unserer Paraderollen als Notar. Zumindest klassische Anlässe für ergänzende Vereinbarungen können wir überhaupt erst ins Spiel bringen (etwa die Geburt eines Kindes).

Und dann kommt unser geballtes Handwerkszeug zum Einsatz. Schon der Begriff „Kautelenkombination“ ist komplex. Die zur Verfügung stehenden Instrumentarien sind es nicht minder.

So kann beispielsweise statt eines umfänglichen Versorgungsausgleichsverzichts ein durch die Einschränkung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten auflösend bedingter geschlossen werden. Oder es werden Modifizierungen vereinbart, etwa die Herausnahme einvernehmlicher oder tatsächlicher

Familienzeiten (auch bei dieser Entscheidung beginnen bereits Gestaltungsüberlegungen⁵⁹) aus dem Verzicht.

Die Kunst besteht in der Formulierung, die einerseits präzise, andererseits umfassend sein muss. Zahlreiche Formulierungsvorschläge zeigen die Fülle der möglichen Alternativen. Und am Ende sollte zudem ein Vertragstext herauskommen, den unsere Beteiligten noch zu verstehen vermögen.

Zahlungsverpflichtungen können dynamisiert und wertgesichert werden.⁶⁰ Ob Wertsicherungsklauseln Mittel der Wahl im Ehevertrag sind, ist allerdings Sache des Einzelfalls.⁶¹ Im Rahmen einer modifizierenden Unterhaltsvereinbarung etwa löst eine reine Wertsicherung die Vereinbarung von unterhaltsrechtlichen Begriffen des Bedarfs einerseits und der Leistungsfähigkeit andererseits und kann Unklarheiten in der Abgrenzung zu gesetzlichen Anpassungsmöglichkeiten heraufbeschwören.

Beliebt sind Dynamisierungen in Form sog. Belohnungsklauseln dem Vernehmen nach insbesondere in Promi-Eheverträgen.⁶² Die pauschale Abfindung des Zugewinns steigert sich betragsmäßig mit der Dauer der Ehe. Nur böse Zungen behaupten, es habe einen schnöden Charakter, dass mehr Geld bekomme, wer es länger aushalte.

Was die Anpassung an eine beabsichtigte Rollenverteilung betrifft, die mit einem Basisunterhalt beim Betreuungsunterhalt von drei Jahren nicht auskommen möchte, wird es noch komplexer. Verbreitet waren Stimmen, die nach der Reform des Unterhaltsrechts gerade Frauen als immer noch Hauptbetreuungspersonen der Kinder rieten, sich nicht ohne eine anspruchsbegründende Vereinbarung auf eine ungleichberechtigte häusliche Aufgabenverteilung einzulassen.⁶³ Der Königsweg schien klar: Eine unterhaltsbegründende Vereinbarung muss her!

Wer dem neuen Unterhaltsrecht jedoch nun generell damit beizukommen sucht, muss einkalkulieren, dass der Verzicht auf eine eigene Erwerbstätigkeit rückblickend unabänderbar ist – auch wenn sich der Zahlungstitel später als wirtschaftlich weniger erfolgreich herausstellt als bei seiner Schaffung gedacht. Die Vereinbarung wird nur so gut sein wie die Bonität des späteren Unterhaltsschuldners und sie wird vielleicht – gerade wenn eine zweite Familie und minderjährige Kinder hinzukommen – nicht die Sicherheit bieten können, die sich der oder die Berechtigte von ihr versprochen hat. Im Mangel-fall wird sie eben vielleicht doch die eigene Erwerbsmöglichkeit und das eigene berufliche Fortkommen nicht ersetzen können.

⁵⁹ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.2.2011, XII ZR 108/09, Mitt-BayNot 2011, 232, wonach auch eine nicht einvernehmliche Aufgabe des Arbeitsplatzes während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich ein ehebedingter Nachteil ist.

⁶⁰ Auf die juristische Ausgestaltung von Wertsicherungsklauseln kann hier naturgemäß nicht eingegangen werden. Auf Abhandlungen und Kommentierungen hierzu sei verwiesen, vgl. bspw. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3254 ff.

⁶¹ Darauf weisen *Kilger/Pfeil* in *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich Ehescheidung, 9. Aufl. 2009, in Teil 5, G., Rdnr. 405 ff., zu Recht auch für Unterhaltsvereinbarungen hin.

⁶² Aber nicht nur dort: Auch der Westfälisch-Lippische Landwirtschaftsverband empfahl dies seinen Mitgliedern 2007 explizit. Vgl. Frauen in der Landwirtschaft, Der Bund für's Leben, Die Gestaltung des Ehevertrages, herausgegeben vom Westfälisch-Lippischen Landwirtschaftsverband e. V., 48143 Münster, 2007.

⁶³ Vgl. Pressemitteilung des Bayerischen Notarvereins e. V., März 2008, unter dem Titel: Nicht ohne (m)einen Ehevertrag! Neues Unterhaltsrecht schränkt Ansprüche erziehender Mütter ein. Schutz bietet ein notarieller Ehevertrag.

Ich persönlich fühle mich jedenfalls derzeit gefordert, gerade jungen Frauen große Aufmerksamkeit für ihren eigenen beruflichen Werdegang anzuraten. Erst recht, wenn ich die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle zugunsten des Verpflichteten einbeziehe.⁶⁴ Die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2008 war Grundlage neuer Spekulationen und ließ sachkundige Kollegen schon befürchten, Unterhaltsvereinbarungen, die den Unterhaltspflichtigen belasten, blieben nur für den „Fall des armen Poeten auf dem Dachboden im Bett unter dem Regenschirm, der nach eingehender Belehrung ohne Schwangerschaft und ohne jeden Druck mit weniger als dem Mindesteinkommen auskommen will“.⁶⁵

Allerdings, es bleibt wohl Realität, werden Frauen, die meinem Rat folgen, wegen der hinterher hinkenden gesellschaftlichen Realitäten vorhersehbar in besonderer Weise die Doppelbelastung von Familie und Beruf kompensieren müssen.

Ebenfalls zum Thema Anpassungsklauseln gehört sicher das Thema der Lückenfüllung. Ich möchte nicht die fundiert und ausführlich geführte Diskussion über die Berechtigung oder Entbehrlichkeit von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen wiederholen. Ich denke, klargestellt werden muss auf jeden Fall, welche Regelungen miteinander „stehen und fallen“ und was im Falle einer etwaigen Teilnichtigkeit des Ehevertrages gelten soll.⁶⁶

Alles in allem sehen Eheverträge heute wesentlich häufiger komplexere Regelungen für verschiedene Zukunftsszenarien vor.

Damit geht einher:

3. Dritte These: Der moderne Ehevertrag ist individuell wie nie zuvor.

Der Ehevertrag als – wie spitze Zungen behaupten – „umfassendes Verzichtsinstrument gegen Frauen“ hat (hoffentlich) ausgedient. Gerade wegen der größeren Brüche in den Lebens- und Berufswegen, der wachsenden Mobilität der Menschen, der steigenden Zahl von Scheidungen und Patchwork-Familien werden zunehmend individuelle Lösungen gefragt sein. Dies lässt auch die neuere Diskussion in der Fachwelt über den Wandel des Ehevertrages und der Ehevertragstypen erkennen.

Manches sind nach meiner Ansicht überaus innovative Ideen, wie etwa das „Ein-Topf-Modell“ des Kollegen *Kornxl* zur Vermögensteilhabung in der Diskrepanztheorie: Jeder Ehegatte zahlt seinem Einkommen angemessene, vorher festgesetzte Anteile seines Einkommens in einen gemeinsamen Topf. Aus diesem wird gewirtschaftet. Überschüsse werden am Ende des Monats geteilt und stehen jedem Ehegatten zum eigenen Vermögensaufbau zur Verfügung. Im Falle einer späteren Scheidung bleibt im Gegenzug der Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Das Modell scheint mir relativ einfach und fair.⁶⁷

Anderes bedarf vielleicht intensiveren Nachdenkens, wie für mich persönlich die Idee der Vereinbarung von Gütergemeinschaft eines wesentlich älteren Ehemannes zur Versorgung seiner Ehefrau, die etwa das Alter seiner erstehelichen Kinder

⁶⁴ BGH, Urteil vom 5.11.2008 - XII ZR 157/06, NJW 2009, 842 = MittBayNot 2009, 152 = DNotZ 2009, 294.

⁶⁵ So die Urteilsanmerkung von *Grziwotz*, NJW 2009, 846 m. w. N.

⁶⁶ So zu Recht auch *Börger* in *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen anlässlich Ehescheidung, 9. Aufl. 2009, Teil 6, F., Rdnr. 79 ff. m. w. N.

⁶⁷ Vgl. *Kornxl*, FamRZ 2011, 692.

hat.⁶⁸ Das Beispiel ist von der Alterskonstellation her zugegeben absolut praxisrelevant. Allerdings gestehe ich, dass ich bei der fraglichen Konstellation nicht ohne weitere Umstände des Einzelfalls für eine Vertragspraxis der Gütergemeinschaft plädiert hätte – sie ist nach meiner Ansicht doch speziellen Fallkonstellationen vorbehalten.

Übrigens findet sich an anderer Stelle zur Wiederverheiratung im vorgerückten Alter gerade der gegenteilige Rat – ich darf zitieren: „Es dürfte auch einem rüstigen Greis einleuchten, dass die große Liebe der jugendlichen Angebeteten mehr dem potenten Bankkonto gilt als dem Inhaber. Zur Absicherung der Kinder aus vorangegangener Ehe empfiehlt sich hier ein wechselseitiger Erbverzicht, evtl. sogar Pflichtteilsverzicht, Ausschluss des Versorgungsausgleichs und die Erteilung von Vorsorgevollmachten an vertrauenswürdige Drittpersonen.“⁶⁹

Wem das Versorgungsinteresse des älteren Herrn nun wirklich gilt, das gilt es eben individuell zu ermitteln.

Jedenfalls ist neuer Wind in unsere Gestaltungsüberlegungen gekommen, den wir als Vertragsgestalter als Chance und Herausforderung sehen sollten, neue Wege zu gehen und insbesondere auf zunehmend individualisierte Lösungen zu setzen.

4. Vierte These: Der moderne Ehevertrag ist „wartungsintensiv“.

Praktisch jeder Kollege verwendet inzwischen erhebliche Sorgfalt auch auf die Eingangsmerkungen zum Ehevertrag. Es finden sich zum Teil sehr detaillierte Ausführungen zu der geplanten Lebensgestaltung und Aufgabenverteilung oder einem etwaigen Kinderwunsch. Kaum je fehlt eine Belehrung in der Urkunde über die Inhaltskontrolle der Rechtsprechung und deren Grundsätze, etwa bei bekannter Bedürftigkeit oder ungleicher Verhandlungsposition. Und – ich denke, dieser Aspekt ist zunehmend wichtig – immer häufiger wird ausdrücklich im Urkundstext darauf hingewiesen, dass Eheverträge ggf. einer Anpassung bedürfen. Manchmal sind echte Nachverhandlungsklauseln Bestandteil des Vertrages, fast immer zumindest bestärkende Erklärungen der Vertragsteile des sinngemäßen Inhalts, sie „wüssten, was sie tun – und zwar auch in Zukunft“.

Das heißt nicht, dass Kollegen, die den Urkundstext kürzer halten, nicht auf das Gleiche hinweisen und ein Vermerk in der Urkunde selbst zwingend ist. Ich will auf etwas anderes hinaus: In Zeiten, die von einer unglaublichen Dynamik im Familienrecht und in den individuellen familiären Konstellationen geprägt sind, muss das Bewusstsein der Beteiligten geschärft werden, dass sie mit dem Abschluss eines Ehevertrages auch eine eigene Verantwortung für dessen Inhalt übernehmen.

Seit jeher ging mehr Privatautonomie einher mit einem größeren Grad an Eigen- und Ergebnisverantwortung. Wer das gesetzliche Modell für sich ablehnt oder modifiziert oder nicht abwarten will, welche Regelungen vielleicht ein künftiger Gesetzgeber bereithält, muss aktiv werden.

Diese Forderung nach Aktivität darf dann aber bei einem Ehevertrag eben nicht enden, wenn die Tinte trocken ist. Ein Ehevertrag ist rechtssicher, wenn er (noch) zu den Umgebungsfaktoren passt. Deshalb ist der Appell an die Beteiligten wichtig, nicht bei der ursprünglichen Vereinbarung stehen zu

bleiben, insbesondere wenn einvernehmlich von dem zunächst geplanten Lebensmodell abgewichen wird.

Und wenn unsere Vereinbarungen dann doch nicht halten? Schützt uns eine strikte Orientierung an Ehevertragstypen vor dem kritischen Auge der Rechtsprechung?

Zu diesem Punkt möchte ich zunächst den Kollegen *Grziwotz* mit seinem Ausspruch „bad cases make bad law“ und seine – zugegeben etwas humoristisch anmutenden, sicher pointiert formulierten – Sachverhaltszusammenfassungen aus einer Urteilsanmerkung zitieren:⁷⁰

- die mit einer Unterhaltsfreistellungsvereinbarung den Partner zur Eheschließung drängende Frau (wohlbekannt aus 2001),⁷¹
- der Macho-Unternehmensberater und die geehelicht werden wollende Akademikerin (wohlbekannt aus 2004),⁷²
- die falsch diagnostizierte kranke russische Klavierlehrerin und die zufällig schwanger gewordene Goldschmiedin, deren Partner von seinen Eltern zur Heirat mittels Ehevertrages gedrängt wurde,⁷³
- der gut verdienende Steuerberater, der den Kinderbetreuungsunterhalt auf einen Höchstbetrag von 1.500 DM mit Wertsicherung beschränkte, seine Frau in einer Gesellschaft formell anstellte und versicherte,⁷⁴
- der Sozialhilfe empfangende polnische Staatsangehörige, der die fünfzehn Jahre ältere deutsche Sozialhilfeempfängerin, die an diversen Krankheiten litt, nach Abschluss eines sämtlichen Scheidungsfolgen ausschließenden Ehevertrages heiratete,⁷⁵

und schließlich

- der der konkreten Urteilsanmerkung zugrundeliegende Fall der von ihrem elf Jahre jüngeren türkischen Ehemann, der angeblich schon fünf Kinder in der Türkei hatte, bereits in den ersten beiden Ehejahren geschlagenen Frau, die sich als Gegenleistung für einen wechselseitigen Unterhaltsverzicht eine Leibrente in Höhe von 1.300 DM monatlich versprechen ließ, wobei auf diesen Betrag Einkünfte aus einer Vollerwerbstätigkeit anzurechnen waren und der Mann zum Zeitpunkt des Versprechens 3.000 DM monatlich verdiente.⁷⁶

Was möchte ich damit sagen? Wir haben es auch bei sorgfältigster Gestaltung nicht allein in der Hand, ob ein Ehevertrag später aktenkundig wird.

Allerdings zeigt die Fülle der Urteile, dass dies offenbar zu einem bescheidenen Prozentsatz der Fall ist, vor allem im Vergleich mit der Zahl an Urteilen, die gerade bei den großen Themen (nämlich der Verlängerungsgründe beim Betreuungsunterhalt und den Beschränkungen und Befristungen, dabei insbesondere der Unterhaltsbeschränkungen des § 1578 b BGB) um die Details der Normauslegung und – handhabung ringen. Die vom Gesetzgeber gewollten unbestimmten Rechtsbegriffe rufen geradezu nach parteiautonomer Interpre-

⁶⁸ Vgl. *Langenfeld*, NJW 2011, 966.

⁶⁹ So Rechtsanwalt *Jüstel* unter dem 28.2.2011 unter <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/wann-ist-der-abschluss-eines-ehevertrages-sinnvoll>.

⁷⁰ Vgl. *Grziwotz*, NJW 2009, 846, mit Fundstellennachweisen, die in den folgenden Fußnoten nur in Kurzform wiederholt werden.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 = MittBayNot 2001, 207.

⁷² Vgl. BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 = MittBayNot 2004, 270.

⁷³ Vgl. BGH, NJW 2007, 907 = MittBayNot 2007, 405, und BGH, NJW 2007, 2851 = MittBayNot 2007, 507.

⁷⁴ Vgl. BGH, NJW 2008, 1080.

⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 2007, 904.

⁷⁶ So *Grziwotz*, NJW 2009, 846.

tation. Erst recht in Zeiten des Wandels hat der Ehevertrag eine eigene und durch den Gesetzgeber sogar gestärkte Funktion – frei nach dem Motto: „Wer nichts regelt, ist selber schuld!“⁷⁷

VII. Zusammenfassung

Lassen Sie mich zusammenfassen:

Die Rahmenbedingungen, unter denen wir Vertragsgestalter heute Eheverträge formulieren, waren zuletzt sehr wechselhaft. Sie werden dynamisch und nicht hundertprozentig vorhersehbar bleiben. Wir als Notare sind jedenfalls gefragt,

- unser Wissen im Familienrecht – wie in allen notarrelevanten Rechtsgebieten – stets auf dem aktuellen Stand zu halten und die Entwicklung der Rechtsprechung im Auge zu behalten,
- in besonderer Weise auf die Gesamtumstände des Zustandekommens gerade bei Eheverträgen zu achten und
- die Herausforderung neuer Ehevertragstypen und -inhalte anzunehmen.

Die Inhaltskontrolle der Rechtsprechung, die nun auch Eingang in spezialgesetzliche Grundlagen gefunden hat, ändert vom Grundsatz her nichts an der Rechtssicherheit von Eheverträgen. Sie muss allerdings eine in ihren wesentlichen Grundzügen prognostizierbare und verlässliche Komponente sein und darf nicht von einer Missbrauchskontrolle in eine allgemeine Angemessenheitskontrolle ausgeweitet werden.

Wir dürfen nicht müde werden, die Vertragsteile eines Ehevertrages zu einer der Bedeutung der Regelungen angemessenen Eigenverantwortlichkeit aufzufordern. Nicht allein der anfängliche Vertragsgestalter trägt die Verantwortung, mag er

⁷⁷ So *Kornxl*, FamRZ 2011, 692.

auch noch so vorausschauende und kreative Vereinbarungen vorgesehen haben. Eine Kristallkugel für die Vorhaben künftiger Gesetzgeber hat keiner von uns.

Privatautonomie beim vorsorgenden Ehevertrag heißt, in angemessenen Abständen, jedenfalls aber bei wesentlichen Änderungen der Umgebungsfaktoren, zu prüfen, ob eine Nachjustierung erforderlich ist. Wer dies versäumt, kann sich nicht auf das spätere einwandfreie Funktionieren seines Ehevertrages verlassen. Bringe ich mein Auto zwanzig Jahre nicht zur Wartung, würde auch niemand erwarten, dass es fehlerfrei anspricht und außerdem noch den neuesten technischen Anforderungen voll entspricht.

Lassen Sie mich schließen mit

- einem Fazit: der Ehevertrag ist keine unlösbare Aufgabe, aber eine echte Herausforderung

und

- einem Zitat aus dem Jahre 1968: Die Ordnung der Ehe ist eine objektive; sie hält die Ehepartner unabhängig von ihrer subjektiven Einstellung aneinander gebunden.⁷⁸ Bei der Zwiespältigkeit allen menschlichen Daseins kann es freilich nicht ausbleiben, dass in ihr auch viel Versagen, Schuld und Not zu finden sind.⁷⁹

Lassen Sie uns deshalb auch künftig als Notare und Vertragsgestalter unser Bestes geben, dass zumindest die Folgen ehelichen Versagens vorhersehbar und eigenbestimmt bleiben.

⁷⁸ Einleitung zu § 1 Ehegesetz 1946, in: „Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern“, Einleitung, Anm. 1.

⁷⁹ Einleitung zu § 1 Ehegesetz 1946, in: „Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern“, Einleitung, Anm. 1.

Das Jobcenter in der notariellen Praxis

Von Notarassessor Dr. *Bastian Grimm*, Furth im Wald

Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende wurde mit Wirkung zum 1.1.2011 das SGB II reformiert. Nachfolgender Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen dieser Änderungen auf die notarielle Praxis, insbesondere mit der Rechts- und Grundbuchfähigkeit des Jobcenters, dem Nachweis der Vertretungsmacht des Geschäftsführers nach § 44 d SGB II gegenüber dem Grundbuchamt sowie der Rechtsnachfolge der zuvor bestehenden Arbeitsgemeinschaften.

I. Einführung

Das SGB II („Grundsicherung für Arbeitsuchende“) ist am 1.1.2005 in Kraft getreten und regelt insbesondere das Arbeitslosengeld II. Die Träger der Leistungen nach dem SGB II sind die Bundesagentur für Arbeit sowie die kreisfreien Städte und Kreise (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Nach § 44 b Abs. 1 Satz 1 SGB II a. F. war es den Trägern der Leistungen zur einheitlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem SGB II möglich, durch privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Verträge Arbeitsgemeinschaften zu errichten. Wurde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, entstand durch die Zusammenarbeit von Bundesagentur für Arbeit und kreisfreien Städten bzw. Kreisen eine Mischverwaltung zwischen einer Bun-

desbehörde und einer den Ländern zuzuordnenden kommunalen Behörde. Auf die Verfassungsbeschwerden mehrerer Landkreise hin erklärte mit Urteil vom 20.12.2007 das BVerfG § 44 b SGB II a. F. wegen eines Verstoßes gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1, 2 i. V. m. Art. 83 GG.¹ Die Anwendung des § 44 b SGB II a. F. wurde in diesem Urteil bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, längstens jedoch bis zum 31.12.2010, zugelassen.

Nach Ablauf dieser Übergangsfrist trat am 1.1.2011 die Neufassung des § 44 b SGB II in Kraft. Der Gesetzgeber hatte

¹ 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04, BVerfGE 119, 331 = DVBl. 2008, 213.

zuvor mit Art. 91 e GG den verfassungsrechtlichen Rahmen für eine Mischverwaltung auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende geschaffen. Nach dieser Vorschrift wirken Bund und Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände i. d. R. in gemeinsamen Einrichtungen zusammen (Art. 91 e Abs. 1 GG). Allerdings kann der Bund auch zulassen, dass eine begrenzte Anzahl von Gemeinden und Gemeindeverbänden auf ihren Antrag und mit Zustimmung der obersten Landesbehörde die Aufgaben nach Art. 91 e Abs. 1 GG allein wahrnimmt (Art. 91 e Abs. 2 Satz 1 GG).

Entsprechend diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben bilden die Träger gemäß dem neugefassten § 44 b Abs. 1 Satz 1 SGB II zur einheitlichen Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende im Gebiet jedes kommunalen Trägers nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II eine gemeinsame Einrichtung. Alternativ besteht gemäß § 6 a SGB II für eine begrenzte Zahl an Kommunen die Möglichkeit der alleinigen kommunalen Trägerschaft (sog. Optionskommunen). Sowohl die gemeinsamen Einrichtungen nach § 44 b SGB II als auch die zugelassenen kommunalen Träger nach § 6 a SGB II führen die Bezeichnung „Jobcenter“ (§ 6 d SGB II).

Diese Neuordnung der Sozialverwaltung zeitigt Auswirkungen auch auf die notarielle Tätigkeit. Insoweit stellen sich insbesondere Fragen nach der Rechts- und Grundbuchfähigkeit des Jobcenters (vgl. sogleich unter II.), dem Nachweis der Vertretungsmacht des Geschäftsführers nach § 44 d SGB II gegenüber dem Grundbuchamt für den Fall der Grundbuchfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung (unter III.) sowie der Rechtsnachfolge der zuvor bestehenden Arbeitsgemeinschaften (nachfolgend unter IV.).

II. Rechts- und Grundbuchfähigkeit des Jobcenters

Fall 1:

Das Jobcenter verlangt gemäß § 24 Abs. 5 SGB II vom Leistungsempfänger die Bestellung einer Grundschuld, welche die darlehensweise Erbringung von Leistungen absichern soll. Der Notar fragt sich, ob das Jobcenter rechts- und grundbuchfähig ist und somit für dieses eine Grundschuld bestellt werden kann.

Bei der Klärung der Frage nach der Rechts- bzw. Grundbuchfähigkeit des Jobcenters ist danach zu differenzieren, ob im jeweiligen Fall eine gemeinsame Einrichtung nach § 44 b SGB II (im Folgenden als „gemeinsame Einrichtung“ bezeichnet) oder eine Optionskommune (vgl. § 6 a SGB II) vorliegt.

1. Gemeinsame Einrichtung, § 44 b SGB II

Die gemeinsame Einrichtung ist gemäß § 44 b Abs. 1 Satz 3 SGB II befugt, Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide im eigenen Namen zu erlassen.² Auch ist es ihr möglich, zu klagen und verklagt zu werden.³ Demnach ist die gemeinsame Einrichtung zumindest teilrechtsfähig.⁴

Zu klären ist, ob der gemeinsamen Einrichtung über diese Teilrechtsfähigkeit im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren hinaus Rechtsfähigkeit zukommt und sie insbesondere im

² Jahn/Sauer, SGB II, Bearbeitungsstand 30.3.2011, § 44 b Rdnr. 5.

³ Oestreicher/Schumacher, SGB II SGB XII, Stand Nov. 2011, § 44 b SGB II Rdnr. 35.

⁴ BSG, Urteil vom 18.1.2011, B 4 AS 90/10 R, BeckRS 2011, 69299; so auch: Oestreicher/Schumacher, SGB II SGB XII, Stand Nov. 2011, § 44 b SGB II Rdnr. 35.

Grundstücksverkehr als grundbuchfähig anzusehen ist. Dies ist weder gesetzlich geregelt noch bislang in Rechtsprechung oder Literatur ausdrücklich behandelt.

a) Frühere Rechtslage

Zu einer durch öffentlichrechtlichen Vertrag errichteten Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II a. F. hatte der BGH entschieden, dass diese „in Anlehnung an die von der Rechtsprechung zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze⁵ im Zivilprozess rechts- und parteifähig“ ist, da sie in ihrer Struktur einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ebenbürtig ist.⁶ Dabei hielt es der BGH nicht für entscheidungserheblich, ob es sich bei der Arbeitsgemeinschaft um eine Gesellschaft öffentlichen Rechts oder um eine öffentlichrechtliche Organisationsform bzw. Einrichtung sui generis handelt. Nach dem OLG Köln⁷ und dem LG Saarbrücken⁸ kommt der Arbeitsgemeinschaft nach SGB II zumindest für die Eintragung von Grundschulden Grundbuchfähigkeit zu. Unabhängig von diesen zu Grundschulden ergangenen Entscheidungen kann somit die Arbeitsgemeinschaft nach SGB II entsprechend der Rechtsprechung des BGH⁹ zur Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als grundbuchfähig angesehen werden.

b) Aktuelle Rechtslage

Wenn der Vorgängerin der gemeinsamen Einrichtung, der Arbeitsgemeinschaft nach SGB II, Grundbuchfähigkeit beigemessen wird, stellt sich die Frage, ob dies entsprechend für eine gemeinsame Einrichtung gilt. Die Beantwortung dieser Frage könnte von der Rechtsform der gemeinsamen Einrichtung abhängen.

aa) Öffentlichrechtliche Rechtsform

Anders als § 44 b Abs. 1 Satz 1 SGB II a. F. sieht die Neuregelung nicht mehr vor, dass eine gemeinsame Einrichtung durch privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Vertrag zu errichten ist. § 44 b Abs. 2 Satz 1 SGB II normiert lediglich, dass die Träger den Standort sowie die nähere Ausgestaltung und Organisation der gemeinsamen Einrichtung bestimmen. Es wird aus diesem Grund in der Literatur vertreten, dass künftig alle gemeinsamen Einrichtungen auf der Grundlage einer öffentlichrechtlichen Vereinbarung entstehen und in einer öffentlichrechtlichen Rechtsform organisiert werden.¹⁰ Dagegen sei die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform nicht mehr möglich.¹¹ Vor diesem Hintergrund ist die Organisation der gemeinsamen Einrichtung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. in sonstiger privatrechtlicher Rechtsform ausgeschlossen.

bb) Öffentlichrechtliche Gesellschaft sui generis

Abweichend von der vorgenannten Literaturmeinung hat das BSG entschieden, dass es zur Errichtung einer gemeinsamen

⁵ Vgl. hierzu Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = MittBayNot 2001, 192.

⁶ Urteil vom 22.10.2009, III ZR 295/08, NJOZ 2010, 2120.

⁷ Beschluss vom 16.7.2010, 2 Wx 53/09, BWNNotZ 2011, 30.

⁸ Beschluss vom 26.11.2007, 5 T 395/07.

⁹ Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594 = MittBayNot 2009, 225.

¹⁰ Gagel/Wendland, SGB II/SGB III, 40. EL Nov. 2010, § 44 b SGB II Rdnr. 31; für das Erfordernis eines konstituierenden Beschlusses auch Jahn/Sauer, SGB II, Bearbeitungsstand: 30.3.2011, § 44 b Rdnr. 36.

¹¹ Luthé, Die Sozialgerichtsbarkeit 2011, 131, 133.

Einrichtung keiner konstituierenden Vereinbarung zwischen den Trägern bedarf, sondern die gemeinsame Einrichtung durch § 44 b Abs. 1 Satz 1 SGB II kraft Gesetzes als öffentlichrechtliche Gesellschaft *sui generis* entsteht.¹² Dafür spricht, dass im Vergleich zu § 44 b Abs. 1 Satz 1 SGB II a. F., nach welchem die Arbeitsgemeinschaft durch privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Vertrag zu errichten war, der gesetzlichen Neufassung nicht die Notwendigkeit einer konstituierenden Vereinbarung aufgrund öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Vertrags entnommen werden kann.¹³ Stattdessen verbleibt den Trägern nach § 44 b Abs. 2 SGB II lediglich die Möglichkeit, „den Standort sowie die nähere Ausgestaltung und Organisation der gemeinsamen Einrichtung durch Vereinbarung“ zu bestimmen.

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass unabhängig von der Frage, ob konstituierende Vereinbarungen für die Begründung einer gemeinsamen Einrichtung erforderlich sind, eine gemeinsame Einrichtung in privatrechtlicher Rechtsform nicht möglich ist. Folglich besitzt die gemeinsame Einrichtung eine öffentlichrechtliche Rechtsform. Auch wenn man mit dem BSG davon ausgeht, dass es sich bei der gemeinsamen Einrichtung um eine öffentlichrechtliche Gesellschaft *sui generis* handelt, gibt dies allerdings noch keinen Aufschluss über deren Rechts- und Grundbuchfähigkeit.

dd) Grundbuchfähigkeit – eigener Lösungsansatz

In der Literatur wird in Bezug auf die gemeinsame Einrichtung angenommen, dass dieser generell Rechtsfähigkeit zukommt.¹⁴ Diese Ansicht stützt sich auf das Recht des Geschäftsführers zur Außenvertretung nach § 44 d Abs. 1 Satz 2 SGB II. Im Hinblick auf die Frage, ob der gemeinsamen Einrichtung generell Rechtsfähigkeit und insbesondere Grundbuchfähigkeit oder lediglich Teilrechtsfähigkeit zukommt, überzeugt das Argument des Vertretungsrechts gemäß § 44 d Abs. 1 Satz 2 SGB II jedoch nicht. Eine derartige Außenvertretung der gemeinsamen Einrichtung durch den Geschäftsführer wäre nämlich auch bei fehlender Grundbuchfähigkeit aufgrund der jedenfalls gemäß § 44 b Abs. 1 Satz 3 SGB II gegebenen Teilrechtsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erforderlich.

Entscheidende Bedeutung dürfte vielmehr für die vorliegende Frage § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II zukommen. Nach dieser Vorschrift tritt bei einem Wechsel der Trägerschaft oder der Organisationsform der zuständige Träger oder die zuständige Organisationsform an die Stelle des bisherigen Trägers oder der bisherigen Organisationsform. Dadurch soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs ein nahtloser „Übergang bisheriger Trägerschaften und Organisationsformen in eine neue Trägerschaft oder Organisationsform“ gewährleistet werden.¹⁵ Der Begründung des Gesetzesentwurfs kann jedoch

nicht ausdrücklich entnommen werden, dass § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II auf den Standardfall des Übergangs von einer Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II a. F. zu einer gemeinsamen Einrichtung Anwendung findet. Das BSG wendet § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II auch auf diesen Fall an und geht somit von einer Rechtsnachfolge aus.¹⁶ In der Literatur hat diese Auffassung Zustimmung erfahren.¹⁷ Hingegen soll nach einer Entscheidung des LG Duisburg zufolge insoweit kein Fall einer Rechtsnachfolge vorliegen, da bei dem Übergang von einer Arbeitsgemeinschaft zu einer gemeinsamen Einrichtung weder ein Wechsel in der Trägerschaft noch in der Organisationsform stattfindet.¹⁸ Dies kann m. E. nicht überzeugen, da mit der gemeinsamen Einrichtung nach § 44 b SGB II eine neue Behörde geschaffen wurde, deren „Organisationsstruktur, Organe sowie Aufgaben und Befugnisse“ durch das Gesetz geregelt werden.¹⁹ Durch diese gesetzliche Ausgestaltung der gemeinsamen Einrichtung erfolgte im Vergleich zu der zuvor bestehenden Arbeitsgemeinschaft eine Änderung in der Organisationsform, sodass keine Identität zwischen der Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II a. F. und der gemeinsamen Einrichtung besteht.

Folglich wird durch § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II auch für den Übergang von einer Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II a. F. zu einer gemeinsamen Einrichtung eine Rechtsnachfolge statuiert. Diese ordnet der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der Arbeitsgemeinschaft an, sodass von einer generellen Rechtsfähigkeit und damit auch von der Grundbuchfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung auszugehen ist.

2. Optionskommune, § 6 a SGB II

Wird von der Möglichkeit der alleinigen kommunalen Trägerschaft nach § 6 a SGB II Gebrauch gemacht, haben die zugelassenen kommunalen Träger nach § 6 a Abs. 5 SGB II besondere Einrichtungen für die Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB II zu errichten und zu unterhalten. Da der Gesetzgeber für die Einrichtungen keine besonderen Anforderungen vorgibt,²⁰ sind die kommunalen Träger bei der Ausgestaltung der Organisation dieser Einrichtung frei. Demnach kann der kommunale Träger das Jobcenter in einer rechtsfähigen Organisationsform betreiben. Wählt dieser hingegen für das Jobcenter keine rechtsfähige Organisationsform, so verbleibt die Kommune als rechtsfähiger Rechtsträger des Jobcenters. Folglich stünde in einem solchen Fall zumindest die Rechts- und Grundbuchfähigkeit der jeweiligen Kommune als Rechtsträger des Jobcenters zur Verfügung. Im Hinblick auf ein

¹² BSG, Urteil vom 18.1.2011, B 4 AS 90/10 R, BeckRS 2011, 69299, unter Hinweis auf *Luik*, jurisPR-SozR 24/210 Anm. 1.

¹³ Für lediglich deklaratorischen Charakter eines Gründungsaktes: *Luthe*, Die Sozialgerichtsbarkeit 2011, 131, 132.

¹⁴ *Gagel/Wendtland*, SGB II/SGB III, 40. EL Nov. 2010, § 44 d SGB II Rdnr. 9; in diese Richtung wohl auch *Pfohl/Steymans* in *Linhart/Adolph*, SGB II SGB XII AsylbLG, Stand Jan. 2011, § 44 b SGB II Rdnr. 7, die der gemeinsamen Einrichtung zwar nicht die Qualität eines Zweckverbands zugestehen, diese jedoch mit einer Verwaltungsgemeinschaft vergleichen.

¹⁵ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP vom 4.5.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende BT-Drs. 17/1555, S. 33.

¹⁶ BSG, Urteil vom 18.1.2011, B 4 AS 90/10 R, BeckRS 2011, 69299; BSG, Urteil vom 18.1.2011, B 4 AS 99/10 R, NJW 2011, 2538, 2539; BSG, Urteil vom 18.1.2011, B 4 AS 108/10 R, BeckRS 2011, 69549; BSG, Urteil vom 6.4.2011, B 4 AS 5/10 R, BeckRS 2011, 73297; BSG, Urteil vom 13.4.2011, B 14 AS 53/10 R, NJOZ 2012, 100; BSG, Urteil vom 21.6.2011, B 4 AS 21/10 R, BeckRS 2011, 75424; BSG, Urteil vom 6.10.2011, B 14 AS 171/10 R, BeckRS 2012, 65431.

¹⁷ *Gagel/Wendtland*, SGB II/SGB III, 43. EL Okt. 2011, § 76 SGB II Rdnr. 10; *Jahn/Sauer*, SGB II, Bearbeitungsstand 15.4.2011, § 76 Rdnr. 5; *Korte* in *Münder*, SGB II, 4. Aufl. 2011, § 76 Rdnr. 4; *Luik* in *Hohm*, GK-SGB II, Stand Juli 2011, § 76 Rdnr. 35.

¹⁸ LG Duisburg, Beschluss vom 9.6.2011, 7 T 66/11, BeckRS 2011, 23138.

¹⁹ Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP vom 4.5.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende BT-Drs. 17/1555, S. 37.

²⁰ *Adolph* in *Linhart/Adolph*, SGB II SGB XII AsylbLG, Stand Okt. 2010, § 6 a SGB II Rdnr. 44.

etwaiges Interesse der Kommune an einer erkennbaren Zuordnung der Grundschuld zu einem bestimmten Verwaltungsbereich ist an einen klarstellenden Klammerzusatz bei der Grundbucheintragung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GBV zu denken.²¹ Folglich könnte die Eintragung des Berechtigten im Grundbuch z. B. lauten: „X-Stadt (Jobcenter gemäß §§ 6 d, 6 a SGB II)“.

III. Nachweis der Vertretungsmacht

Fall 2:

Im Rahmen des Vollzugs eines Grundstückskaufvertrags hat die Löschung der im Grundbuch in Abt. III für das „Jobcenter X-Stadt“ eingetragenen Grundschuld zu erfolgen. Der Notar fragt sich, wie die Löschung der Grundschuld bewerkstelligt und insbesondere die Vertretungsmacht des Geschäftsführers des Jobcenters nachgewiesen werden kann.

1. Gemeinsame Einrichtung, § 44 b SGB II

Die Bewilligung der Löschung der Grundschuld ist dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Dies könnte insbesondere auf zwei Arten erfolgen. Zum einen kann die Löschungsbewilligung durch einen Notar beglaubigt werden (vgl. sogleich unter a)). Zum anderen könnte daran gedacht werden, dass die gemeinsame Einrichtung eine Löschungsbewilligung in der Form des § 29 Abs. 3 GBO abgibt (nachfolgend unter b)).

a) Beglaubigung der Löschungsbewilligung des Geschäftsführers

Wird die Löschungsbewilligung des Geschäftsführers der gemeinsamen Einrichtung, der vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen die Geschäfte der gemeinsamen Einrichtung hauptamtlich führt (§ 44 d Abs. 1 Satz 1 SGB II) sowie die gemeinsame Einrichtung gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 44 d Abs. 1 Satz 2 SGB II), durch einen Notar beglaubigt, ist zu klären, wie die Vertretungsmacht des Geschäftsführers dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann. In Rechtsprechung und Literatur finden sich zu dieser Frage bislang keine Stellungnahmen.

Für die Beantwortung dieser Frage ist eine Parallele zu den Fällen zu ziehen, in denen sich gesetzliche Vertreter juristischer Personen des öffentlichen Rechts legitimieren müssen. Sofern die Eigenschaft als Vertreter nicht offenkundig ist, erfolgt deren Nachweis durch eine Bescheinigung der jeweiligen Aufsichtsbehörde.²² So wird z. B. der Nachweis der Vertretungsmacht der für kirchliche Stiftungen handelnden Personen durch urkundliche Erklärung der kirchlichen Aufsichtsbehörde erbracht.²³ Entsprechend dieser Praxis genügt zum Nachweis eine Vertretungsbescheinigung, die mit den Siegeln der beiden Träger der gemeinsamen Einrichtung versehen ist, denen nach § 44 b Abs. 3 SGB II die Verantwortung für die rechtmäßige und zweckmäßige Leistungserbringung obliegt.

Besonderes Augenmerk ist allerdings darauf zu richten, wie die Bestellung des Geschäftsführers der gemeinsamen Einrichtung erfolgte. Grundsätzlich wird der Geschäftsführer der gemeinsamen Einrichtung nämlich gemäß § 44 c Abs. 2 Nr. 1

SGB II von der Trägerversammlung bestellt.²⁴ Die erstmalige Bestellung des Geschäftsführers erfolgt jedoch nach § 44 d Abs. 2 Satz 6 SGB II nur durch einen der Träger. Auch in Fällen, in denen keine Einigung in der Trägerversammlung über den Geschäftsführer erreicht werden kann, ist gemäß § 44 d Abs. 2 Satz 5 SGB II eine Bestellung des Geschäftsführers durch einen Träger möglich.

Wurde der Geschäftsführer von der Trägerversammlung bestellt, so ist als Nachweis der Vertretungsmacht eine gesiegelte Bescheinigung der Träger der gemeinsamen Einrichtung, also von der örtlichen Agentur für Arbeit und von dem kommunalen Träger, erforderlich. Erfolgte dagegen die Bestellung des Geschäftsführers lediglich durch einen der Träger, so genügt die Bescheinigung des den Geschäftsführer bestellenden Trägers, aus der in diesem Fall jedoch auch die lediglich einseitige Bestellung durch einen der Träger ersichtlich sein muss. Generell ist darauf zu achten, dass die Grundbuchvorlage möglichst zeitnah zur Erstellung zu erfolgen hat, falls derartige Bescheinigungen keine Aussage hinsichtlich der Dauer der Bestellung des Geschäftsführers enthalten.

b) Abgabe einer Löschungsbewilligung in der Form des § 29 Abs. 3 GBO

Eventuell könnte auch eine Löschungsbewilligung abgegeben werden, welche die Form des § 29 Abs. 3 GBO wahrt. Dazu müsste die Löschungsbewilligung vom Geschäftsführer unterschrieben und mit dem Siegel der gemeinsamen Einrichtung versehen werden. Zu beachten ist insoweit aber, dass die gemeinsame Einrichtung nicht zur Siegelführung befugt ist, da ihr die Eigenschaft einer eigenständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts fehlt.²⁵

Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, dass die gemeinsame Einrichtung zum Zweck der Siegelführung Amtshilfe der beiden Grundsicherungsträger nach § 3 SGB X in Anspruch nimmt.²⁶ Allerdings stellt sich insoweit die Frage, ob eine mit den Siegeln der Träger der gemeinsamen Einrichtung versehene Löschungsbewilligung des Geschäftsführers der gemeinsamen Einrichtung ausreichende Grundlage für die Anwendung des § 29 Abs. 3 GBO sein kann, sodass die Ordnungsgemäßheit der Erklärung vermutet wird und daher behördeninterne Zuständigkeit sowie Vertretungsmacht des Handelnden dem Grundbuchamt grundsätzlich nicht mehr nachgewiesen werden müssten.²⁷ Das BayObLG hat in einer Entscheidung für die Anwendung des § 29 Abs. 3 GBO ausnahmsweise genügen lassen, dass die Flurbereinigungsdirektion das Eintragungsersuchen einer nicht siegelführenden Teilnehmergeinschaft einer Flurbereinigung mit ihrem Siegel versah und die Vertretungsberechtigung des für die Teilnehmergeinschaft Handelnden bestätigte.²⁸ Diese Entscheidung ist aber aus folgendem Grund zweifelhaft: Fehlt einer Behörde die Befugnis zur Siegelführung, dann kann für die Wirkungen des § 29 Abs. 3 GBO nicht an das Siegel einer anderen Behörde angeknüpft und so die Ordnungsgemäßheit

²¹ Vgl. zu § 15 GBV *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 44 Rdnr. 39; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 248.

²² *Hügel/Otto*, GBO, § 29 Rdnr. 113.

²³ *Eckert/Heckel*, MittBayNot 2006, 471, 474; *Herrmann* in KEHE, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 29 GBO Rdnr. 36.

²⁴ *Gagel/Wendtland*, SGB II/SGB III, 40. EL Nov. 2010, § 44 d SGB II Rdnr. 11.

²⁵ *Pfohl/Steymans* in Linhart/Adolph, SGB II SGB XII AsylbLG, Stand Jan. 2011, § 44 b SGB II Rdnr. 9.

²⁶ *Pfohl/Steymans* in Linhart/Adolph, SGB II SGB XII AsylbLG, Stand Jan. 2011, § 44 b SGB II Rdnr. 9.

²⁷ Vgl. zu den Rechtsfolgen einer behördlichen Urkunde nach § 29 Abs. 3 GBO *Knothe* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rdnr. 139; *Hügel/Otto*, GBO, § 29 Rdnr. 178; *Meikel/Hertel*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rdnr. 340.

²⁸ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1986, BReg. 2 Z 27/85, BayObLGZ 1986, 86.

der Erklärung der nicht zur Siegelführung befugten Behörde vermutet werden. Denn die Anknüpfung der Vermutung an ein behördenfremdes Siegel würde die Wirkung des § 29 Abs. 3 GBO überspannen. Dies zeigt sich auch daran, dass das BayObLG in dem entschiedenen Fall zusätzlich zum Siegel der vorgesetzten Behörde deren Bestätigung über die Vertretungsmacht des Handelnden verlangte, obwohl diese im Fall des § 29 Abs. 3 GBO bereits durch die Beifügung des Siegels vermutet wird. Folglich sollte m. E. das Grundbuchamt die Löschungsbewilligung der gemeinsamen Einrichtung nur akzeptieren, wenn die Bewilligung zumindest in notariell beglaubigter Form vorliegt.

2. Optionskommune, § 6 a SGB II

Hat die jeweilige Kommune von der Möglichkeit als Optionskommune (§ 6 a SGB II) Gebrauch gemacht, so hängt die Beantwortung der sich nun stellenden Fragen, wie beispielsweise des Vertretungsnachweises, von der jeweiligen Organisation des Jobcenters ab. Insoweit stellt sich die Rechtslage wie bei dem sonstigen kommunalen Handeln dar.

IV. Gemeinsame Einrichtung als Rechtsnachfolger der Arbeitsgemeinschaft nach SGB II

1. Voreintragungsgrundsatz, § 39 GBO

Abwandlung:

Die Grundschuld ist nicht für das „Jobcenter X-Stadt“, sondern für die „Arbeitsgemeinschaft nach SGB II X-Stadt“ eingetragen.

Neben den bereits zuvor angesprochenen Problemen stellt sich zusätzlich die Frage, ob eine Löschung der Grundschuld nur erreicht werden kann, wenn das die Löschungsbewilligung erteilende „Jobcenter X-Stadt“ und nicht die zuvor bestehende „Arbeitsgemeinschaft nach SGB II X-Stadt“ im Grundbuch als Berechtigte der Grundschuld eingetragen ist.

Nach § 39 GBO soll eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Der Voreintragungsgrundsatz gilt auch für die Löschung eines Rechts, sodass der Inhaber des zu löschenden Rechts als materiellrechtlich Betroffener eingetragen sein muss.²⁹

Allerdings ist der Voreintragungsgrundsatz bereits gewahrt, wenn die betroffene Person mit dem eingetragenen Berechtigten identisch ist (sog. Personenidentität).³⁰ Dies gilt insbesondere für Fälle der Namensänderung und Umfirmierung.³¹ Auch Änderungen der Organisationsform einer gesamthänderisch konstituierten Personenmehrheit (GbR in OHG, OHG in KG) berühren die Personenidentität nicht.³² Wie § 40 GBO zeigt, erfüllen dagegen Fälle der Gesamtrechtsnachfolge das Erfordernis der Voreintragung nicht, sodass grundsätzlich eine Eintragung des Gesamtrechtsnachfolgers zu erfolgen hat. Eine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz besteht jedoch dann, wenn die Voraussetzungen des § 40 GBO erfüllt sind.

Im Hinblick auf ein etwaiges Erfordernis der Voreintragung der gemeinsamen Einrichtung kommt es somit darauf an, ob es sich bei dem Übergang von den Arbeitsgemeinschaften zu

den gemeinsamen Einrichtungen nur um einen Fall der Namensänderung handelt, ein Fall der Rechtsnachfolge vorliegt oder es gänzlich an einem Zusammenhang zwischen den früheren Arbeitsgemeinschaften und den gemeinsamen Einrichtungen mangelt. Wie bereits oben dargelegt, wird durch die gesetzliche Regelung in § 76 Abs. 3 SGB II eine Rechtsnachfolge angeordnet.³³

Demnach wäre im vorliegenden Fall nach § 39 GBO die vorherige Eintragung der gemeinsamen Einrichtung erforderlich. Vom Grundsatz der Voreintragung ist jedoch analog § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO in allen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge eine Ausnahme zu machen, in denen der Rechtsübergang kraft Gesetzes ohne weiteren Übertragungsakt deswegen erfolgt, weil der Rechtsvorgänger nicht mehr existiert.³⁴ Da vorliegend der Rechtsübergang kraft Gesetzes (§ 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II) mangels Fortbestehens der früheren Arbeitsgemeinschaften nach SGB II stattfindet, ist ebenfalls auf eine Voreintragung der gemeinsamen Einrichtung zu verzichten.

2. Klauselumschreibung

Fall 3:

Für die „Arbeitsgemeinschaft nach SGB II X-Stadt“ war eine Grundschuld im Grundbuch nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung in dinglicher Hinsicht eingetragen. Der Geschäftsführer des „Jobcenters X-Stadt“ beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in dinglicher Hinsicht. Der Notar fragt sich, ob eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel erforderlich ist und, wenn dies der Fall sein sollte, wie der Nachweis der Rechtsnachfolge zu führen wäre.

Nach §§ 727, 795 ZPO ist eine Klauselumschreibung für den Rechtsnachfolger des im Titel bezeichneten Gläubigers/Schuldners vorzunehmen. Dagegen ist eine Beischreibung (klarstellender Zusatz) analog § 727 ZPO zu erwägen,³⁵ wenn sich lediglich die Bezeichnung des im Titel genannten Gläubigers/Schuldners geändert hat.³⁶

Da entsprechend den zuvor gemachten Ausführungen vorliegend ein Fall der Rechtsnachfolge besteht, ist eine Klauselumschreibung nach §§ 727, 795 ZPO vorzunehmen. Die Rechtsnachfolge muss gemäß § 727 Abs. 1 ZPO durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen oder bei dem Gericht offenkundig sein.³⁷ Die Rechtsnachfolge folgt, wie zuvor dargestellt, aus § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II, sodass ein Fall der Offenkundigkeit vorliegen könnte. Allerdings ist insoweit zu beachten, dass die Rechtsnachfolge davon abhängt, ob auch eine gemeinsame Einrichtung entstanden ist. Geht man, anders als das BSG³⁸, für die Existenz von gemeinsamen Einrichtungen vom Erfordernis konstituierender Vereinbarungen zwischen den Trägern der Grund-

³³ Vgl. hierzu oben unter II. 1. b) dd).

³⁴ Bauer in Bauer/von Oefele, GBO, § 40 Rdnr. 13; vgl. auch Hügél/Zeiser, GBO, § 40 Rdnr. 3.

³⁵ Nach BGH, Beschluss vom 21.7.2011, I ZB 93/10, NZG 2011, 1073 = WM 2011, 1665, steht das Unterbleiben der Beischreibung der Vollstreckung eines Titels nicht entgegen, wenn der Gläubiger dem Vollstreckungsorgan die Personenidentität durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachweist.

³⁶ Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 727 Rdnr. 1; a. A. Wolfsteiner in MünchKomm/ZPO, 3. Aufl. 2007, § 726 Rdnr. 69, der die Beischreibung entgegen der wohl h. M. auf eine Analogie zu § 726 ZPO stützt.

³⁷ Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 727 Rdnr. 20; Musielak/Lackmann, ZPO, § 727 Rdnr. 4.

³⁸ Vgl. hierzu oben II. 1. b) bb).

²⁹ Bauer in Bauer/von Oefele, GBO, § 39 Rdnr. 50; Hügél/Zeiser, GBO, § 39 Rdnr. 2.

³⁰ Hügél/Zeiser, GBO, § 39 Rdnr. 3.

³¹ Bauer in Bauer/von Oefele, GBO, § 39 Rdnr. 48; Hügél/Zeiser, GBO, § 39 Rdnr. 3.

³² Bauer in Bauer/von Oefele, GBO, § 39 Rdnr. 48.

sicherung aus, ist zur Klauselumschreibung der Nachweis einer solchen Vereinbarung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde erforderlich. Dieser dürfte aber in der Praxis unproblematisch zu führen sein, da zu den öffentlichen Urkunden öffentlichrechtliche Verträge sowie die sogenannten Eigenurkunden der Behörden zählen.³⁹

V. Resümee

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Im Hinblick auf die Grundbuchfähigkeit des Jobcenters ist danach zu differenzieren, ob eine gemeinsame Einrichtung nach § 44 b SGB II oder eine Optionskommune (vgl. § 6 a SGB II) gegeben ist.

Die gemeinsame Einrichtung ist wie die Arbeitsgemeinschaft als grundbuchfähig zu behandeln.

³⁹ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 46.43.

Die Grundbuchfähigkeit des von einer Optionskommune errichteten Jobcenters hängt von der gewählten Organisationsform ab. Wählt die Kommune für das Jobcenter keine rechtsfähige Organisationsform, so verbleibt die Kommune selbst als rechtsfähiger Rechtsträger des Jobcenters.

Der Nachweis der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer gemeinsamen Einrichtung erfordert für Grundbuchzwecke grundsätzlich eine gesiegelte Bescheinigung der beiden Träger der gemeinsamen Einrichtung, also von der örtlichen Agentur für Arbeit und von dem kommunalen Träger.

Die gemeinsame Einrichtung ist nach herrschender Meinung gemäß § 76 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 SGB II Rechtsnachfolger der Arbeitsgemeinschaft. Daraus folgt:

Für die gemeinsame Einrichtung ist in Bezug auf diese Rechtsnachfolge analog § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung zu machen.

Im Hinblick auf die einer Arbeitsgemeinschaft erteilte Vollstreckungsklausel ist nicht nur eine Beischreibung, sondern eine Klauselumschreibung nach §§ 727, 795 ZPO vorzunehmen.

Neues zur Bekanntgabe des familiengerichtlichen Genehmigungsbeschlusses

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Köln vom 4.7.2011, 21 UF 105/1¹ –

Von Notarassessor Dr. *Dominik Kölmel*, Würzburg

Mit dem Beschluss des OLG Köln vom 4.7.2011 (21 UF 105/11) liegt eine neue Entscheidung zu der Frage vor, wer den Minderjährigen bei der Bekanntgabe des familiengerichtlichen Genehmigungsbeschlusses vertreten kann bzw. muss. Die Entscheidung bietet Anlass, sich mit dem aktuellen Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung zu den bei der Bekanntgabe des familiengerichtlichen Genehmigungsbeschlusses bestehenden Problemen nochmals auseinanderzusetzen.

I. Einordnung der Entscheidung

Die Bedeutung der Frage und damit der Entscheidung des OLG Kölns ergibt sich aus dem Zusammenspiel der §§ 40 Abs. 2, 45 Satz 1, 58, 63 Abs. 2 und 3, 41 Abs. 3 FamFG.

Nach § 40 Abs. 2 FamFG wird der Beschluss über die familiengerichtliche Genehmigung erst mit Rechtskraft wirksam, was nach § 45 Satz 1 FamFG voraussetzt, dass die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels abgelaufen ist. Zulässiges Rechtsmittel ist nach § 58 FamFG die Beschwerde. Die Beschwerdefrist beträgt nach § 63 Abs. 2 FamFG zwei Wochen und beginnt nach § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten. Nach § 41 Abs. 3 FamFG ist der Beschluss über die familiengerichtliche Genehmigung auch dem minderjährigen Kind bekannt zu geben. Mithin ist die ordnungsgemäße Bekanntgabe an den Minderjährigen jedenfalls prinzipiell Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des Genehmigungsbeschlusses. Allerdings ist die Bekanntgabe unmittelbar an den Minderjährigen zumindest grundsätzlich ausgeschlossen,

da nach § 9 Abs. 1 FamFG regelmäßig nur voll geschäftsfähige Personen verfahrensfähig sind.²

Das OLG Köln nimmt in dem vorliegenden Beschluss zu drei bedeutsamen Fragen³ Stellung, die sich in diesem Zusammenhang stellen, nämlich:

² Vgl. hierzu näher *Kölmel*, MittBayNot 2011, 190 m. w. N.

³ Nicht zu erörtern war durch das OLG Köln die Frage, was die Folgen sind, wenn eine ordnungsgemäße Bekanntgabe unterblieben ist (Problem des vergessenen Beteiligten). Die (wohl) herrschende und nach meiner Ansicht zustimmungswürdige Ansicht geht hier davon aus, dass die Beschwerdefrist für den übergangenen Beteiligten solange läuft, bis die Beschwerdefrist nach § 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG für den letzten Beteiligten des erstinstanzlichen Verfahrens abgelaufen ist. Nach a. A. soll § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG anzuwenden sein, sodass die Beschwerdefrist mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses zu laufen beginnt. Eine weitere Ansicht geht schließlich davon aus, dass die Frist für den übergangenen Beteiligten überhaupt nicht zu laufen beginnt, mit der Folge, dass der Genehmigungsbeschluss nicht in Rechtskraft erwachsen und damit nicht wirksam werden kann. Vgl. hierzu OLG Hamm, DNotI-Report 2010, 214 = DNotZ 2011, 223 = NotBZ 2011, 46 = RNotZ 2011, 46. Vgl. weiterhin ausführlich *Kölmel*, ZNotP 2011, 59.

¹ MittBayNot 2012, 131 (in diesem Heft).

(1) Kann die Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der familiengerichtlichen Genehmigung unmittelbar an das minderjährige Kind bekannt gegeben werden?

(2) Sind die Eltern von der Vertretung des minderjährigen Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses stets ausgeschlossen?

(3) Wer vertritt das minderjährige Kind bei Ausschluss der Eltern?

II. Frage 1: Bekanntgabe unmittelbar an das minderjährige Kind?

Das OLG Köln stellt in seinem Beschluss zunächst fest, dass einem Kind, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, der Beschluss grundsätzlich nicht unmittelbar selbst bekannt gegeben werden kann. In seinen weiteren Ausführungen geht das OLG Köln dann allerdings (ohne vertiefte Erörterung) davon aus, dass dies bei einem 15-jährigen, nicht geschäftsunfähigen Kind nicht gilt; diesem kann der Genehmigungsbeschluss selbst bekannt gegeben werden.

Dem ist zuzustimmen. Das minderjährige Kind ist regelmäßig nach § 9 Abs. 1 FamFG nicht verfahrensfähig, sodass eine unmittelbare Bekanntgabe nicht möglich ist. Anders ist dies allerdings zu beurteilen, wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist.⁴ Dies folgt aus §§ 164, 60 Satz 2, 159 FamFG. Nach § 164 FamFG ist eine Entscheidung dem Kind selbst bekannt zu geben, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, nicht geschäftsunfähig ist und selbst das Beschwerderecht ausüben kann. Nach § 60 Satz 2 FamFG kann das Kind, für das elterliche Sorge besteht, in Angelegenheiten, in denen das Kind vor einer Entscheidung des Gerichts gehört werden soll, ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben. Nach § 159 FamFG hat das Gericht das Kind persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat.

III. Frage 2: Vertretung des Kindes durch die Eltern?

Kann die Bekanntgabe nicht unmittelbar an das minderjährige Kind erfolgen, stellt sich die Frage, wer das Kind bei der Bekanntgabe vertritt. Nach § 9 Abs. 2 FamFG wird die nicht verfahrensfähige Person durch die nach bürgerlichem Recht hierzu berufene Person vertreten. Bei einem unter elterlicher Sorge stehenden Kind erfolgt die Vertretung mithin prinzipiell durch die Eltern, § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB. Aufgrund der bei den Eltern bestehenden Interessenskollision ist im Hinblick auf den Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000⁵ jedoch unstreitig, dass die Vertretung des minderjährigen Kindes durch die Eltern zumindest problematisch ist.⁶

1. Bislang sind hierzu im Ergebnis divergierende Entscheidungen des KG⁷ sowie des OLG Celle⁸ einerseits sowie des

Brandenburgischen OLG⁹ andererseits bekannt geworden. Das KG sowie das OLG Celle gehen davon aus, dass hinsichtlich der Bekanntgabe der Genehmigung die Interessen des Kindes zu denjenigen der Eltern stets in erheblichem Gegensatz stehen, sodass den Eltern die Vertretungsmacht unabhängig vom Einzelfall nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1796 BGB zu entziehen sei. KG und OLG Celle begründen dies damit, die Annahme eines Interessengegensatzes sei die Konsequenz aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des fairen Verfahrens und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs und berufen sich insoweit auf den Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000. Das Brandenburgische OLG hingegen steht auf dem Standpunkt, dass den Eltern zwar hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses die Vertretungsmacht gemäß §§ 1629 Abs. 3 Satz 2, 1796 BGB entzogen werden kann. Erforderlich sei hierfür allerdings ein im Einzelfall konkret festzustellender erheblicher Interessengegensatz zwischen Kind und vertretungsberechtigten Eltern.

2. Die ganz herrschende Literatur geht (wie das KG) im Ergebnis davon aus, dass die Eltern von der Vertretung des Kindes hinsichtlich der Bekanntgabe der Genehmigung unabhängig vom Einzelfall stets ausgeschlossen sind, wobei die dogmatische Begründung wie auch die rechtliche Verortung des Vertretungsverbotes teilweise divergieren bzw. offen bleiben.¹⁰

3. Das OLG Köln schließt sich im ersten Teil des Beschlusses ausdrücklich der Entscheidung des KG an und geht davon aus, dass den Eltern die Vertretungsmacht unabhängig vom Einzelfall nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1796 BGB zu entziehen sei. Argumentativ stützt es sich hierbei auf den Sinn des dem Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000 Rechnung tragenden § 41 Abs. 3 FamFG. Das OLG Köln setzt sich in diesem Zusammenhang ausführlich mit der Ansicht des Brandenburgischen OLG auseinander, mit den Stimmen der Literatur und den dort vertretenen abweichenden dogmatischen Begründungen und rechtlichen Verortungen des Vertretungsverbotes beschäftigt sich der Beschluss hingegen leider nicht.

Im zweiten Teil des Beschlusses führt das OLG Köln aus, dass eine Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB jedoch dann nicht in Betracht komme, wenn das in Rede stehende Kind das 14. Lebensjahr vollendet habe. In diesen Fällen sei der Minderjährige selbst sowohl zur Entgegennahme von Zustellungen sowie sonstigen Bekanntmachungen als auch zur Einlegung von Rechtsmitteln im familienrechtlichen Genehmigungsverfahren berechtigt. Hieraus soll nach Ansicht des OLG Köln folgen, dass der bei Kindern unter 14 Jahren infolge des Abschneidens der Rechtsschutzmöglichkeiten bestehende Interessengegensatz, nicht bestehe. Eine Entziehung der Vertretungsmacht der Eltern hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses komme daher nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Interessengegensatz bestünden.

⁴ Vgl. DNotI-Report 2009, 145, 148; Kölmel, NotBZ 2010, 2, 6; Kemper/Schreiber/Simon, Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 18.

⁵ BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 = MittBayNot 2000, 311.

⁶ Vgl. zu dieser Frage sowie den Entscheidungen des KG und des Brandenburgischen OLG bereits Kölmel, MittBayNot 2011, 190, 191 f. m. w. N.

⁷ Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10, FamRZ 2010, 1171 = MittBayNot 2010, 482 = Rpfleger 2010, 442 m. Anm. Zorn = RNotZ 2010, 463 m. Anm. Kölmel.

⁸ Beschluss vom 4.5. 2011, 10 UF 78/11, ZErB 2011, 198.

⁹ Beschluss vom 6.12.2010, 9 UF 61/10, MittBayNot 2011, 240 = ZEV 2011, 594.

¹⁰ Vgl. bspw. Abicht, RNotZ 2010, 493, 499; Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 272; DNotI-Report 2009, 145, 148; Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Kölmel, RNotZ 2010, 463, 467; ders., MittBayNot 2011, 190, 191; Litzenburger, RNotZ 2010, 32, 33; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 299; Zorn, Rpfleger 2009, 421, 426, 431; dies., Rpfleger 2010, 422, 425. Die Ansicht des Brandenburgischen OLG wurde ursprünglich vertreten von Bork/Jacoby/Schwab/Zorn, FamFG, 2009, § 158 Rdnr. 21; dies., Rpfleger 2009, 421, 426; sowie dies., RpfStud 2010, 1, 4. Diese Ansicht wurde von Zorn jedoch mittlerweile aufgegeben, vgl. Rpfleger 2010, 422, 425. Dem Brandenburgischen OLG folgend aber nun bspw. Meyer-Holz in Keidel, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 4a.

4. a) Nach meiner Ansicht ist den Ausführungen des OLG Köln im ersten Teil seines Beschluss mit der ganz herrschenden Literaturansicht dahingehend zuzustimmen, dass die Eltern in der hier behandelten Konstellation von der Vertretung des minderjährigen Kindes stets ausgeschlossen sind. Der Ausschluss der Eltern ist sowohl aufgrund der verfassungsrechtlichen als auch aufgrund der einfachgesetzlichen Vorgaben m. E. zwingend. Allerdings sollte meiner Ansicht nach der Vertretungsausschluss nicht über § 1796 BGB, sondern verfahrensrechtlich begründet werden. Hierdurch kann dem in der Sache zutreffenden Einwand des Brandenburgischen OLG begegnet werden, dass bei § 1796 Abs. 2 BGB auf den Interessengegensatz im Einzelfall abzustellen ist und sich insoweit pauschalisierende Annahmen verbieten. Weiterhin würde hierdurch das nach der Ansicht des KG sowie des OLG Köln (wohl) stets durchzuführende Entziehungsverfahren vermieden. Dies hätte nicht nur Praktikabilitätsvorteile, sondern würde auch verhindern, dass die Eltern bei einem (versehentlichen) Unterbleiben eines (ordnungsgemäßen) Entziehungsbeschlusses weiterhin hinsichtlich der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses zur Vertretung des Kindes berechtigt wären.¹¹

b) Die Ausführungen des OLG Köln im zweiten Teil seines Beschlusses sind hingegen m. E. zumindest missverständlich. Zutreffend ist, dass keine Bestellung eines „Bekanntgabevertreter“ erforderlich ist, wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat, da dann unmittelbar an das minderjährige Kind selbst bekannt gegeben werden kann und (nach § 164 FamFG) muss.¹²

Die hieran anknüpfenden Ausführungen des OLG Köln zur Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB deuten jedoch darauf hin, dass das OLG Köln (wohl) davon ausgeht, dass die Eltern aufgrund der Unzulässigkeit der Entziehung der Vertretungsmacht das Kind bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses vertreten können. Sollte das OLG Köln tatsächlich so zu verstehen sein, wäre dies m. E. unzutreffend. § 164 FamFG schreibt gerade die Bekanntgabe unmittelbar an das Kind selbst vor, die Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter genügt nach der Norm ausdrücklich nicht.¹³ Dies ist auch nach dem Sinn der Norm zwingend, da nur die Bekanntgabe an das Kind selbst sicherstellt, dass dieses rechtzeitig unterrichtet und so in die Lage versetzt wird, ggf. selbst Rechtsmittel einzulegen.

Sollte hingegen auch das OLG Köln auf dem Standpunkt stehen, dass die Bekanntgabe zwingend an das Kind selbst erfolgen muss, so sind die Ausführungen zu § 1796 BGB überflüssig. Eine Entziehung scheitert dann nämlich nicht am fehlenden Interessengegensatz, sondern bereits daran, dass die Bekanntgabe zwingend an das Kind selbst erfolgen muss, sodass die Eltern bereits aus diesem Grund (und mithin verfahrensrechtlich) von der Vertretung ausgeschlossen sind.

IV. Frage 3: Vertretung des Kindes bei Ausschluss der Eltern?

Soweit die Eltern nach dem Vorstehenden von der Vertretung des Kindes bezüglich der Bekanntgabe des Beschlusses ausgeschlossen sind, stellt sich die Frage, wer das Kind stattdessen vertritt. Hierzu werden in Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten. Nach einer

Ansicht soll die Bekanntgabe an einen dem Kind nach § 158 Abs. 1 FamFG (ggf. analog) zu bestellenden Verfahrensbeistand¹⁴ erfolgen, während die (mittlerweile wohl herrschende) Gegenansicht die Bekanntgabe an einen für das Kind zu bestellenden Ergänzungspfleger¹⁵ fordert.

1. Die (wohl) herrschende Ansicht geht zwar überwiegend davon aus, dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers wenig sachgerecht ist, hält diese aber für zwingend. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands wird hingegen als unzulässig angesehen. Dies wird in erster Linie damit begründet, dass nach § 9 Abs. 2 FamFG für den nicht verfahrensfähigen Minderjährigen die nach bürgerlichem Gesetz dazu befugten Personen handeln, während § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG festschreibt, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist. Weiterhin wird angeführt, dass dem Minderjährigen nach § 158 Abs. 1 FamFG nur in Verfahren, die seine Person betreffen, ein Verfahrensbeistand bestellt wird, sodass eine Bestellung in Verfahren, die das Vermögen des Kindes betreffen, nicht in Betracht kommt.

2. Das OLG Köln schließt sich in dem vorliegenden Beschluss unter Berufung auf die bisher ergangene obergerichtliche Rechtsprechung (erneut) der wohl herrschenden Ansicht sowohl hinsichtlich der Argumentation als auch hinsichtlich des Ergebnisses an. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Gegenansicht erfolgt (vermutlich im Hinblick auf die einheitlichen obergerichtlichen Entscheidungen) nicht.

3. Nach meiner Ansicht ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers jedenfalls wenig sachgerecht und dürfte wohl auch nicht der gesetzgeberischen Intention entsprechen, die Bestellung eines Verfahrensbeistands erscheint unter funktionalen und praktischen Gesichtspunkten vorzuzugung.¹⁶ Die von der herrschenden Ansicht gegen die Bestellung des

¹⁴ Hierfür bspw. *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 272; *Bork/Jacoby/Schwab/Elzer*, 1. Aufl. 2009, FamFG, § 41 Rdnr. 17; *Harders*, DNotZ 2009, 725, 730; *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 17; *ders.*, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 158; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 515; *Kölmel*, RNotZ 2010, 463, 468; *ders.*, MittBayNot 2011, 190, 194 f.; *Litzenburger*, RNotZ 2009, 380, 381; *ders.*, RNotZ 2010, 32, 33 f.; MünchKommZPO/*Ulrich*, 3. Aufl. 2010, § 41 FamFG Rdnr. 14. Für die Bestellung eines Verfahrensbeistands für die Fälle, in denen das Kind Beteiligter gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist, siehe *Schulte-Bunert/Weinreich/Oberheim*, FamFG, 3. Aufl. 2012, § 41 Rdnr. 16; *Stößer*, FamRB 2010, 38, 39. Vgl. weiterhin auch *Weber*, RpfStud 2009, 129, 132.

¹⁵ Hierfür bspw. KG, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10 (Fundstellen in Fn. 7); OLG Celle, Beschluss vom 4.5.2011, 10 UF 78/11, (Fundstellen in Fn. 8); OLG Köln, Beschluss vom 10.8.2010, 4 UF 127/10, BeckRS 2010, 23548 = FamFR 2010, 495; LG Braunschweig, Beschluss vom 17.11.2010, 8 T 816/10, BeckRS 2011, 09053; *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 500; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 635, 647; *Bumiller/Harders*, FamFG 10. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 8; *Keidel/Engelhardt*, 17. Aufl. 2011, FamFG, § 158 FamFG Rdnr. 6; *Haußleiter/Gomille*, FamFG, 1. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 12; *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 396 f.; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 4a; *Schürmann*, FamFR 2009, 153; *Sonnenfeld*, NotBZ 2009, 295, 299; *Kemper/Schreiber/Simon*, Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2011, § 41 Rdnr. 18; *Bork/Jacoby/Schwab/Zorn*, FamFG, § 158 Rdnr. 21; *dies.*, Rpfleger 2009, 421, 431; *dies.*, Rpfleger 2010, 422, 425. Für mich nicht eindeutig ist, ob der BGH sich dieser Ansicht in seinem Beschluss vom 7. 9. 2011, XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788 = MDR 2011, 1293 = NJW 2011, 3454 in der Rdnr. 15 in einem obiter dictum angeschlossen hat, oder ob er nur begründen wollte, warum in dem von ihm zu entscheidenden Fall die Bestellung eines Verfahrensbeistands ausreichend war.

¹⁶ Unabhängig von der Ansicht zu der vorliegenden Frage besteht Einigkeit, dass diesbezüglich ein Nachbessern durch den Gesetzgeber wünschenswert wäre, vgl. *Heggen*, NotBZ 2010, 393, 397 Fn. 22; *Kölmel*, MittBayNot 2011, 190, 196; *Schürmann*, FamFR 2009, 153 ff. *Zorn*, Rpfleger 2009, 421, 426.

¹¹ Vgl. hierzu ausführlich *Kölmel*, MittBayNot 2011, 190, 192 f.

¹² Vgl. hierzu bereits oben bei II. Frage 1.

¹³ Vgl. bspw. *Keidel/Engelhardt*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 164 Rdnr. 2.

Verfahrensbeistands angeführten Bedenken sind allerdings (insbesondere hinsichtlich des Arguments aus § 9 Abs. 2 FamFG) durchaus gewichtig, wenn auch nach meiner Ansicht nicht zwingend. Auch unter Beachtung der Ausführungen des OLG Köln erscheint mir die Bestellung eines Verfahrensbeistands in analoger Anwendung des § 158 Abs. 1 FamFG weiterhin zumindest erwägenswert.¹⁷

V. Bedeutung der Entscheidung für die notarielle Praxis

Soweit eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, muss der Notar berücksichtigen, dass das von ihm beurkundete Rechtsgeschäft erst mit Rechtskraft der familiengerichtlichen Genehmigung wirksam wird, was zumindest

¹⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Kölmel*, MittBayNot 2011, 190, 193 ff. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass in Kindschaftsverfahren nach dem FamFG, bei denen ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Kind und Eltern besteht, von der überwiegenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung die Bestellung eines Verfahrensbeistands für zulässig und ausreichend gehalten wird (so nun auch ausdrücklich der BGH in seinem Beschluss vom 7. 9. 2011, XII ZB 12/11 (Nachweise in Fn. 15); vgl. dort auch zur bisherigen Rechtsprechung und Literaturansicht). Dies wird damit begründet, dass die Bestellung des Verfahrensbeistands ein gegenüber der Entziehung der Vertretungsmacht milderer Mittel sei. Folge ist dann allerdings, dass die Eltern zur Vertretung des Kindes berechtigt bleiben, was (jedenfalls, wenn man der auch hier vertretenen ganz herrschenden Ansicht zum unbedingten Ausschluss der Eltern von der Vertretung des Kindes bei der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses folgt) einer unmittelbaren Übertragung auf die hier behandelte Frage entgegensteht.

grundsätzlich die ordnungsgemäße Bekanntgabe des Beschlusses auch an den Minderjährigen voraussetzt. Der Notar ist allerdings nicht von Amts wegen verpflichtet¹⁸ zu überprüfen, ob der Genehmigungsbeschluss ordnungsgemäß bekannt gegeben worden ist, hinsichtlich der Rechtskraft des Beschlusses darf er sich auf das Rechtskraftzeugnis verlassen.¹⁹ Die vom OLG Köln behandelten Fragestellungen sind daher in der Praxis durch den Notar nicht zu entscheiden, die Überwachung der ordnungsgemäßen Bekanntgabe des Beschlusses obliegt allein dem Gericht. Auch soweit der Notar es übernimmt, für die Beteiligten die Genehmigung des beurkundeten Rechtsgeschäfts zu beantragen und hierbei dem Gericht eine geeignete Person als „Bekanntgabevertreter“ für das minderjährige Kind vorschlägt, muss der Notar sich hinsichtlich der Einordnung des Vertreters nicht festlegen, sondern kann es dem zuständigen Gericht überlassen, ob dieses einen Verfahrensbeistand oder einen Ergänzungspfleger bestellt.²⁰

¹⁸ Eine freiwillige Übernahme der Überprüfung durch den Notar sollte im Hinblick auf die dem Notar nicht zugänglichen Informationen sowie die aus einer Übernahme resultierenden Haftungsrisiken tunlichst unterbleiben; vgl. näher *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 12.

¹⁹ *Brambring*, NotBZ 2009, 394, 395; *Kesseler*, ZNotP 2009, 422, 423; *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 11; *ders.*, RNotZ 2010, 463, 469; jeweils m. w. N.

²⁰ Vgl. hierzu bereits *Kölmel*, MittBayNot 2011, 190, 197. Ein entsprechender Formulierungsvorschlag hierzu findet sich bei *Kölmel*, NotBZ 2010, 2, 16.

Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger durch den gesetzlichen Vertreter als (Mit-)Erben

– zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11¹ und vom 8.2.2011, 34 Wx 18/11² –

Von Notarassessor Dr. *Christoph Röhl*, Nürnberg

Kommando zurück! – So könnte die passende Überschrift zu einem aktuellen Beschluss des OLG München vom 23.9.2011 (Az.: 34 Wx 311/11) lauten. Nach gerade einmal sechs Monaten revidiert der 34. Zivilsenat des OLG München seine eigene Rechtsprechung zu der äußerst praxisrelevanten Frage der Vermächtniserfüllung an einen Minderjährigen durch dessen gesetzlichen Vertreter, der zugleich (Mit-)Erbe geworden ist.

I. Einleitung

Nicht selten äußern die Beteiligten im Zusammenhang mit der vorsorgenden Nachlassplanung gegenüber dem Notar den Wunsch, Vermächtnisse zugunsten Minderjähriger anzuordnen. Dies kann zum einen steuerliche Gründe haben, da der erbschaftsteuerliche Freibetrag für Enkel gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG bei mittlerweile 200.000 Euro liegt. Wohlhabende Großeltern neigen daher bisweilen zur Anordnung von Vermächtnissen für ihre minderjährigen Enkel, um die erbschaftsteuerliche Belastung der eigenen (Schwieger-)Kinder zu senken bzw. auszuschließen. Zum anderen spielen gerade bei Ehegattentestamenten oder -erbverträgen mit gegenseitiger

Alleinerbeneinsetzung häufig pflichtteilsrechtliche (Vermeidung der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen beim Tod des Erstversterbenden durch Aussetzung „attraktiver“ Vermächtnisse, § 2307 BGB) oder psychologische (keine „echte“ Enterbung der Kinder beim Tod des Erstversterbenden) Aspekte eine gewichtige Rolle bei den Überlegungen zur Gestaltung letztwilliger Verfügungen von Todes wegen. Nicht immer wird dabei jedoch ausreichend bedacht, dass es zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten bei der späteren Vermächtniserfüllung kommen kann, wenn die Bedachten zu diesem Zeitpunkt noch minderjährig sind. Konkret stellt sich die Frage, ob die Eltern (bzw. der überlebende Elternteil) als Inhaber der elterlichen Sorge – wenn sie zugleich auch Erben geworden sind – die eigenen Kinder bei der Abwicklung wirksam vertreten können, oder ob es der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf. Mit den dabei auftretenden Pro-

¹ MittBayNot 2012, 145 (in diesem Heft).

² MittBayNot 2011, 239.

blemen des § 1795 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB war das OLG München binnen kürzester Zeit gleich zweimal befasst – mit völlig gegensätzlichen Ergebnissen. Dies bietet Anlass für eine eingehendere Betrachtung.

II. Sachverhalt (verkürzt)

Vereinfacht dargestellt geht es meist um folgenden alltäglichen Sachverhalt: Der Erblasser E setzt seine Ehefrau F zur Alleinerbin ein und ordnet ein Grundstücksvermächtnis zugunsten des gemeinsamen minderjährigen Kindes K an. Nach dem Tod des E erklärt F als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge die Annahme des Vermächtnisses zugunsten von K. Zudem wird die Auflassung des vermieteten Grundstücks erklärt und die Eintragung der Auflassung bewilligt und beantragt. Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt verweigert die Eigentumsumschreibung unter Hinweis auf die fehlende Mitwirkung eines Ergänzungspflegers (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181, 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB).

III. Beschluss des BayObLG vom 8.4.2004

Im Jahre 2004 hatte bereits das BayObLG³ in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass Eltern nicht von der Vertretung ihrer minderjährigen Kinder ausgeschlossen sind, wenn diesen eine Eigentumswohnung vermacht ist und die Eltern als (Mit-)Erben in Erfüllung des Vermächtnisses die Auflassung an die Kinder erklären. Zwar enthalte § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB einen Vertretungsausschluss der Eltern bei einem Rechtsgeschäft mit einem Verwandten der Eltern in gerader Linie; dieser Vertretungsausschluss greife jedoch nach dem klaren Gesetzeswortlaut dann nicht ein, wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB). Da das angeordnete Vermächtnis für den Bedachten das Recht begründe, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (§ 2174 BGB), erfolge die dingliche Übertragung stets in Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Ob dieses Erfüllungsgeschäft dem Minderjährigen (auch) rechtliche Nachteile i. S. v. § 107 BGB bringe, sei dabei irrelevant.

IV. Beschluss des OLG München vom 8.2.2011

Ohne diesen Beschluss des BayObLG auch nur mit einer Silbe zu erwähnen, hat das OLG München in einer Entscheidung vom 8.2.2011⁴ den genau entgegengesetzten Standpunkt vertreten und mangels Vertretungsbefugnis der Eltern im Ergebnis die Einschaltung eines Ergänzungspflegers gefordert. Der erkennende Senat stützt sich dabei auf die nach seiner Meinung übertragbare jüngere Rechtsprechung des BGH zur Schenkung rechtlich (auch) nachteiliger Gegenstände an Minderjährige. Während in derartigen Fällen nach früherer Rechtsprechung⁵ im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts eine Gesamtbetrachtung aus schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft angezeigt war, müsse nunmehr nach Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre durch den BGH⁶ das dingliche Erfüllungsgeschäft völlig isoliert vom Grundgeschäft auf seine Wirksamkeit hin überprüft werden. Weitgehend unstrittig ist mittlerweile, dass die Übertragung von Grundbesitz für den Minderjährigen jedenfalls dann zumindest auch rechtlich nachteilig ist, wenn das Grundstück vermietet oder mit einer

Reallast belastet ist.⁷ Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist nach neuer BGH-Rechtsprechung sogar stets nicht lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen, da dieser als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft kraft Gesetzes nicht unbedeutenden persönlichen Verpflichtungen unterliegt.⁸ Der Minderjährige ist daher in diesen Fällen gemäß § 107 BGB daran gehindert, selbst eine Willenserklärung abzugeben, die auf einen dinglichen Rechtserwerb gerichtet ist. Für die Eltern bzw. den verbleibenden Elternteil als gesetzliche Vertreter kann sich ein Ausschluss der Vertretungsmacht im Hinblick auf §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB ergeben. An dieser Stelle setzte das OLG München an und hielt das Vertretungsverbot aus § 1795 Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB für einschlägig, da der gesetzliche Vertreter zugleich Erbe geworden sei und somit ein Insichgeschäft vorliege. Zwar sei das der Eigentumsübertragung zugrundeliegende Vermächtnis (§ 2174 BGB) für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft und die Auflassung diene ausschließlich der Erfüllung einer durch die Verfügung von Todes wegen wirksam begründeten Verbindlichkeit. Zweck dieses Vertretungsverbots sei es jedoch, Kollisionen zwischen den Interessen des Kindes und den Interessen seiner Eltern zu vermeiden, wenn das in Erfüllung der Verbindlichkeit bestehende Rechtsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Vertretenen führe. In diesem Fall treffe die Ausnahme vom Verbot des Insichgeschäfts – ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit und daher keine Interessenkollision – nicht zu. Mangels Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters müsse daher ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

V. Reaktionen in der Literatur

Die Entscheidung des OLG München ist in der Literatur sowohl auf Zustimmung⁹ als auch auf harsche Ablehnung¹⁰ gestoßen. Das Für und Wider des Beschlusses soll an dieser Stelle nicht vertieft rezipiert werden. Vielmehr soll lediglich die wohl entscheidende Argumentationslinie gegen die Senats-Auffassung dargestellt werden.

Die vom BGH mittlerweile aufgegebenen Gesamtbetrachtungslehre fußte auf der Erkenntnis, dass in Fällen, in denen das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wegen dessen ausschließlicher Vorteilhaftigkeit für den Minderjährigen von diesem selbst (§ 107 BGB) oder von dessen gesetzlichem Vertreter (Rechtsgedanke des § 107 BGB im Rahmen des § 1795 Abs. 2 BGB i. V. m. § 181 BGB) wirksam abgeschlossen werden konnte (insbes. Schenkung), die Gefahr einer Interessenkollision auf dinglicher Ebene besteht. Ist das Erfüllungsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so könnte es nach dem Gesetzeswortlaut gleichwohl vom gesetzlichen Vertreter im Wege des Insichgeschäfts wirksam durchgeführt werden, da die Durchführung ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen würde (§ 181 Hs. 2 BGB). Um diese problematische Kumulation von „lediglich rechtlichem Vorteil“ auf schuldrechtlicher und „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ auf dinglicher Ebene in den Griff zu bekommen, sollte laut BGH eine Gesamtbetrachtung beider Ebenen über die rechtliche Wirksamkeit der Rechtsübertragung entscheiden. Am Kern dieser Überlegungen hat sich auch durch die Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre nichts geändert. Der BGH hat lediglich den dogmatischen An-

³ DNotZ 2004, 925.

⁴ MittBayNot 2011, 239.

⁵ BGHZ 78, 28.

⁶ BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408; BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413; BGHZ 187, 119 = MittBayNot 2011, 129.

⁷ Vgl. insbesondere BGH, MittBayNot 2005, 413; allgemein *Wilhelm*, NJW 2006, 2353.

⁸ BGH, MittBayNot 2011, 129.

⁹ *Keim*, ZEV 2011, 563, 564 f.; im Ergebnis auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 315705.

¹⁰ *Zorn*, FamRZ 2011, 776; *Sonnenfeld*, RPflege 2011, 475.

satzpunkt der Prüfung verschoben, um den häufig kritisierten Verstoß der Gesamtbetrachtungslehre gegen das Abstraktionsprinzip¹¹ zu vermeiden. Nunmehr muss das Erfüllungsgeschäft isoliert auf seine Wirksamkeit hin überprüft werden. Bei der Frage eines Vertretungsausschlusses des gesetzlichen Vertreters soll die in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB normierte Ausnahme vom Vertretungsverbot (ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit) dann nicht gelten, wenn der dingliche Rechtserwerb über den Erfüllungszweck hinaus zu rechtlichen Nachteilen für den Minderjährigen führt. Der BGH nimmt damit eine teleologische Reduktion des Ausnahmetatbestands für Fälle vor, in denen das Erfüllungsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Aus dieser neuen Rechtsprechung des BGH hat das OLG München in seinem Beschluss vom 8.2.2011 indes die falschen Schlüsse gezogen. Es war vom BGH keineswegs intendiert, dass nunmehr in die Ausnahme vom Vertretungsausschluss stets und ausnahmslos als ungeschriebene Voraussetzung die rechtliche Vorteilhaftigkeit des (Erfüllungs-)Geschäfts hineingelesen werden müsste. Vielmehr muss, nach richtigem Verständnis der BGH-Vorgaben, das dingliche Geschäft nur dann zusätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen sein, wenn die Frage des rechtlichen Vorteils bereits auf schuldrechtlicher Ebene über die Heranziehung des (Rechtsgedanken des) § 107 BGB eine Rolle gespielt hat. Oder anders ausgedrückt: Nur wenn es zu einer Kumulation von „rechtlichem Vorteil“ des Grundgeschäfts und „ausschließlicher Erfüllung einer Verbindlichkeit“ im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts kommt, muss auch Letzteres für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sein, um eine Ausnahme vom Vertretungsausschluss des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB begründen zu können. Bei der Erfüllung eines Vermächtnisses beruht das Grundgeschäft jedoch auf einem gesetzlichen Anspruch (§ 2174 BGB), der völlig unabhängig von der Frage des rechtlichen Vorteils wirksam ist. Daher kann es auch im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts nicht auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Rechtserwerbs ankommen. Diese Systematik zutreffend aufgezeigt zu haben, ist das Verdienst von Zorn und Sonnenfeld.¹²

VI. Beschluss des OLG München vom 23.9.2011

Das OLG München hat angesichts der überzeugenden Gegenauffassung die erstbeste Gelegenheit genutzt und seine eigene Rechtsprechung korrigiert. Das Gericht geht nunmehr unter Rekurs auf die dargestellte Literaturmeinung davon aus, dass es bei der Erfüllung eines Vermächtnisses an einen Minderjährigen durch dessen gesetzlichen Vertreter, der zugleich (Mit-)Erbe ist, keiner Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf. Der gesetzliche Vertreter handele ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit (nämlich des Anspruchs aus § 2174 BGB) und sei daher nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB nicht von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen. Ob der dingliche Erwerb lediglich rechtlich vorteilhaft ist, sei insoweit irrelevant.¹³

Das OLG München hat dabei zugleich klargestellt, dass die Problematik einer wirksamen Annahme des Vermächtnisses durch den gesetzlichen Vertreter (vgl. § 2186 BGB) bei der rechtlichen Beurteilung des dinglichen Erwerbsgeschäfts keine Rolle spielt.¹⁴ Beide Rechtsgeschäfte seien nach der Rechtsprechung des BGH wegen des geltenden Abstraktions-

prinzips vielmehr völlig isoliert auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen. Schließlich bedürfe es auch keiner familiengerichtlichen Genehmigung des Erfüllungsgeschäfts, da keiner der Tatbestände aus § 1643 Abs. 1 und 2 i. V. m. §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB gegeben sei.

VII. Fazit und Ausblick

Nach nunmehriger – zutreffender – Auffassung des OLG München ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses an einen Minderjährigen auch dann nicht erforderlich, wenn der gesetzliche Vertreter des Bedachten zugleich (Mit-)Erbe geworden ist. Es greift insoweit die gesetzlich normierte Ausnahme vom Vertretungsverbot nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB (i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB) ein. Auch einer familiengerichtlichen Genehmigung (§ 1643 i. V. m. § 1821 BGB) bedarf es nicht.

Hieran anschließend stellen sich zwei Fragen: Erstens, welche Folgen hat es, dass die Annahme des Vermächtnisses mangels zugrundeliegender Erfüllung einer Verbindlichkeit vom gesetzlichen Vertreter nicht wirksam erklärt werden kann (§ 1629 Abs. 2 i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB)? Und zweitens, wie ist die Rechtslage bei den ebenfalls sehr praxisrelevanten Vermächtnissen über Gesellschaftsanteile?

Meist wird in der Erfüllung eines Vermächtnisses zugleich dessen (konkludente) Annahme durch den Bedachten zu sehen sein. Die Vermächtnisannahme als gestaltende Willenserklärung scheidet jedoch in vorliegendem Zusammenhang mangels Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters und mangels fehlender Bestellung eines Ergänzungspflegers. Erst mit der wirksamen Annahme erwirbt der (pflichtteilsberechtigte) Vermächtnisnehmer das Vermächtnis endgültig und verliert zugleich den Pflichtteilsanspruch insoweit, als dieser durch das Vermächtnis gedeckt wird (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Jedenfalls diese Wirkung kann hier zunächst nicht eintreten. In der Praxis wird sich dieses Problem gleichwohl spätestens mit Erreichen der Volljährigkeit des Minderjährigen erledigen, da jedenfalls in der widerspruchslosen Entgegennahme des Vermächtnisgegenstandes noch in diesem Zeitpunkt eine stillschweigende Annahme des Vermächtnisses gesehen werden kann.¹⁵

Werden Gesellschaftsbeteiligungen vermächtnisweise zugewandt, ergibt sich gegenüber Grundstücksvermächtnissen keinerlei Änderung im Hinblick auf die (zu verneinende) Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers. Bei der Frage nach der gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit des Erfüllungsgeschäfts ist jedoch an § 1822 Nr. 3 BGB zu denken. Danach muss ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird, vom Familiengericht genehmigt werden. Dieses Erfordernis wird teilweise auch auf Fälle des nachträglichen Gesellschafterwechsels – etwa im Zuge einer Vermächtniserfüllung – erstreckt, da andernfalls der Minderjährigenschutz „zufallsbedingt reduziert“ würde.¹⁶ Unabhängig davon, dass sich diese Ansicht nur schwerlich mit dem Gesetzeswortlaut, der überdies nur auf Verpflichtungsgeschäften abstellt, vereinbaren lässt, kann sie jedenfalls seit Inkrafttreten des Minderjährigenschutzbegrenzungsgesetzes am 1.1.1999 auch in der Sache nicht mehr überzeugen. Mit § 1629 a BGB ist der Minderjährige nunmehr ausreichend vor den negativen Folgen eines Gesellschaftsbeitritts geschützt. Die Vermächtniserfüllung bedarf daher nicht (zusätzlich) einer familiengerichtlichen Genehmigung.¹⁷

¹¹ Vgl. nur Feller, DNotZ 1989, 66; Jauernig, JuS 1982, 576.

¹² Vgl. Fn. 10.

¹³ Nach wie vor zweifelnd Keim, ZEV 2011, 660, der auch beim Vermächtnisvollzug aus Gründen des Minderjährigenschutzes eine teleologische Reduktion des § 181 BGB für sachgerecht hält.

¹⁴ A. A. Litzenburger, FD-ErbR 2011, 315705 und 323947.

¹⁵ Vgl. auch Litzenburger, FD-ErbR 2011, 315705.

¹⁶ Vgl. etwa Keim, ZEV 2011, 563, 567.

¹⁷ Im Ergebnis ebenso Reimann, DNotZ 1999, 179, 194 f.; Damrau, ZEV 2000, 209, 213; Bürger, RNotZ 2006, 156, 168.

TAGUNGSBERICHT

Drei Jahre MoMiG

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 30.11.2011

Von *Daniel Huber*, München

Am 30.11.2011 fand an der Ludwig-Maximilians-Universität die letzte Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht im Jahr 2011 statt. Der Titel der Veranstaltung lautete „Drei Jahre MoMiG“.

Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, eröffnete die Tagung. Er begrüßte die Teilnehmer, führte in die Thematik ein, skizzierte einige aktuell diskutierte Problemfelder des MoMiG und stellte die Referenten vor.

Im Anschluss hieran sprach Notar Dr. *Winfried Kössinger*, Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins e. V., ein Grußwort. Er hieß insbesondere auch die zahlreich erschienenen Vertreter aus der Anwaltschaft sowie eine Reihe von Studenten aus der Vorlesung „Vertiefung GmbH und GmbH & Co“ von Professor Dr. *Peter Kindler* willkommen.

Der Vortrag des ersten Referenten, Professor Dr. *Wulf Goette*, Vorsitzender Richter am II. Zivilsenat des BGH a. D., trug den Titel „Kapitalschutz in der GmbH nach MoMiG“. *Goette* leitete sein Referat mit einem Verweis auf den generell geltenden Grundsatz ein, eine Person hafte grundsätzlich unbeschränkt persönlich, soweit nichts anderes vereinbart oder geregelt sei.

Goette entwickelte seine Darstellungen zum Kapitalschutz nach dem MoMiG vor dem Hintergrund der Diskussionen um den damaligen ersten Referentenentwurf zur GmbH-Reform. So habe es bereits unterschiedliche Meinungen darüber gegeben, welche Aspekte überhaupt im Rahmen der Reform aufgegriffen werden sollen. Insbesondere jedoch die verdeckte Sacheinlage sowie das sog. Hin- und Herzahlen sollten Regelungsgegenstand werden. Letzteres habe nach damaliger Rechtsprechung keine Tilgungswirkung hinsichtlich der Einlageverpflichtung gehabt, sodass sich für den Schuldner das Problem des zweifachen Zahlens gestellt habe. Allerdings habe die jüngere Rechtsprechung bei Vorliegen einer Einlage und einer Darlehensschuld, die durch das Herzahlen entstanden sei, nicht mehr eine Verdopplung der Leistungspflichten angenommen. Darüber hinaus sei in der Phase vor dem Referentenentwurf diskutiert worden, ob das sog. Cash Pooling im Gesetz Niederschlag finden solle. Schließlich wies *Goette* auf das Problem bei der Bewertung einer Sacheinlage hin, dass derjenige, der sie bewerten lassen müsse, sein Geschäft offenlegen und so ggf. Geschäftsgeheimnisse offenbaren müsse.

Sodann ging *Goette* auf die Regelungen des MoMiG zu den angesprochenen Punkten ein. Zunächst erläuterte der Referent die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG zur sog. verdeckten Sacheinlage. Habe der zeitlich nach dem Referentenentwurf entwickelte Regierungsentwurf noch vorgesehen, dass derjenige, der gegen das Verbot der Sacheinlage verstoße, dennoch seine Einlageschuld tilge, so gebe es in § 19 Abs. 4 GmbHG nun die sog. Anrechnungslösung. Zwar sei damit die verdeckte Sacheinlage weiterhin verboten und habe keine Erfüllungswirkung, jedoch seien nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft wirksam. Der Referent kritisierte diese Lösung des MoMiG. Die beste Lösung sei seines Erachtens, die Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage komplett aufzugeben.

Das sog. Hin- und Herzahlen, also der Sachverhalt, bei dem der Schuldner seine Einlageschuld zunächst formal begleiche, sich aber sofort von der Gesellschaft ein Darlehen oder dergleichen in derselben Höhe ausbezahlen lasse, oder umgekehrt, sei durch das MoMiG in Form des § 19 Abs. 5 GmbHG in das Gesetz gekommen. Nach Auffassung des Referenten sei § 19 Abs. 5 GmbHG im Gesetz systemwidrig nach der verdeckten Sacheinlage geregelt worden. Vielmehr hätte die Vorschrift nach § 8 Abs. 2 GmbHG Eingang in das Gesetz finden müssen. Dies habe der Referentenentwurf damals auch so vorgesehen, der Rechtsausschuss habe dies jedoch geändert. Gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG könne nun die Einlageverpflichtung durch einen schuldrechtlichen Anspruch ersetzt werden, soweit dieser vollwertig und fällig sei oder ohne Probleme fällig gestellt werden könne. Hinsichtlich § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG, der die Anmeldepflicht bezüglich der Vereinbarung einer die Einlageschuld ersetzenden Verpflichtung nach § 8 GmbHG regele, berichtete *Goette*, dass umstritten sei, ob diese Vorschrift konstitutiv oder deklaratorisch sei. Vor dem Hintergrund des dem präventiven Kapitalschutz dienenden Zwecks der Vorschrift teilte der Referent die im Schrifttum zum Teil vertretene Ansicht nicht, es handle sich bei § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG nicht um eine konstitutiv wirkende Regelung, sondern lediglich um eine Art Ordnungsvorschrift.

Nach den Ausführungen zu den Kapitalschutzvorschriften in den Gesetzentwürfen und im MoMiG stellte *Goette* einige Urteile des II. Zivilsenats vor, die mit den angesprochenen Problemkreisen im Zusammenhang stehen.

Zunächst war das sog. Cash Pool II-Urteil des BGH vom 20.7.2009 (II ZR 273/07 = MittBayNot 2010, 58) Gegenstand der Schilderung. *Goette* skizzierte kurz den Sachverhalt und ging anschließend dazu über, die rechtliche Problematik sowie die Lösung des II. Zivilsenats zu erläutern. So habe der Senat unter seinem Vorsitz damals das Verfahren möglichst langsam vorangetrieben, als klar gewesen sei, dass der Gesetzgeber mit dem MoMiG eine Neuregelung hinsichtlich der verdeckten Sacheinlage bzw. des Hin- und Herzählens beabsichtigte. Das Urteil sei daher erst nach Inkrafttreten des MoMiG ergangen. Die Anwendung der neuen Regelungen der § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG sei wegen der in § 3 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zum GmbHG vorgesehenen Rückwirkung möglich gewesen. Letztlich habe der Senat ein Stufenverhältnis zwischen der in § 19 Abs. 4 GmbHG geregelten verdeckten Sacheinlage und den Wirkungen des in § 19 Abs. 5 GmbHG geregelten Hin- und Herzählens angenommen. Erst wenn eine Anrechnung der Darlehensschuld auf die Einlageverpflichtung nach § 19 Abs. 4 GmbHG nicht erfolge oder nicht erfolgreich sei, käme § 19 Abs. 5 GmbHG ins Spiel und es müsse die Frage beantwortet werden, ob das Darlehen durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden könne.

Goette deutete anschließend noch zwei weitere Problemkreise aus dem Cash Pool II-Fall an. So sei das dort vorgenommene dingliche Geschäft nach neuer Rechtslage wegen § 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG wirksam gewesen, während es bei Anwendung der vor der Reform geltenden Vorschriften unwirksam gewesen wäre. Schließlich verwies der Referent darauf, dass

innerhalb des Senats die Diskussion geführt worden sei, ob der Fall dem BVerfG gemäß Art. 100 GG vorzulegen sei. Allerdings sei man zu dem Ergebnis gekommen, dass die Neuregelungen jedenfalls in Bezug auf Sachen keinen Verstoß gegen Art. 14 GG darstellen.

Im Anschluss hieran sprach der Referent das November-Urteil des BGH vom 24.11.2003 (II ZR 171/01 = MittBayNot 2004, 287) an. Vor dem Hintergrund der neuen Regelungen des MoMiG hätte der Fall heute anders entschieden werden müssen.

Seinen Vortrag schloss *Goette* mit einem Zwischenfazit zur MoMiG-Reform mit Blick auf den Kapitalschutz. Auf der einen Seite sei eine Liberalisierung eingetreten, andererseits würden die durch das MoMiG neu eingeführte Unternehmergesellschaft (UG), die Vorschrift des § 30 GmbHG und die Regelung der verdeckten Sacheinlage in § 19 Abs. 4 GmbHG als Kehrseite der Liberalisierung zu einer Schwächung des Gläubigerschutzes führen. Eine Kompensation durch die Haftung des Geschäftsführers laufe regelmäßig ins Leere, da dieser oft kein oder nicht genügend Vermögen besitze. Schließlich habe sich kein Vereinfachungseffekt in der Praxis ergeben, wie das Cash Pool II-Urteil zeige. Vielmehr gebe es erhebliche Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung.

Im Anschluss an *Goettes* Vortrag eröffnete *Hager* die Diskussion mit einer eigenen Frage. Sodann wurde unter reger Beteiligung des Auditoriums lebhaft diskutiert.

Vor dem Hintergrund, dass es zu dieser Tagung keinen Tagungsband geben wird, sei für weitere Hinweise zum Vortrag von *Goette* auf dessen Beitrag in *Goette/Habersack*, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Kap. 9, 283 ff. verwiesen.

Als zweiter Referent sprach Notar Dr. *Hartmut Wicke* aus München zu den Tagungsteilnehmern. Der Titel seines Vortrags lautete „Aktuelle Praxisfragen des ‚vereinfachten‘ Verfahrens zur GmbH-Gründung“. *Wicke* begann sein Referat mit einem Blick auf die Beweggründe des deutschen Gesetzgebers, eine vereinfachte GmbH-Gründung zu etablieren. Schuld daran sei teilweise die englische Limited gewesen, die dem Gesetzgeber einfacher und daher praktikabler und in der Rechtswirklichkeit beliebter erschien. *Wicke* wies diese Ansicht zurück. Vielmehr habe die englische Limited ihre Tücken und unpraktische Begleiterscheinungen, was gerne übersehen werde. Hinsichtlich des im Rahmen des MoMiG neu eingeführten Musterprotokolls äußerte er sich hinsichtlich dessen mangelnder Flexibilität kritisch.

Weiter verwies *Wicke* auf das Gesetzgebungsverfahren zum MoMiG. So habe der Referentenentwurf zunächst keine Änderungen des § 2 GmbHG vorgesehen. Erst durch den Regierungsentwurf sei die Mustersatzung in das Gesetzgebungsverfahren gekommen. So sei die GmbH-Gründung im sog. „vereinfachten Verfahren“ nach § 2 Abs. 1 a GmbHG Gesetz geworden. Ziel dieser Einführung sei es gewesen, die Gründung einer GmbH bei Standardfällen zu vereinfachen und somit die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im Verhältnis zu Auslandsgesellschaften zu erhöhen. Kurz umriss *Wicke* das Wesen des vereinfachten Verfahrens: Es sei nur bei Vorhandensein von bis zu drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer durchführbar; die Gründungsurkunde, die Geschäftsführerbestellung, die Satzung und die Gesellschafterliste seien alle in einem Dokument zusammengefasst. Schließlich sei eine kostenrechtliche Privilegierung dieser Gründungsart in § 41 d KostO vorgesehen.

Sodann stellte *Wicke* die vehemente Kritik des Bundesrates an dem Gesetzesvorhaben vor. Dieser habe kritisiert, dass die

Mustersatzung zu keiner Gründungsbeschleunigung führe, da allein schon die Bestimmung der Firma sowie die Beschreibung des Gegenstands der zu gründenden GmbH klärungsbedürftig und daher beratungsintensiv seien. Der Bundesrat habe auch davor gewarnt, dass der Wegfall der notariellen Filterfunktion zu einer Mehrbelastung der Gerichte führe.

Im Anschluss hieran beschrieb *Wicke* das vereinfachte Verfahren. Während unproblematisch natürliche wie juristische Personen Gesellschafter bei einer solchen GmbH-Gründung sein könnten, sei dies für die GbR umstritten. Die herrschende Meinung und die Praxis hielten die Gründung einer GmbH durch die GbR aber wegen der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR für zulässig. Im einheitlichen Gründungsdokument sei zudem die Geschäftsführerbestellung geregelt. Maximal ein Geschäftsführer könne bestellt werden, wobei die Bestellung „im Gesellschaftsvertrag“ i. S. v. § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG erfolge. Nach herrschender Meinung sei diese Bestellung jedoch kein echter Satzungsbestandteil. Daher erfordere die Bestellung weiterer Geschäftsführer oder die Auswechslung des Geschäftsführers keine Satzungsänderung. Hinsichtlich der Vertretungsregelung führte der Referent aus, dass im Musterprotokoll diesbezüglich keine besondere Regelung vorgesehen sei, sodass § 35 Abs. 2 GmbHG gelte. Bei mehreren Geschäftsführern seien daher alle gemeinschaftlich vertretungsbefugt.

Kritisch beleuchtete *Wicke* im Folgenden den Passus im Musterprotokoll, wonach der Geschäftsführer von den Beschränkungen bei sog. In-Sich-Geschäften nach § 181 BGB befreit sei. Die Regelung sei aus der Sicht der Praxis ungeeignet. Zudem stelle sich die Frage, ob die Befreiung auch für spätere, weitere Geschäftsführer gelte. Hier sei die Rechtslage unklar, es sei daher zu empfehlen, die Satzung zwecks Schaffung einer klaren Regelung zu ändern. Nach herrschender Meinung bedürfe die Befreiung von § 181 BGB einer Satzungsgrundlage. Die im Musterprotokoll enthaltene Befreiung nach § 181 BGB könne später durch einfachen Beschluss aufgehoben werden. Zudem seien weitere, später bestellte Geschäftsführer auch beim Musterprotokoll ohne Satzungsänderung nicht von § 181 BGB befreit. Nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart (NZG 2009, 754) ent falle die Befreiung des ersten Geschäftsführers bei späterer Bestellung weiterer Geschäftsführer automatisch. Dies sah *Wicke* kritisch, da eine entsprechend auflösend bedingte Befreiung praxisunüblich sei und daher besonders angemeldet werden müsse.

Selbstverständlich sei, dass nach dem Musterprotokoll die Firma den Rechtsformzusatz GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) tragen müsse. Für das Stammkapital gebe es keine Obergrenze. Jeder Gesellschafter könne nur einen Geschäftsanteil übernehmen, wobei eine nachträgliche Teilung nach § 46 Nr. 4 GmbHG nicht ausgeschlossen sei. Einlagen seien in bar zu erbringen; Sacheinlagen seien nicht möglich. Bei der klassischen GmbH erfolge in Abgrenzung zur UG bei verdeckter Sacheinlage eine Anrechnung aufgrund von § 19 Abs. 4 GmbHG. Dies sei für die UG zwar streitig, gelte aber seiner Meinung nach nicht, da in § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG für die UG gerade ein Sacheinlageverbot enthalten sei. Ähnliches gelte für das sog. Hin- und Herzahlen, das bei der GmbH unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG möglich sei, nicht aber bei der UG. Schließlich sei bei der GmbH die Einlage wahlweise vollständig oder zur Hälfte zu erbringen, bei der UG müsse wegen § 5 a Abs. 2 Satz 1 GmbHG dagegen zwingend eine Volleinzahlung erfolgen.

Hinsichtlich der Gründungskosten erläuterte *Wicke* Ziffer 5 des Musterprotokolls, wonach diese auf 300 €, jedoch maximal auf den Betrag des Stammkapitals begrenzt seien. Nach

einer Entscheidung des OLG München (ZIP 2010, 2096) müsse diese Satzungsbestimmung für die Dauer von fünf Jahren beibehalten werden, wobei diese Sperrfrist redaktionellen Änderungen nicht im Wege stünde.

Weiter verwies der Referent auf ein Redaktionsversehen in Ziffer 6 des Musterprotokolls. In Wirklichkeit erhalte das FA gemäß § 54 EstDV eine beglaubigte und nicht bloß eine einfache Abschrift. Im Hinblick auf den in Ziffer 7 des Musterprotokolls angeführten notariellen Hinweis verwies der Referent auf die überwiegende Auffassung in der Literatur, wonach der Notar vor allem über die Unzulänglichkeiten des Musterprotokolls belehren müsse. *Wicke* selbst hielt im Rahmen einer UG-Gründung eine Belehrung durch den Notar über die Insolvenzantragspflicht im Fall der Überschuldung für erforderlich.

Sodann ging *Wicke* auf die Regelung des § 2 a Abs. 1 a Satz 3 GmbHG ein, wonach im Musterprotokoll keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden dürfen. Zulässig seien Abweichungen und Ergänzungen grundsätzlich nur, wenn dies im Musterprotokoll ausdrücklich vorgesehen sei und kein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften vorliege. Zusätzliche Klauseln, etwa die Vinkulierung betreffend, seien unzulässig. Beurkundungsrechtlich gebotene Zusätze wie der Ort der Verhandlung, der Schlussvermerk und die Zuziehung von Zeugen oder Dolmetschern seien jedoch zulässig. Zudem sei von der Rechtsprechung bereits entschieden worden, dass völlig unbedeutende Abwandlungen bei Zeichensetzung, Satzstellung und Wortwahl nicht unzulässig seien. Auch die Verwendung der weiblichen Formen sowie gängige Abkürzungen seien zulässig. Unzulässige Abweichungen führten nach der herrschenden Meinung zu einer normalen GmbH-Gründung, es sei eine separate Gesellschafterliste einzureichen und die Kostenprivilegierung entfalle, aber im Übrigen bestehe keine Nichtigkeit nach § 134 BGB. Nach einer Mindermeinung des OLG München (GmbHR 2010, 755) sei dagegen ein neuer Gesellschaftsvertrag vorzulegen und es fehle die Satzungsgrundlage für die Befreiung von § 181 BGB. Jedenfalls gebe es kein Verbot der Zusammenfassung von Gründungsakt, Geschäftsführerbestellung und Satzung in einem Dokument.

Nun erläuterte *Wicke* die Möglichkeiten von Satzungsänderungen. Die §§ 53 ff. GmbHG seien anwendbar. Die Kostenprivilegierung des § 41 d KostO bleibe erhalten, wenn vom Musterprotokoll „nicht abgewichen“ werde. Das OLG München (GmbHR 2010, 312) halte hier jedoch eine Beibehaltung des genauen Wortlauts nicht für erforderlich. Bei einer Kapitalerhöhung sei laut OLG München eine Formulierung zu den neuen Gesellschaftern unzulässig, wonach diese Geschäftsanteile „halten“ und nicht „übernehmen“, solange die Satzung noch die Fassung des Eingangssatzes „wird errichtet“ enthalte. Der Praxisvorschlag des Referenten ging dahin, die Neufassung mit den weiterhin gültigen gesellschaftsvertraglichen Regelungen unter Streichung aller auf die Gründung hinweisenden Formalia vorzunehmen. Hierbei stelle sich dann aber die Frage der Vereinbarkeit mit § 41 d KostO. Schließlich dürfe eine Satzungsänderung nach herrschender Meinung nur erfolgen, wenn hierüber auch ein Beschluss gefasst worden sei.

Wicke schloss seinen Vortrag mit einer eigenen Bewertung des vereinfachten Verfahrens. Er betonte, dass die Beurkundung mit dem Musterprotokoll eine sehr kostengünstige Beratung bei Beibehaltung der vorfilternden Funktion und Vollzugspflicht des Notars sichere. Das Musterprotokoll sei jedoch ein Fremdkörper im System. Bei Gründung von Mehrpersonengesellschaften sei das Verfahren ungeeignet, da im Musterprotokoll wesentliche, hierfür an sich erforderliche Regelungen fehlten. Die automatische Befreiung von § 181 BGB sei sehr kritisch zu sehen. Zudem bestehe ein nennenswerter Kostenvorteil wegen der notwendigen Beratung durch Rechtsanwälte letztlich nur bei der Gründung einer UG.

Als Fazit bemerkte *Wicke*, dass das Musterprotokoll keine notwendige, aber auch keine vollständig unpraktikable Maßnahme sei. Allerdings sei in der Praxis dadurch keine Vereinfachung eingetreten. Zudem wäre eine Abschaffung des Verfahrens kein wesentlicher Verlust. Es sei zu erwägen, ob man das Verfahren nicht auf die Gründung einer Ein-Personen-GmbH beschränke.

Nach anschließender Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Gespräch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Langenfeld (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch. Band 6, Bürgerliches Recht II. 6. Aufl., Beck, 2010. 1 197 S., 118 €

Erst über drei Jahre nach Band 5 ist als letzter der 6. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs nunmehr Band 6 erschienen. Konzept und Aufbau des Münchener Vertragshandbuchs müssen nicht mehr vorgestellt werden. Band 6 ist für den Notar besonders interessant, weil er Kerngebiete notarieller Tätigkeit abdeckt; zehn der zwölf Autoren sind konsequenterweise Notare. Behandelt werden Zuwendungsverträge, Erbbaurechtsverträge, Wohnungseigentum, sachenrechtliche Verträge und Erklärungen, Vollmachten, Eheverträge, Scheidungsvereinbarungen und weitere familienrechtliche Formulare sowie – besonders umfangreich – das Erbrecht. Die Bearbeitungszeit der 6. Auflage fiel in die an Reformen für diese Rechtsgebiete nicht gerade arme 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages. Herausgeber *Langenfeld* bekennt in seinem Vorwort freimütig einen gewissen Leidensdruck der Autoren, hofft indes auf eine „gewisse Aussicht auf Bestand der ... Neuformulierungen“. Das Interesse des Lesers mag mit Hinweisen auf einige nach eigener Einschätzung für die Praxis besonders interessante Vertragsformulare geweckt werden.

Winkler bietet mit seiner Darstellung zu Erbbaurechtsverträgen gewissermaßen eine komprimierte Fassung des Klassikers der Kollegen *von Oefele/Winkler* (der ebenfalls Formulare bietet, jedoch nicht in kommentierter Form); dies gilt in gleicher Weise für die Formulare *Langenfelds* zu Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Wertvolle Dienste in der Praxis des WEG vermag der Formulierungsvorschlag für die Teilungserklärung einer Mehrhausanlage von *Kreuzer* zu bieten (VIII. 3), besonders die Gestaltungshinweise für eine geplante Errichtung in mehreren Bauabschnitten.

Eine Fundgrube für häufig vernachlässigte Formulare bietet der Abschnitt zu den sachenrechtlichen Verträgen und Erklärungen. Hingewiesen sei auf die instruktive Darstellung zu Garantieverträgen für die Zwangsversteigerung von *Langenfeld* und *Keith*, u. a. mit Ausbietungsgarantie, Ausbietungsvertrag und einem interessanten Abschnitt zu „Grundsicherd-sicherheit bei scheinbarem Fehlen jeder Sicherheit“. Mehr Vorschläge hätte man m. E. zu Dienstbarkeiten und zu Real-lasten erwarten dürfen, so z. B. zu in der Praxis häufig ge-

wünschten Photovoltaikdienstbarkeiten und Heizungsreal-lasten. Hier bietet das – deutlich breiter angelegte – Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht mehr. In etwas eigenwilliger Systematik finden sich die Voll-machten im selben Kapitel wie die sachenrechtlichen Verträge und Erklärungen, und zwar u. a. auch solche mit alleinigem Bezug zum Gesellschaftsrecht, wie z. B. Stimmrechtsvoll-macht, Registervollmacht oder GmbH-Gründungsvollmacht. Auch hier bietet das Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht vor allem wegen der zweisprachigen Vollmachtenformulare etwas mehr.

Mit über 400 Seiten macht der von *Nieder* und *Otto* bearbeitete Teil zum Erbrecht gut ein Drittel des Vertragshandbuchs aus. Neben Form- und Verfahrensfragen findet sich ein ausführlicher Teil zu den Gestaltungsmöglichkeiten letztwilliger Verfügungen von Todes wegen, dessen Gliederung gut gelungen ist: Zuwendung des Nachlasses im Ganzen, einzelner Nachlassgegenstände sowie der Nutzung an Nachlass oder Nachlassgegenständen. Ergänzend finden sich Vorschläge für die Einflussnahme des Erblassers über den Tod hinaus – insbesondere Verwirkungsklauseln und Übernahmerechte – und zur Gestaltung der Bindungswirkung letztwilliger Verfügungen. Hingewiesen sei auf die ausführliche und instruktive Darstellung eines gemeinschaftlichen Testaments mit Auslandsberührung (XVI. 30).

Das Angebot an Formularbüchern ist inzwischen nicht mehr eben klein. Für beinahe jedes der im Band 6 des Münchener Vertragshandbuchs behandelten Themen gibt es eigene Formularbücher, sodass sich die Frage stellt, was einen zum Erwerb gerade dieses Werks bewegen könnte. Neben der bereits eingangs erwähnten Konzentration dieses Bands auf Kerngebiete notarieller Tätigkeit ist es m. E. vor allem die hinter sämtlichen Formulierungsvorschlägen stehende und in allen kommentierenden Anmerkungen greifbare langjährige praktische Erfahrung der Autoren, die das Vertragshandbuch besonders auch für Notarassessoren und Berufsanfänger interessant macht. Es kann – auch neben seinen schärfsten Konkurrenten, dem Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht und dem *Kersten/Bühling* – guten Gewissens als gewinnbringende Ergänzung empfohlen werden.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

Roglmeier/Lenz: Die neue Patientenverfügung. Haufe, 2009. 208 S., 39,80 € + CD-ROM

Die beiden Rechtsanwältinnen und Fachanwältinnen für Erbrecht haben mit Stand August 2009 ein praxisbezogenes Werk verfasst, welches sich mit dem Recht von Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung in der seit dem 1.9.2009 neuen Form befasst.

Das Buch gliedert sich benutzerfreundlich nach einer kurzen Einleitung (Teil A) in einen Kommentarteil (B) zu den §§ 1901 a ff. BGB sowie den hierfür speziellen Vorschriften des FamFG (§§ 287 und 298) mit 27 Seiten und einen Teil C über die Auswirkungen von Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung auf sechs Seiten. Auf weiteren vier Seiten

wird im raschen Überblick das Recht der Patientenverfügung in elf europäischen Ländern dargestellt (Teil D). Daran schließen sich diverse Mustertexte wie Anschreiben an Mandanten (z. B. über die Vorzüge einer Vorsorgevollmacht oder einer Patientenverfügung) sowie Vollmachtenmuster und Muster von Patientenverfügungen an (28 Seiten), die auch auf einer mitgelieferten CD in das eigene Textverarbeitungssystem übernommen werden können. Den größten Teil des Buches nehmen die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren und weitere Vorschriften (z. B. die Gebührensatzung des Zentralen Vorsorgeregisters) auf 118 Seiten ein.

Inhaltlich stellen die Autorinnen den seinerzeitigen Stand der Meinungen dar, konnten allerdings die inzwischen ergangenen beiden wichtigen Entscheidungen des BGH in Straf-

sachen¹ zu diesem Thema noch nicht berücksichtigen. Die Formulierungsvorschläge zur Vorsorgevollmacht und zur Patientenverfügung sollen nachfolgend als zentrale Bestandteile des Buchs näher betrachtet werden.

An dem Muster der Vorsorgevollmacht fällt auf, dass ihr möglichst weiter Umfang in Vermögensangelegenheiten zunächst durch die Bezeichnung als „Generalvollmacht“ definiert, dann aber doch in 15 zum Teil ausführlichen Unterpunkten mit 359 Wörtern näher exemplifiziert wird. Ob diese Technik bei der Gestaltung einer notariellen Urkunde sinnvoll ist, kann bezweifelt werden. Zwar wird auf diese Weise dem Beteiligten der weite Anwendungsbereich der Vollmacht deutlich vor Augen geführt, jedoch ermüdet er gleichzeitig und übersieht leichter die wesentlichen Fragen der Erteilung einer Vollmacht, etwa die Notwendigkeit des Vertrauens in den Bevollmächtigten und die Begrenzung des damit verbundenen Risikos. Rechtstechnisch sind lange Aufzählungen von durch die Vollmacht abgedeckten Geschäften einerseits und die Beschreibung einer Vollmacht als „umfassend“ andererseits fast gleichbedeutend; erfahrungsgemäß decken aber auch die längsten Listen von dem Bevollmächtigten erlaubten Geschäften die Wirklichkeit nicht ab; dazu ist die Welt zu vielgestaltig und die Zukunft zu wenig vorhersehbar. Eine Auffangregelung ist deshalb ohnehin immer notwendig. Schließlich besteht die Gefahr, dass ein Adressat der Vollmacht ihre Wirksamkeit allein deshalb bezweifelt, weil das zu erledigende Geschäft nicht in der Liste zu finden ist, selbst wenn es vom Begriff der „Generalvollmacht“ umfasst ist. In Gesundheits- und Aufenthaltsbestimmungsangelegenheiten gilt dies, abgesehen von der in §§ 1904 und 1906 BGB vorgeschriebenen Erwähnung bestimmter Situationen und Risiken, entsprechend; hier tragen die 569 Worte der Beschreibung von Beispielfällen, in denen die Vollmacht wirksam sein soll, ebenfalls nicht zur Präzisierung bei.

Auch der Formulierungsvorschlag für eine Patientenverfügung wirft ähnliche Fragen auf. Auf mehreren Seiten werden Alternativen für die Behandlung in den klassischen Krankheitsszenarien (unmittelbare Todesnähe, Endstadium einer unheilbaren Krankheit oder massive Gehirnschädigung) aufgelistet, aus welchen der Beteiligte auswählen soll. Die gewünschte Behandlung oder deren Unterlassen sind konkret beschrieben und somit Verfügungen nach § 1901 a Abs. 1 BGB. Gerade bei gesunden Beteiligten, die erfreulicherweise den Großteil der Mandanten des Notars auch auf diesem Gebiet darstellen, kann aber kaum der künftige Verlauf einer Erkrankung so präzise vorhergesagt werden, dass heutiger und künftiger Wunsch mit hoher Wahrscheinlichkeit übereinstimmen. Es ist nach meiner Erfahrung bei einem gesunden, vielleicht auch noch jungen Menschen nicht möglich, sein Lebensende vorherzusehen und für seine spezifische, hoffentlich erst in Jahren eintretende Krankheitssituation ausreichend konkrete Anweisungen zu geben. So wird beispielsweise in der Musterformulierung von *Roglmeier* und *Lenz*, wie in vielen anderen Empfehlungen auch, das Anlegen einer PEG² ohne Ausnahme abgelehnt. Das entspricht auch regelmäßig den Vorstellungen der Beteiligten; bei bestimmten Tumorerkrankungen des Bauchraums kann es aber sinnvoll sein, dass aus palliativen Gründen eine Ableitungs-PEG ge-

legt wird, um so das ständige Erbrechen von Magen- oder gar Darminhalt zu verhindern. Soll dieser Wunsch trotzdem in jedem Fall den Vertreter binden? Vorzugswürdig erscheint es deshalb jedenfalls bei gesunden Mandanten, einen Behandlungswunsch i. S. d. § 1901 a Abs. 2 BGB zu formulieren, der dem Bevollmächtigten ausreichende Flexibilität zur Anpassung des früher geäußerten Wunsches an die tatsächlich eingetretene Krankheitssituation lässt. Dies stellt allerdings keine Kritik an dem zu besprechenden Werk dar, sondern ist eine grundsätzliche Frage, die bei jeder Patientenverfügung neu und entsprechend der spezifischen Situation sowie den Wünschen des Beteiligten zu entscheiden ist.

Dass der Bevollmächtigte bei einer notariell beurkundeten Vollmacht eine Ausfertigung davon besitzen und diese dem Erklärungsempfänger auch vorlegen muss, um seine Rechtsmacht nachzuweisen, bedarf keiner näheren Erläuterung. In dem Mustertext aber zu verlangen, dass der Bevollmächtigte „die Ausfertigung [der Urkunde] ... im Original vorlegen ...“ muss, verwirrt. Gemeint ist wohl, dass die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Ausfertigung oder einer Kopie davon nicht ausreichend sind, was aber präziser formuliert werden muss. Die Autorinnen nehmen weiter in den Formulierungsvorschlag für eine Vorsorgevollmacht den Satz auf, dass „auf Antrag dem Bevollmächtigten ... jederzeit weitere Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften dieser Urkunde ... zu erteilen“ sind. Wozu eine beglaubigte Abschrift einer notariellen Vollmachtsurkunde dienen soll, bleibt unklar: der Nachweis des Fortbestands der Vollmacht kann durch eine beglaubigte Abschrift der Urschrift nicht geführt werden. Die Beglaubigung leistet vielmehr dem Irrtum Vorschub, mit ihr könne ein qualifizierter Nachweis geführt werden.

Umstritten³ ist dagegen, ob der Bevollmächtigte ohne Mitwirkung des Vollmachtgebers weitere Ausfertigungen vom Notar verlangen können soll oder nicht. Dafür spricht, dass so die Existenz der Vollmacht auch bei dem nie auszuschließenden Verlust der Ausfertigung weiterhin nachweisbar und damit praktikabel bleibt; wäre dem nicht so, bliebe den Beteiligten lediglich der Ausweg der gerichtlichen Bestellung des Bevollmächtigten zum Betreuer, wenn (was nahe liegt) die Bevollmächtigung hilfsweise als Betreuungsverfügung verstanden werden kann. Der einfache Weg der Vervielfältigung der Ausfertigungen führt aber andererseits dazu, dass die Vollmacht faktisch unwiderruflich wird. So wird es dem Vollmachtgeber selbst oder auch einem Kontrollbetreuer sehr schwer fallen, gerade wenn mehrere Personen in einer Urkunde bevollmächtigt sind, den Rechtsschein des § 172 BGB durch das Einsammeln aller Ausfertigungen zu zerstören. Der naheliegende Ausweg, den Notar zum Schiedsrichter über die Frage zu ernennen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine weitere Ausfertigung zu erteilen ist, sollte sehr vorsichtig beschränkt werden. Der Notar kann sicher dem einfachen Vortrag des Bevollmächtigten, er habe die Ausfertigung der bis dahin unwiderrufenen Vollmacht verloren, nicht ohne weiteres Glauben schenken. Allerdings erscheint es denkbar, die Erteilung einer weiteren Ausfertigung daran zu knüpfen, dass der Antragsteller die Umstände des Verlusts und das Fehlen eines Widerrufs durch den Vollmachtgeber dem Notar gegenüber schriftlich versichert. Dies wird aber nur dann zulässig sein, wenn dieser Weg bereits im Text der Urkunde vorgezeichnet ist.

Traditionell endet eine Rezension mit der Empfehlung, das Werk anzuschaffen oder auch nicht. Leider fällt in diesem

¹ BGHSt vom 10.11.2010, 2 StR 320/10, Rdnr. 12 ff, NJW 2011, 161 = DNotZ 2011, 622 („Kölner Fall“) und BGHSt vom 25.6.2010, 2 StR 454/09, NJW 2010, 2963 = DNotZ 2011, 34 = MittBayNot 2011, 125 („Fuldaer Fall“).

² Perkutane endoskopische Gastrostomie = direkter Zugang zum Magen durch die Bauchdecke mittels eines elastischen Kunststoffschlauches.

³ Vgl. *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2010, Rdnr. 299 ff.

Fall die Entscheidung relativ leicht: wegen der seit dem Erscheinen des Buches beobachteten rasanten Entwicklung dieses Rechtsgebiets in Literatur und Rechtsprechung sowie der damit einhergehenden schwindenden Bedeutung der Entstehung des Gesetzes, deren Beschreibung schon räumlich

etwa die Hälfte des Buches ausmacht, braucht es nicht notwendigerweise einen Platz in der Handbibliothek des Notars zu finden.

Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Waldner: Vorweggenommene Erbfolge für die notarielle und anwaltliche Praxis. 2. Aufl., Erich Schmidt, 2011. 160 S., 24,80 €

Sieben Jahre nach der Erstveröffentlichung erscheint das Werk des Bayreuther Kollegen *Wolfram Waldner* zur vorweggenommenen Erbfolge nun in aktualisierter, 2. Auflage. Angesichts dieses doch recht langen Zeitraums vermag es kaum zu verwundern, dass nach eigener Aussage des Autors „kaum eine Seite des Buches unverändert geblieben“ ist (Vorwort). Die Neuauflage bringt das Werk auf den Stand vom Oktober 2010, insbesondere mit Blick auf die zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen im Pflichtteils- und im Steuerrecht.

Das Werk stellt eine Mischung aus Lehrbuch und Praxisratgeber dar, das zwar Formulierungsbeispiele zu Einzelfragen enthält, jedoch gerade kein ausgesprochenes Formularbuch ist. Die große Stärke der Darstellung liegt in ihrer Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und der Reduktion auf das Wesentliche. Das bedingt naturgemäß Beschränkungen: Zunächst wird ausschließlich die Übertragung von Privatvermögen behandelt; Fragen hinsichtlich der Übertragung von Betriebsvermögen werden allenfalls am Rande erwähnt. Auch gesellschaftsrechtliche Lösungen bleiben ausdrücklich ausgenommen. Hinsichtlich der behandelten Materie kann das Werk jedoch rundum überzeugen.

Das Buch ist in acht Kapitel unterteilt, deren Inhalt an dieser Stelle grob umrissen sei:

Im ersten Kapitel werden im Rahmen eines Überblicks die verschiedenen Zuwendungsarten (vor allem Schenkung unter Auflage, gemischte Schenkung, Ausstattung) und die Bedeutung dieser Einteilung dargestellt. Es folgen hilfreiche praktische Empfehlungen zum richtigen Zeitpunkt der Vorwegnahme der Erbfolge, zur Übertragung an verheiratete Erwerber und zur Übertragung an Minderjährige.

Im zweiten Kapitel werden typische Motive für den Abschluss von Überlassungsverträgen erörtert. Nur zustimmen kann man dem Autor darin, dass eine lebzeitige Vermögensübertragung in aller Regel nicht allein aus steuerlichen Gründen erfolgen und die Existenzsicherung des Übergebers stets gewährleistet sein sollte (Rdnr. 12). Auf das Ziel der Pflichtteilsminderung, die Gefahren bei Einsatz der vorweggenommenen Erbfolge zur Umgehung von erbrechtlichen Bindungen (§§ 2287 f. BGB) und die Privilegierung im System des Zugewinnausgleichs (§ 1374 Abs. 2 BGB) wird besonders eingegangen. Zum Teil wünscht man sich hier eine etwas ausführlichere und stärker vertiefte Betrachtung.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit häufig vereinbarten Gegenleistungen für die Übertragung. Nach einer kurzen Einführung in damit verbundene Bewertungsfragen und Ausführungen zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Leistung an mehrere Berechtigte, werden das Wohnungsrecht, die Wart und Pflege, laufende Geldzahlungen, das Leibgeding, der Nießbrauch, die Übernahme von Verbindlichkeiten und erbrechtliche „Gegenleistungen“ (wie Erbverzicht, Pflichtteilsverzicht, Pflichtteilsanrechnung und Ausgleichsordnung)

jeweils auf wenigen Seiten dargestellt, typischerweise hiermit verbundene Rechtsfragen geklärt und hilfreiche Formulierungsbeispiele gegeben. Die kompakte Darstellung zeichnet sich durch eine klare Gedankenführung aus, das Werk lässt sich mühelos und flüssig lesen. Mitunter werden zudem spezielle und nicht so geläufige Fragen ausführlicher behandelt – etwa Gestaltungsalternativen zum Nießbrauch, wenn zwar dessen wirtschaftliches Ergebnis, nicht aber die steuerlichen Folgen erwünscht sind (Kombination von Mietvertrag und „Sicherungsnießbrauch“, Rdnr. 73 f.).

Im vierten Kapitel erörtert *Waldner* zunächst vergleichsweise ausführlich die Voraussetzungen für Pflichtteilsergänzungsansprüche Dritter infolge der Überlassung. Anschließend wird die wichtige Materie der Vereinbarung von Pflichtteilsverzicht bzw. -anrechnungen nebst Abfindungsleistungen an Dritte behandelt. Das Kapitel wird durch kurze Erläuterungen zu der mitunter gewünschten Verpflichtung des Erwerbers, Geschwister von gesetzlichen Unterhaltungspflichten gegenüber dem Veräußerer freizustellen, abgeschlossen.

Das darauf folgende Kapitel widmet sich zunächst den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung vertraglicher Rückforderungsrechte und stellt dar, was in diesem Bereich *lege artis* ist. Anschließend erläutert *Waldner* die gesetzlichen Rückforderungsgründe und erörtert die Frage, ob der Veräußerer bei Pflichtverletzungen des Erwerbers nach den gesetzlichen Bestimmungen (z. B. § 323 BGB) vom Vertrag zurücktreten kann (Rdnr. 123 f.). Angesichts der in diesem Bereich unsicheren Rechtslage empfiehlt *Waldner*, die Frage des Rechts zum Rücktritt ausdrücklich zu regeln.

Der häufig zentralen Frage nach den steuerlichen Folgen einer Überlassung zu Lebzeiten widmet sich das sechste Kapitel mit inzwischen gewohnter Prägnanz und in verständlicher Weise. Zunächst wird das Schenkungsteuerrecht (Bewertungsfragen, Steuerklassen, Freibeträge), dann das Einkommensteuerrecht behandelt. Erfreut nimmt der Leser zahlreiche Empfehlungen für eine steuerlich günstige Vertragsgestaltung zur Kenntnis. Anschließend werden auch Fragen der Grunderwerbsteuer und der Umsatzsteuer angesprochen.

In Kapitel sieben erteilt der Autor kurze Hinweise zu sozialrechtlichen Fragen, etwa zu den Auswirkungen der Vereinbarung von Gegenleistungen auf staatliche Leistungen oder Leistungen der Sozialversicherung und zur Überleitung von Ansprüchen.

Das Werk runden im letzten Kapitel Hinweise sowohl zur Höhe der Notar- als auch der Grundbuch- und Handelsregisterkosten ab, wobei hier nur Grundlegendes behandelt wird.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass sich „der Waldner“ aufgrund seines überschaubaren Umfangs und seines flüssigen, verständlichen und präzisen Stils hervorragend für den Einstieg in die Materie eignet. Aber auch in der täglichen notariellen Praxis kann er mit gezielten Hinweisen zur Vertragsgestaltung eine wertvolle Hilfe sein. Seine Anschaffung kann somit uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor *Alexander Lutz*, München

Ring/Grziwotz (Hrsg.): Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht. Bundesanzeiger Verlag, 2011. 1 102 S., 118 € + CD-ROM

Nachdem bereits 2009 der „Systematische Praxiskommentar GmbH-Recht“ im Bundesanzeigerverlag erschien, erweitert der Verlag nunmehr die Reihe mit dem hier zu besprechenden „Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht“.

Wie bereits das Werk zum GmbH-Recht ist auch der vorliegende Band herausgegeben von Prof. *Gerhard Ring* und Prof. *Herbert Grziwotz*, welche von einem namhaften Autorenteam unterstützt werden, das sich aus Wissenschaftlern und Praktikern gleichermaßen zusammensetzt. Unter den Kommentatoren sind insbesondere auch zahlreiche Notare vertreten, überwiegend aus Bayern.

Es würde den Rahmen einer Rezension sprengen, auf jeden einzelnen Autor oder Beitrag des 1100 Seiten umfassenden Werkes angemessen einzugehen.

Kommentiert werden die Vorschriften zur GbR (§§ 705-740 BGB), zur OHG (§§ 105-160 HGB), zur KG (§§ 161-229 HGB), zur stillen Gesellschaft (§§ 230-237 HGB) sowie das Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (PartGG).

Weiterhin ist eine Kommentierung zur Verordnung über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) samt Ausführungsgesetz enthalten. Der GmbH & Co. KG ist ein gesondertes Kapitel gewidmet.

Daneben enthält das Werk einen eigenständigen Abschnitt „Personengesellschaftsrecht im Kontext“, in welchem ein für die Praxis hilfreicher allgemeiner Überblick über wichtige grundlegende Fragen des Personengesellschaftsrechts gegeben wird. In dem Kapitel „Rechtsformwahl“ enthält der Berater einen hilfreichen Leitfaden bei der Frage, für welche Gesellschaftsform man sich entscheiden soll. Neben zivilrechtlichen und persönlichen Kriterien sind hier insbesondere auch die steuerlichen Unterschiede dargestellt und mit ausführlichen Berechnungsbeispielen veranschaulicht. Das Steuerrecht der Personengesellschaften erhält darüber hinaus ein eigenes Kapitel, ebenso wie die Themen Haftung bei gemeinschaftlicher Ausübung freier Berufe, der Begriff des Kaufmanns, die Namens- und Firmenbildung, die Prokura und die Handlungsvollmacht, die Nachfolgeregelungen, das Umwandlungsrecht, das Konzernrecht sowie das Aufsichtsratsrecht.

Der praxisrelevanten GmbH & Co. KG ist ebenfalls ein eigenständiges Kapitel gewidmet, auch ein kurzer Überblick über die Familienstiftung fehlt nicht.

Trotz seines Umfangs wirkt der Kommentar an keiner Stelle überfrachtet, was der enormen Übersichtlichkeit des Werkes geschuldet ist.

Im juristischen Arbeitsalltag wird sich dieser Kommentar dadurch auszeichnen, dass er als effizientes Werkzeug eine zügige Einarbeitung in die Materie ermöglicht und – das ist das Herausstellungsmerkmal des Kommentars – dem Leser bereits innerhalb der Kommentierung die erforderlichen Praxishinweise liefert, indem er etwa ausdrücklich vor Wechselwirkungen mit anderen Rechtsgebieten (bspw. dem Steuerrecht) warnt oder darauf hinweist, dass, wie und warum von der gerade kommentierten Vorschrift vertraglich abgewichen werden sollte. Ohne Übertreibung kann man sagen, dass einem an vielen Stellen das Denken abgenommen wird, wodurch der Kommentar ein echtes zeitsparendes Hilfsmittel darstellt.

So enthält das Werk für den vertragsgestaltenden Juristen neben zahlreichen Mustern unmittelbar in der entsprechenden Kommentierung der jeweiligen Vorschrift etliche optisch hervorgehobene Hinweise, die auf mögliche, sinnvolle und erforderliche Gestaltungsmöglichkeiten hinweisen, und warnt ebenso vor Fallstricken, insbesondere vor Haftungsgefahren.

Exemplarisch seien zwei Beispiele erwähnt:

Innerhalb der Kommentierung zu § 164 HGB weist der Kommentar bei der Erörterung der Frage, ob und wie einem Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt werden können, in optisch hervorgehobener Weise auf steuerliche Implikationen dieses Vorgehens hin: Nämlich darauf, dass bei einer GmbH & Co. KG die Erteilung der Geschäftsführungsbefugnis zugunsten eines Kommanditisten dazu führt, dass die Gesellschaft nicht mehr als gewerblich geprägte Personengesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG angesehen wird und der Schritt damit zu einer steuerlichen Betriebsaufgabe und zur Fortführung als vermögensverwaltende Gesellschaft führen kann.

Bei § 131 HGB (Auflösungsgründe) werden nicht nur der Inhalt der Regelung (Wirkung der Auflösung und Auflösungsgründe) kommentiert, sondern es erfolgt auch der hervorgehobene Hinweis, dass eine Liquidation dadurch vermieden werden kann, dass alle Gesellschafter bis auf einen aus der Gesellschaft ausscheiden.

Sofern sich prozessuale Fragen stellen, gibt der Kommentar ebenfalls wertvolle Tipps, insbesondere zur Prozessführung, klageweisen Durchsetzung, Beweiskraft und Rechtskraft. So enthält beispielsweise die Kommentierung zu § 128 HGB einen eigenen Abschnitt „Praktische Hinweise zu Rechtsstreitigkeiten“, in welchem u. a. behandelt ist, worauf zu achten ist, wenn Gesellschafter und Gesellschaft als Streitgenossenschaft zusammen verklagt werden sollen (etwa unterschiedliche Gerichtsstände).

Bei der Darstellung der grundbuchrechtlichen Probleme hinsichtlich der Nachweisproblematik einer grundstückserwerbenden GbR (z. B. bei § 705 Rdnr. 77 f. sowie bei § 714 Rdnr. 27) wurde das Werk von der aktuellen Rechtsprechung überholt: Die Entscheidung des BGH vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393 ff., nach der es aufgrund der Nachweiserleichterung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO grundsätzlich genügt, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind, konnte nicht mehr eingearbeitet werden.

Mit wissenschaftlichen Diskussionen hält sich das an Praktiker gerichtete Werk erwartungsgemäß zurück.

Als Beispiel sei die derzeit kontrovers diskutierte Frage der Anwendbarkeit des § 899 a BGB auf das schuldrechtliche Geschäft genannt, etwa bei nicht ordnungsgemäß vertretener GbR. Der Kommentar (§ 714 Rdnr. 13) weist auf die Ungeklärtheit der Frage hin und plädiert für die Anwendbarkeit des § 899 a BGB auf das schuldrechtliche Geschäft, spart die dogmatische Diskussion hierüber jedoch aus (bietet aber selbstverständlich in den Fußnoten Verweise auf entsprechend weiterführende Literatur). An dieser Stelle fehlt allerdings ein Praxisvorschlag zum Umgang mit diesem Problem.

Sämtliche in dem Werk enthaltenen Muster (im Wesentlichen sind dies Klauseln für Gesellschaftsverträge, aber auch Handelsregisteranmeldungen, Checklisten und Klageanträge) sind auf der beiliegenden CD-ROM enthalten. Auch hier setzt sich die Konzeption, ein für den Praktiker möglichst zeitsparendes und arbeitsleichterndes Instrument sein zu wollen, fort. Alle Muster sind in einer übersichtlich gegliederten PDF-

Datei enthalten und können direkt aus dieser heraus mit einem Klick als Word-Dokument geöffnet werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Werk „Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht“ seiner Zielsetzung mehr als gerecht wird und sich der Anschaffungspreis schon durch die Zeitersparnis lohnt, die durch die Arbeit mit dem Kommentar erreicht werden kann. Das Werk ist

für prozessführende bzw. vertragsgestaltende Rechtsanwälte sowie Notare gleichermaßen geeignet und gibt neben einer schnellen Einarbeitung in die Materie zahlreiche Hilfestellungen für die praktische Umsetzung. Es hilft somit, Fehler im Arbeitsalltag zu vermeiden.

Notarassessor *Joachim Mödl*, Regensburg

Saenger/Inhester (Hrsg.): GmbHG. Nomos, 2011. 1 611 S., 98 €

Mit über 1 000 000 eingetragenen Gesellschaften ist die GmbH die zahlenmäßig erfolgreichste Kapitalgesellschaftsform in Deutschland. Das sie betreffende Gesetz wurde vor etwa drei Jahren durch das MoMiG grundlegend reformiert und wirft seitdem neue, noch offene Fragen auf. So verwundert es nicht, dass sich auch die Kommentierung des GmbHG in der Literatur zurzeit großer Beliebtheit erfreut. Mit dem in der Reihe „Handkommentar“ des Nomos Verlages herausgegebenen Werk erscheint nunmehr ein weiterer Kommentar zum GmbHG, der sich von seinem Umfang her in die Reihe von *Baumbach/Hueck* und *Lutter/Hommelhoff* einordnen lässt. Die Kommentierung hat den Anspruch, in besonderem Maße den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen; ihre Bearbeitung erfolgte dementsprechend fast ausschließlich durch Rechtsanwälte, Richter, Notare und Wirtschaftsprüfer. Eingearbeitet wurden alle Neuregelungen bis Dezember 2010, insbesondere aufgrund des VorstAG, des ARUG sowie des BilMoG. Das Werk ist mithin in bestimmten Modulen bei beck-online abrufbar.

Die Kommentierungen sind durchgehend gut strukturiert und lassen sich mit Hilfe der jeweils vorangestellten Gliederungsübersicht sowie aufgrund des angenehmen Layouts schnell erschließen, so dass der Leser rasch die von ihm gesuchten Antworten findet. Wichtige Aufzählungen oder Voraussetzungen sind in den jeweiligen Kommentierungen gut gegliedert dargestellt. Die inhaltlichen Ausführungen werden gelegentlich mit konkreten Formulierungshilfen ergänzt; im Anhang findet sich zudem eine Mustersatzung. Formulierungshilfen und Mustersatzung können freilich die Anschaffung eines Formularbuches nicht ersetzen, gleichwohl wird jeder Praktiker dankbar sein, wenn ihm neben den rechtlichen Erläuterungen zugleich noch ein entsprechender Formulierungsvorschlag an die Hand gegeben wird. Insofern ist es jedoch schade, dass solche Formulierungshilfen nur vereinzelt und für eher unproblematische Fallgestaltungen gegeben werden. Im Hinblick auf den zwischenzeitlich ergangenen Beschluss des BGH vom 7.6.2011, II ZB 24/10 wäre der Formulierungsvorschlag zur Versicherung der Geschäftsführer in § 8 Rdnr. 17 künftig anzupassen.

Die Bearbeitung erfolgt durchweg knapp und präzise und orientiert sich dabei – im Sinne der Praxis – an Rechtsprechung und herrschender Meinung. Soweit hiervon im Einzelfall abgewichen wird, erfolgt dies nicht ohne entsprechenden Hinweis sowie Darstellung der anderen Ansicht.

Bei der Bestimmung der abstrakten Vertretungsbefugnis eines auf Grundlage des Musterprotokolls bestellten Geschäftsführers wird etwa – nach anschaulicher Darstellung der durch das Musterprotokoll aufgeworfenen Probleme – der herrschenden Meinung gefolgt, die mangels anderweitiger satzungsmäßiger Bestimmungen § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG für anwendbar

hält. Weiteren Geschäftsführern kann damit Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von § 181 BGB nur nach vorheriger Satzungsänderung eingeräumt werden. Im Zusammenhang mit einer solchen Satzungsänderung wäre jedoch gerade für den Notar der Hinweis hilfreich, wie dieser seine Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zu gestalten hat. Insbesondere die Formulierung von Ziffer 1 des Musterprotokolls sowie die Frage, welche Passagen überhaupt Satzungsbestandteil sind, können hier Probleme aufwerfen. Die zusammenfassende Stellungnahme zum vereinfachten Gründungsverfahren in § 2 Rdnr. 55 bietet eine gute Argumentierungshilfe, um Beteiligten diese vermeintlich günstige und einfache Gründungsalternative nach Möglichkeit auszureden.

In § 34 Rdnr. 59 geht die Kommentierung knapp auf die Wirkungen der Einziehung und das sich hieraus ergebende Problem des Auseinanderfallens von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile ein. Denkbare Auswege (Kapitalherabsetzung, Aufstockung der Nennbeträge und Neubildung eines Geschäftsanteils) werden genannt, leider jedoch ohne sich mit diesen im Einzelnen auseinander zu setzen oder Hinweise zur konkreten Durchführung (beispielsweise Mehrheitserfordernisse) mitzugeben.

Die Kommentierung in § 16 Rdnr. 34 geht mit der bis zur Entscheidung des BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10 wohl überwiegenden Ansicht davon aus, dass bei bedingter Abtretung eines Geschäftsanteils ein gutgläubiger Zweiterwerb nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG droht. Gleichwohl wird die Möglichkeit zur Eintragung eines Widerspruchs zur Liste verneint. Lösungsmöglichkeiten angesichts der so auftretenden Schutzlücke werden leider nicht erörtert.

Besondere Erwähnung verdient die umfangreiche Kommentierung von *Kolmann* zur Gesellschafterfremdfinanzierung (Anhang zu § 30) und zur GmbH in Krise und Insolvenz (vor § 64). Umfassend werden die komplexen Probleme an der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht dargestellt. Dabei beschränkt sich die Bearbeitung nicht allein auf die Darstellung der jeweiligen Ergebnisse, sondern leitet diese ausführlich begründet und mit eigener Stellungnahme versehen gut nachvollziehbar her.

Insgesamt bietet das Werk dem Praktiker eine schnelle, kompakte und aktuelle Hilfestellung bei seiner Arbeit im Bereich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wengleich an der einen oder anderen Stelle eine etwas ausführlichere Darstellung wünschenswert wäre. Mit den eingearbeiteten konkreten Formulierungsvorschlägen bietet der Kommentar einen Mehrwert im Vergleich zu Konkurrenzprodukten, der in künftigen Auflagen noch weiter ausgebaut werden sollte. Nicht zuletzt aufgrund der ausführlichen Kommentierung im Schnittbereich zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht kann der Erwerb dem Praktiker empfohlen werden.

Notarassessor *Boris Pulyer*, München

Schmidt/Lutter: Aktiengesetz. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 2 Bände, 3 938 S., 269 €

Das Aktienrecht entwickelt sich dynamisch weiter. Der Gesetzgeber legt eine erstaunliche Kreativität an den Tag. Erst kurz vor Weihnachten 2011 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf für eine Aktienrechtsnovelle 2012 verabschiedet und dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet. Diese Novelle ist in der anzuzeigenden, im August 2010 erschienen Neuauflage des *Schmidt/Lutter* naturgemäß noch nicht berücksichtigt, zeigt aber, wie schwierig es derzeit ist, die aktienrechtliche Literatur auf dem neuesten Stand zu halten.

Die erste, 2007 erschienene Auflage des *Schmidt/Lutter* wurde von *Pfisterer* in *MittBayNot* 2009, 371 besprochen. Das dort getroffene Fazit, dass den namhaften Herausgebern und Bearbeitern ein „großer Wurf“ gelungen ist, kann anhand der Neuauflage nochmals ausdrücklich bestätigt werden. Der *Schmidt/Lutter* wird auf dem dicht gedrängten Markt der aktienrechtlichen Literatur seine bereits bestehende Stellung als eines der Standardwerke sicher behalten. Der Bearbeiterkreis ist gegenüber der 1. Auflage nahezu unverändert, die Bearbeitungen konnten inhaltlich also nahtlos weiterentwickelt werden.

Der Umfang des Werkes ist gegenüber der 1. Auflage vor allem aufgrund der Fortentwicklung des Aktienrechts und der Fülle an Gesetzesänderungen und Urteilen um über 600 Seiten angewachsen. Einzuarbeiten waren z. B. ARUG, VorstAG, BilMoG, MoMiG, FamFG und die ständigen Aktualisierungen des Deutschen Corporate Governance Kodex. Neu hinzugekommen ist die Kommentierung des SpruchG. Die durch neue Judikatur notwendigen Ergänzungen erreichen nach Aussage der Herausgeber im Vorwort eine hohe dreistellige Zahl, sie reichen von Eurobike und HVB über MAN, MPS und Rheinmöve bis hin zu Umschreibungsstopp und UMTS.

Auch die die notarielle Praxis besonders interessierenden, insbesondere im Rahmen der Gründung, der Protokollierung der Hauptversammlung oder bei Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen auftretenden Fragestellungen werden vollumfänglich beantwortet. Dass man an der einen oder anderen Stelle inhaltlich durchaus anderer Auffassung als der

jeweilige Bearbeiter sein kann, liegt in der Natur der Sache. So führt *Bayer* in § 27 Rdnr. 9 zutreffend aus, dass bei der Sachgründung die Erfüllung der Sacheinlageverpflichtung (Vollzugsgeschäft) gemeinsam mit der Satzung in eine notarielle Urkunde aufgenommen werden kann. Ob die Vorgesellschaft in diesem Fall aber tatsächlich bereits vom Vorstand vertreten wird, erscheint zweifelhaft, da der Vorstand erst nach Errichtung des Gründungsprotokolls vom Aufsichtsrat nach § 30 Abs. 4 AktG bestellt wird. Richtigerweise wird die Gesellschaft in diesem Fall von den Gründern noch selbst vertreten. Wird das Vollzugsgeschäft dagegen erst nach Errichtung der Gründungsurkunde und – soweit eine Beurkundung erforderlich ist – in einer eigenen Urkunde abgeschlossen, so ist davon auszugehen, dass die Vor-AG vom Vorstand vertreten wird, sofern dieser vom Aufsichtsrat in seiner konstituierenden Sitzung bereits bestellt wurde.

Uneingeschränkt zuzustimmen ist *Bayer* in § 27 Rdnr. 101 dagegen, wenn er bei der Offenlegung eines Hin- und Herzählens im Rahmen von § 27 Abs. 4 Satz 2 AktG fordert, der Handelsregisteranmeldung müsse in diesem Fall ein Werthaltigkeitsnachweis beigelegt werden.

Ziemons geht in § 130 Rdnr. 37 zutreffend von der Unteilbarkeit des Hauptversammlungsprotokolls aus, so dass eine Aufspaltung der Hauptversammlung in beurkundungsbedürftige Beschlüsse und solche, die nur privatschriftlich zu protokollieren sind, ausscheidet. Diese richtige, wenn auch immer noch nicht ganz unumstrittene Auffassung, scheint sich nunmehr endgültig durchzusetzen. Auch Stellung und Aufgaben des Notars in der Hauptversammlung werden von *Ziemons* sehr prägnant und anschaulich dargestellt.

Diese – relativ zufällig herausgegriffenen – Einzelbeispiele münden abschließend darin, dem herausgebenden Verlag uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er in seiner Information zum *Schmidt/Lutter* feststellt: „Dieser Kommentar verbindet in zwei Bänden die Übersichtlichkeit und Geschlossenheit einer Kurzkommentierung mit den für Großkommentare charakteristischen Vorzügen der Gründlichkeit und der wissenschaftlichen Tiefe.“

Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138 Abs. 1, 462 Satz 1 (*Wirksamkeit eines erstmals nach 90 Jahren ausübbares Wiederkaufsrechts*)

Ein Wiederkaufsrecht, das erstmals nach 90 Jahren, im Übrigen aber voraussetzungslos ausgeübt werden kann, ist wirksam, sofern die Bedingungen des Rückkaufs den Käufer nicht unangemessen benachteiligen. Besteht ein solches Wiederkaufsrecht zugunsten der öffentlichen Hand, ist diese auch nicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehindert, das Recht nach 90 Jahren auszuüben (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 21.7.2006, WM 2006, 2046).

BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10

Mit notariellem Kaufvertrag aus dem Jahr 1938 erwarb die Klägerin, eine Wohnungsbaugenossenschaft, von der beklagten Stadt Grundstücke zu einem dem regulären Marktpreis entsprechenden Kaufpreis von fünf Reichsmark je Quadratmeter. Sie verpflichtete sich, auf den erworbenen Flächen Großwohnhäuser mit billigen Wohnungen von je etwa 52 m² Wohnfläche für die werktätige Bevölkerung zu errichten und näher bestimmte Mietobergrenzen einzuhalten.

In Nr. 11 des Kaufvertrages ist ein Wiederkaufsrecht der Beklagten vereinbart, welches bis zum 31.12.2027 nur unter näher bestimmten Voraussetzungen, in der Zeit vom 1.1.2028 bis zum 31.12.2028 jedoch unbedingt ausgeübt werden kann. Der Wiederkaufspreis entspricht dem vereinbarten Kaufpreis ohne Zinsen. Für die vertragsgemäß errichteten Gebäude ist eine Entschädigung von zwei Dritteln des gemeinen Werts zu leisten, den die Gebäude bei der Ausübung des Wiederkaufsrechts haben.

Die Klägerin möchte festgestellt wissen, dass die Beklagte ein etwaiges Wiederkaufsrecht nach Nr. 11 des Kaufvertrages nicht mehr ausüben kann; ferner verlangt sie von der Beklagten die Abgabe einer Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung, die deren bei Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehenden Eigentumsübertragungsanspruch sichert. Hilfsweise beantragt die Klägerin festzustellen, dass die Ausübung des Wiederkaufsrechts insoweit unverhältnismäßig ist, als neben der reinen Bodenwertsteigerung ein inflationsbedingter Wertzuwachs abgeschöpft und nicht der vollständige Verkehrswert der aufstehenden Gebäude entschädigt wird.

Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. (...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

1. a) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, dass das in Nr. 11 Abs. 3 des Kaufvertrages vereinbarte Wiederkaufsrecht, welches der Beklagten im Jahr 2028 unbedingt zusteht (nachfolgend: unbedingtes Wiederkaufsrecht), wirksam ist.

aa) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Wiederkaufsrecht nicht deshalb unwirksam, weil es über die in § 462 Satz 1 BGB genannte Höchstfrist von 30 Jahren hinaus ausgeübt werden kann. Diese Vorschrift begrenzt die Ausübung eines Wiederkaufsrechts nur in den Fällen, in denen eine Frist nicht vereinbart worden ist. Sie hindert die Vertragsparteien nicht, längere Ausübungsfristen festzulegen (Senat, Urteil vom 21.4.1967, V ZR 75/64, BGHZ 47, 387, 392); diese treten dann an die Stelle der gesetzlichen Frist (§ 462 Satz 2 BGB).

bb) Zutreffend ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, das unbeschränkte Wiederkaufsrecht verstoße nicht gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB).

(1) Mit diesem Recht hat sich die Beklagte vorbehalten, den Grundstücksverkauf nachträglich in ein der Bestellung eines Erbbaurechts auf 90 Jahre vergleichbares Nutzungsverhältnis umzugestalten. Es ermöglicht ihr, im Jahr 2028 zu entscheiden, ob sie das Grundstück gegen Zahlung des Wiederkaufspreises und der vereinbarten Entschädigung für die von der Klägerin errichteten Gebäude zurückerwirbt, oder ob sie hier- von wegen der damit verbundenen Übernahme älterer und möglicherweise für sie nicht attraktiver Wohnhäuser absieht. Ein solches Wahlrecht ist für sich genommen nicht verwerflich. Dass der Wiederkaufsberechtigte im Zweifel die für ihn wirtschaftlich günstigere Alternative wählen und insbesondere Bodenwertsteigerungen abschöpfen wird, ist weder zu missbilligen noch führt es – sofern die Bedingungen des Wiederkaufs angemessen sind – zu einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung oder zu einer sonst unzumutbaren Belastung des Käufers (a. A. *Kämmerer/Martini*, BauR 2007, 1337, 1348). Dieser vermag zu erkennen und sich von Anfang darauf einzustellen, dass er das Grundstück nach der vereinbarten Frist, hier nach 90 Jahren, möglicherweise an den Verkäufer zurückübereignen muss, also bis zu der Entscheidung des Verkäufers über die Ausübung des Wiederkaufsrechts in wirtschaftlicher Hinsicht eher einem Erbbauberechtigten als einem Eigentümer gleichsteht. Dabei kann die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts statt eines Erbbaurechts auch für den Käufer vorteilhaft sein; beispielsweise ist er nur als Eigentümer in der Lage, das Grundstück als Kreditsicherheit zu nutzen. Dass er im Gegensatz zu einem Erbbauberechtigten den vollen Kaufpreis zahlt, wird durch den Wiederkaufspreis kompensiert. Wird das Wiederkaufsrecht ausgeübt, hat der Käufer dem Verkäufer als Gegenleistung für die Nutzung des Grundstücks die Nutzungen des Kaufpreises überlassen und damit einen dem Erbbauzins vergleichbaren Wert aufgewandt.

(2) Das Wiederkaufsrecht stellt sich auch nicht deshalb als sittenwidrig dar, weil als im Jahr 2028 zu zahlender Wiederkaufspreis der 1938 vereinbarte Kaufpreis ohne Wertsicherungsklausel bestimmt worden ist. Im Grundsatz ist es nicht unbillig, den Preis, zu welchem verkauft worden ist, als Wiederkaufspreis zu vereinbaren, da dies der Zweifelsregelung des § 456 Abs. 2 BGB (§ 497 Abs. 2 BGB a. F.) entspricht. Allerdings läge die Annahme eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nahe, wenn die Beklagte bei Ausübung des Wiederkaufsrechts nur den (in Euro umgerechneten) Nominalbetrag des Kaufpreises als Wiederkaufspreis zahlen müsste, wenn also der – vorhersehbare – inflationsbedingte Wertverlust des Geldes über einen Zeitraum von 90 Jahren zu Lasten der Klägerin ginge. So verhält es sich hier, anders als das Berufungsgericht meint, aber nicht.

Bei Abschluss des Kaufvertrages im Jahr 1938 konnten die Parteien im Hinblick auf die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts davon ausgehen, dass der Wiederkaufspreis auch ohne Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel dem seit Abschluss des Kaufvertrages gesunkenen Geldwert entsprechend aufgewertet werden würde. Das Reichsgericht nahm bei einem Wiederkaufsrecht, wenn nicht Anhaltspunkte für das Gegenteil vorlagen, nämlich an, dass die Vertragsschließenden dem zum Wiederverkauf verpflichteten Käufer einen an-

gemessenen Gegenwert für die Rückübereignung gewähren wollten, und wertete Wiederkaufspreise deshalb ohne weiteres auf (vgl. RGZ 119, 188; RG, JW 1927, 979; LZ 1925, 711). Infolge dieser Rechtsprechung entsprach es noch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Parteien allgemeiner Auffassung, dass Veränderungen des Geldwertes in der Weise zu berücksichtigen seien, dass ein in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Auslegungsregel des § 456 Abs. 2 BGB (§ 497 Abs. 2 BGB a. F.) festgesetzter Wiederkaufspreis die gleiche Kaufkraft wie der Kaufpreis haben müsste (vgl. *Palandt/Pinzger*, BGB, 1939, § 497 RdNr. 4 a. E. sowie *Staudinger/Ostler*, BGB, 10. Aufl. 1937, § 497 RdNr. 10). Dies lässt den Schluss zu, dass der Wiederkaufspreis nach übereinstimmender Vorstellung beider Parteien der allgemeinen Geldentwicklung angepasst werden sollte.

(3) Mangels einer von dem unbedingten Wiederkaufsrecht ausgehenden unbilligen Belastung der Klägerin kommt ein Verstoß gegen die guten Sitten auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung einer Monopolstellung in Betracht. Zudem hat das Berufungsgericht eine solche Stellung der Beklagten auf dem Hamburger Grundstücksmarkt nicht feststellen können; Verfahrensrügen hierzu sind von der Klägerin nicht erhoben worden.

cc) Sonstige Nichtigkeitsgründe sind von dem Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint worden. An den Vorgaben, die sich aus § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB für städtebauliche Verträge ergeben, ist das Wiederkaufsrecht ebenso wenig zu messen wie an § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (früher § 9 Abs. 1 AGBG), da diese Vorschriften bei Abschluss des Vertrages nicht existierten. Entgegen der Auffassung der Revision verstößt das Wiederkaufsrecht auch nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften. Hätte die Beklagte das Grundstück – kartellrechtlich unbedenklich – mit einem Erbbaurecht zugunsten der Klägerin belastet, wäre es dem Grundstücksmarkt in vergleichbarer Weise wie durch das vereinbarte Wiederkaufsrecht entzogen gewesen.

b) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht weiter an, die Beklagte sei nicht aufgrund ihrer sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Bindungen gehindert, das Wiederkaufsrecht im Jahr 2028 auszuüben.

aa) Als Körperschaft des öffentlichen Rechts hat die Beklagte allerdings nicht nur die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB), sondern insbesondere auch die Einhaltung des Übermaßverbots zu beachten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie, wie hier, die Gestaltungsformen des Privatrechts wählt. Er verlangt, die Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rechts auf das nach dessen Zweck erforderliche und angemessene Maß zu beschränken sowie unzumutbare Härten im Einzelfall zu vermeiden. Die Beklagte ist daher verpflichtet, vor der Ausübung eines ihr im Bereich des Verwaltungsprivatrechts zustehenden Rechts im Wege einer Ermessensentscheidung zu prüfen, ob und inwieweit es geltend gemacht werden soll (Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, WM 2010, 1861 Rdnr. 18 m. w. N. = MittBayNot 2010, 501). Auf dieser Grundlage hat der Senat entschieden, dass ein Wiederkaufsrecht, welches die zweckentsprechende Nutzung eines zum Zwecke der Ansiedlung einer Familie verbilligt veräußerten Grundstücks sicherstellen soll, mehr als 30 Jahre nach seiner Begründung nicht mehr ausgeübt werden kann (Senat, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, WM 2006, 2046).

bb) Hieraus kann die Klägerin indessen nichts für sie Günstiges herleiten. Der mit der Beklagten geschlossene Kaufvertrag ist zwar dem Verwaltungsprivatrecht zuzuordnen, weil er,

wie die Bauverpflichtung der Klägerin und die Mietpreisbindung deutlich machen, wohnungs- und sozialpolitischen Zwecken diene. Die Ausübungsfrist von 90 Jahren ist hier aber nicht unverhältnismäßig.

Nach welcher Zeitdauer die Ausübung eines zugunsten der öffentlichen Hand vereinbarten Wiederkaufsrechts unverhältnismäßig ist, hängt entscheidend von dessen Zweck ab (vgl. Senat, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608, 1610). Dient es der Sicherung der Zweckbindung einer Subvention, muss seine Dauer in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Subvention zulässigerweise verfolgten Zweck stehen. Die Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen, deren Einhaltung durch ein solches Wiederkaufsrecht typischerweise gewährleistet wird, dürfen dem Käufer nur für einen zeitlich begrenzten Zeitraum auferlegt werden; bei Grundstücken, die zum Zwecke der Errichtung von Einfamilienhäusern an Einzelpersonen verkauft werden, ist eine 30 Jahre übersteigende Dauer in aller Regel als unverhältnismäßig anzusehen.

Das hier vereinbarte unbedingte Wiederkaufsrecht dient dagegen weder der Sicherung einer Subvention noch der Durchsetzung von Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkungen. Es hält der Beklagten unabhängig von dem Verhalten der Klägerin die Möglichkeit offen, nach 90 Jahren die Rückübereignung des Grundstücks zu näher festgelegten Konditionen zu verlangen. Ein solches Wiederkaufsrecht war in dem der Senatsentscheidung vom 21.7.2006 (V ZR 252/05, WM 2006, 2046) zugrundeliegenden Vertrag nicht enthalten; dort hatte sich die beklagte Körperschaft des öffentlichen Rechts vielmehr entschieden, das Grundstückseigentum endgültig auf die Käufer zu übertragen, sofern diese die ihnen auferlegten Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen beachteten.

Der unterschiedliche Zweck der Wiederkaufsrechte geht mit einer jeweils anderen Funktion der Ausübungsfrist einher. Von einem Wiederkaufsrecht, das eine Subvention sichert, kann, wenn der Subventionszweck verfehlt wird, jederzeit Gebrauch gemacht werden. Die Ausübungsfrist bildet die zeitliche Grenze, bis zu der dies möglich ist. Je länger sie ist, desto belastender wirkt das Wiederkaufsrecht für den Käufer, weil er während dieser Zeit die Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen beachten muss, die das Wiederkaufsrecht sichert, wenn er nicht Gefahr laufen will, das Eigentum an dem Grundstück zu verlieren.

Bei der hier vereinbarten Frist von 90 Jahren handelt es sich demgegenüber um den Zeitpunkt, zu dem das unbedingte Wiederkaufsrecht erstmals ausgeübt werden darf. Je länger sie ist, desto länger bleibt die Klägerin Eigentümerin des Grundstückes und desto länger kann sie dessen Nutzungen sowie die ihrer Investitionen ziehen. Umgekehrt bedeutete eine geringere Dauer eine größere Belastung, weil sich damit der Zeitraum verkürzte, in dem die Klägerin vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts geschützt ist. Ihre Rechtsstellung hätte sich also nicht verbessert, sondern verschlechtert, wenn die Beklagte berechtigt gewesen wäre, das unbedingte Wiederkaufsrecht bereits nach 20 Jahren auszuüben. Führt ein längerer Zeitraum, bis zu dem ein Wiederkaufsrecht erstmals ausgeübt werden kann, aber nicht zu einer größeren und damit ab einem bestimmten Zeitpunkt unverhältnismäßigen Belastung des Käufers, lassen sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in zeitlicher Hinsicht keine Beschränkungen für dessen Ausübung ableiten.

Ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass das in Nr. 11 Abs. 2 d) und e) vereinbarte bedingte Wiederkaufsrecht wirksam ist und dessen Ausübung nicht unverhältnismäßig wäre. Die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts für den Fall der

Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks und für den Fall, dass über das Vermögen der Klägerin der Konkurs oder das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet wird, soll sicherstellen, dass die Beklagte das Grundstück auch dann zurückkaufen kann, wenn sie ihres unbeschränkten Wiederkaufsrechts wegen des Vermögensverfalls der Klägerin verlustig zu gehen droht. Es wirkt damit ähnlich wie ein als Inhalt des Erbbaurechts unter diesen Bedingungen vereinbarter Heimfallanspruch (vgl. § 2 Nr. 4 ErbbauRG); dieser kann während der gesamten Dauer des Erbbaurechts, also unter Umständen ebenfalls 90 Jahre lang, entstehen.

Soweit das bedingte Wiederkaufsrecht (Nr. 11 Abs. 2) für den Fall des Eintritts weiterer Bedingungen vereinbart worden ist, hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf dessen Ausübung verzichtet. Ob das Wiederkaufsrecht insoweit wirksam war, bedarf keiner Entscheidung, da die Klägerin nur die Feststellung erstrebt, dass die Beklagte ihr Wiederkaufsrecht heute nicht mehr ausüben kann.

Da das Wiederkaufsrecht weiterhin ausgeübt werden kann, geht das Berufungsgericht weiter zutreffend davon aus, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen, die ihren bei Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehenden Übereignungsanspruch sichert.

4. Die Revision hat jedoch teilweise Erfolg, soweit der hilfsweise gestellte Antrag abgewiesen worden ist, mit dem die Klägerin die Feststellung verlangt, dass die Beklagte an der Ausübung des Wiederkaufsrechts insoweit gehindert ist, als neben der reinen Bodenwertsteigerung ein inflationsbedingter Wertzuwachs abgeschöpft und als nicht der vollständige Verkehrswert der aufstehenden Gebäude entschädigt wird. (...)

aa) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist, bei Ausübung des Wiederkaufsrechts für die von der Klägerin errichteten Gebäude eine weitergehende als die vertraglich vereinbarte Entschädigung zu leisten, nämlich zwei Drittel des gemeinen Werts, den die Gebäude am Tag des Zugehens der Wiederkaufserklärung haben. Diese Entschädigung entspricht der Entschädigung, die ein Erbbauberechtigter nach dem Erlöschen des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs gemäß § 27 Abs. 2 Satz 1 ErbbauRG (mindestens) zu beanspruchen hat, und ist damit nicht unverhältnismäßig.

bb) Anders verhält es sich hinsichtlich der Bemessung des Wiederkaufspreises. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, dass eine sinkende Kaufkraft des Geldes grundsätzlich nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, und dass deshalb § 313 BGB keine Handhabe bietet, in langfristige Verträge entgegen dem der Rechtsordnung zugrundeliegenden Nominalwertprinzip eine stillschweigende Wertsicherungsklausel hineinzuinterpretieren (vgl. *Palandt/Grüneberg*, 69. Aufl., § 313 Rdnr. 26). Es verkennt aber, dass hier schon deshalb etwas anderes gilt, weil die Auslegung des Vertrages ergibt, dass der Wiederkaufspreis dem Wert der Kaufkraft entsprechen sollte, den der Kaufpreis im Jahr 1938 hatte, und er deshalb entsprechend der Entwicklung der allgemeinen Lebenshaltungskosten an den heutigen Geldwert anzupassen ist (siehe oben II. 1. a) bb) (2)). Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da das Berufungsgericht sie unterlassen hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. Urteil vom 25.9.1975, VII ZR 179/73, BGHZ 65, 107, 112; Urteil vom 3.11.1993, VIII ZR 106/93, BGHZ 124, 39, 45; st. Rspr.). Da der Rechtsstreit auch insoweit zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst entschieden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung befasst sich mit den Grenzen langfristiger (erbbaurechtsähnlicher) Wiederkaufsrechte in Immobilienkaufverträgen (hier 90 Jahre). Eine derartige Gestaltung kann – so klingt es in den Entscheidungsgründen an – für den veräußernden Grundstückseigentümer als Alternative zum Erbbaurecht von Interesse sein, um auf einen späteren Rückfall der Verwertungsmöglichkeit insgesamt zu verzichten, wenn diese wegen der hiermit verbundenen Übernahme der vom Käufer errichteten Gebäude im Einzelfall unwirtschaftlich ist. Diese in den 20er und 30er Jahren scheinbar beliebte Vorgehensweise von Kommunen, die Förderung billigen Wohnraums mit einer späteren Zugriffsmöglichkeit zu kombinieren, beschäftigte in letzter Zeit wiederholt den V. Senat des BGH (vgl. auch die Entscheidungen vom 20.5.2011, V ZR 94/10 und V ZR 76/10 zu einer Ausübungsfrist von 99 Jahren). In Abgrenzung zur Entscheidung vom 21.7.2006 (V ZR 252/05, WM 2006, 2046) hält der BGH ein langfristiges Wiederkaufsrecht mit dem ausschließlichen Zweck, die zwischenzeitliche Steigerung des Bodenwerts abzuschöpfen, für zulässig, wenn die Bedingungen des Rückkaufs den Käufer nicht unangemessen benachteiligen.

1. Keine Sittenwidrigkeit des langfristigen Wiederkaufsrechts (§ 138 Abs. 1 BGB)

Im Ergebnis zuzustimmen ist der Ansicht des BGH, dass das erstmals nach 90 Jahren ausübbarere Wiederkaufsrecht wegen des hiermit verbundenen freien Wahlrechts des Verkäufers keine unzumutbare Belastung des Käufers darstellt, wenn die Bedingungen des Wiederkaufs angemessen sind. Ob ein langfristiges Wiederkaufsrecht gegen die guten Sitten verstößt, hatte der V. Senat im Urteil vom 21.7.2006 (WM 2006, 2046) noch offengelassen. Das Schrifttum beurteilte die Zulässigkeit eines Wiederkaufsrechts, bei dem die in § 462 BGB vorgesehene Ausübungsfrist wesentlich überschritten wurde, im Hinblick auf den *numerus clausus* der Sachenrechte (Umgehung des ErbbauRG unter Schaffung eines „potestativ bedingten Erbbaurechts“) und den Schutzgedanken des § 137 Satz 1 BGB (rechtsgeschäftliche Aushöhlung der Verfügungsbefugnis) teilweise ablehnend (*Kämmerer/Martini*, BauR 2007, 1337 ff.). Zweifel werden auch im Hinblick auf die Wertung des § 462 vorgebracht, dessen Zweck es sei, die Pflicht zur Rückübertragung nicht zu lange in der Schwebelage zu lassen (*MünchKommBGB/H. P. Westermann*, 6. Aufl. 2012, § 462 Rdnr. 1). Hiergegen wendet der BGH aber richtigerweise ein, dass das Gesetz für vertraglich vereinbarte Ausübungsfristen gerade keine Grenzen vorsieht (ebenso nunmehr *BeckOKBGB/Faust*, Stand 1.3.2011, § 462 Rdnr. 3). Etwaigen Bedenken im Hinblick auf die freie Wahlmöglichkeit des Verkäufers, die für ihn günstigere Möglichkeit zu wählen, begegnet der BGH mit dem Argument, dass ein Kauf mit langfristigem Wiederkaufsrecht im Vergleich zum Erbbaurecht auch für den Käufer von Vorteil sei, da er das Grundstück als Kreditsicherheit nutzen könne. Diese Aussage ist im Hinblick auf den Zweck des ErbbauRG, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts zu fördern (vgl. v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, S. 16 ff.), dann doch überraschend, zumal auch beim Wiederkaufsrecht die durch eine Vormerkung gesicherte Rückübertragungsverpflichtung eine Beleihung des Grundstücks einschränkt. Allerdings lässt sich gegen den Vorwurf einer Umgehung des § 1 Abs. 4 ErbbauRG einwenden, dass durch das Wahlrecht des Verkäufers die Nutzungsmöglichkeit des Käufers bis zur erstmaligen Ausübbarkeit des Wiederkaufsrechts (anders als bei einem unzulässigerweise bedingten Erbbaurecht) nicht destabilisiert wird.

Dartüber hinaus zeigt der Vergleich mit dem Erbbaurecht, dass ein Vertrauen des Erwerbers auf die Erlangung einer Entschädigung für die errichteten Gebäude gegen Rückgabe des Grundstückseigentums nicht ausnahmslos geschützt werden muss (§ 27 Abs. 3 ErbbauRG).

Unbeantwortet bleibt allerdings die Frage, ob der V. Senat den Fall wegen des Fehlens einer Wertsicherungsklausel für den Wiederkaufpreis möglicherweise anders beurteilt hätte, wenn im Jahr des Vertragsschlusses (1938) nicht die sog. Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts vorherrschend gewesen wäre. Jedenfalls lässt der BGB erkennen, dass das Fehlen eines Inflationsausgleichs für den Zeitraum nach Ablauf der gesetzlichen Regelfrist von 30 Jahren (§ 462 Satz 1 BGB) grundsätzlich geeignet ist, ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu begründen. Allerdings muss insoweit auch berücksichtigt werden, dass der Nutzung des Grundstücks durch den Käufer die Nutzung des Kaufpreises durch den Verkäufer gegenübersteht. Steigt nun inflationsbedingt der Wert des Grundstücks, dann steigt gleichzeitig auch der Wert der Grundstücksnutzung im Verhältnis zur Nutzung des bezahlten Kaufpreises. Hinzu kommt, dass der Kaufpreis wegen des Wiederkaufrechts regelmäßig nicht dem vollen Verkehrswert des Grundstücks entsprechen dürfte, so dass die Nutzung des Grundstücks höherwertig ist als die Nutzung des Geldes. Die Differenz bezüglich des Werts der Nutzungsmöglichkeit dürfte daher regelmäßig die fehlende Wertsicherung des Wiederkaufpreises aufwiegen.

Da im konkreten Fall eine Entschädigung der vertragsgemäß errichteten Gebäude in Höhe von zwei Dritteln des gemeinen Werts vereinbart war, konnte der Senat schließlich offenlassen, ob die Bedingungen des Wiederkaufs angemessen sind, wenn ein Entschädigungsanspruch des Käufers für die von ihm errichteten Gebäude insgesamt fehlt. Dies dürfte unter Berücksichtigung der Wertung des § 27 ErbbauRG zu bejahen sein, wenn die Veräußerung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise erfolgte, da auch beim Erbbaurecht ein Entschädigungsanspruch vollständig ausgeschlossen werden kann (vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, S. 290 f.).

2. Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zutreffend sind die Ausführungen des Senats, mit denen er eine Einschränkung des Wiederkaufsrechts bzw. der Ausübung wegen des im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ablehnt. Denn anders als in der Senatsentscheidung vom 21.7.2006 (V ZR 252/05, WM 2006, 2046) ging es in der vorliegenden Entscheidung nicht um eine langjährige Zweckbindung des Käufers, die durch das Wiederkaufsrecht sanktioniert wird, sondern um die erstmalige Ausübungsmöglichkeit des Rechts ohne weitere Voraussetzungen mit dem Zweck, eine zwischenzeitliche Steigerung des Bodenwerts abzuschöpfen. Für die Zulässigkeit eines derartigen Zwecks spricht schon die alternative Möglichkeit, die Bodenwertsteigerung im Rahmen eines Erbbaurechts abzuschöpfen. Dies wird sogar von den Kritikern langer Fristen anerkannt, zumal dieses Ziel auch in der Bayerischen Verfassung verankert ist (Art. 161 Abs. 2). Ferner wird nicht bezweifelt, dass eine Bodenwertsteigerung eine gewisse Dauer voraussetzt (Kämmerer/Martini, BauR 2007, 1337, 1346 f.).

3. Zusammenfassung

Die Entscheidung ist aus Sicht des Vertragsgestalters zu begrüßen, da sie die Zulässigkeit von Kaufverträgen mit langfristigen Wiederkaufsrechten als Alternative zum Erbbaurecht

(auch bei einer Beteiligung von Kommunen) grundsätzlich anerkennt. Offen bleibt allerdings, inwieweit der Wiederkaufpreis einer Wertsicherung unterworfen werden muss und ob § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, die im vorliegenden Fall nicht anwendbar waren, engere Grenzen ziehen.

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

2. BGB §§ 875 Abs. 1, 1113, 1115 Abs. 1, 1159 Abs. 1, 1192 Abs. 1 und 3; GBO § 19 (Löschung einer ohne Zinsen abgetretenen Grundschuld)

Ist eine Grundschuld mit Ausnahme von rückständigen Zinsen abgetreten worden, bedarf die Löschung der Grundschuld nicht der Zustimmung des ursprünglichen Gläubigers.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.3.2011, 10 W 84/11; eingesandt von Notar Dr. Wolfgang Brückner, Nürnberg

Mit Urkunde des Notars Dr. B. vom 2.7.2010, URNr. W (...), haben die Grundstückseigentümer G. und R. S. das im Grundbuch des AG Fürth für V. Blatt (...), eingetragene Grundstück Z.-weg (...) an die Eheleute Prof. Dr. T. und E. W. veräußert.

Abschnitt IV Nr. 3 des Vertrags enthält folgende Regelung:

„Der Veräußerer schuldet den lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang des Vertragsgegenstands und dessen Freiheit von Rechten Dritter mit Ausnahme etwa in dieser Urkunde ausdrücklich übernommener Belastungen.“

Die in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Belastungen übernimmt der Erwerber zur weiteren Duldung und Verpflichtung.

Den zur Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen, insbesondere Löschungsbewilligungen, wird zugestimmt und deren Vollzug beantragt.“

Mit Schreiben vom 4.10.2010 hat der beurkundende und bevollmächtigte Notar Dr. B. unter Bezugnahme auf die im notariellen Kaufvertrag abgegebenen Erklärungen und unter Bezugnahme auf Löschungsbewilligungen der A-Bank und der B-Bank vom 22.7.2010 beantragt, die zugunsten der Bank im Grundbuch von V. Blatt (...) unter der laufenden Nr. (...) der Abteilung III eingetragenen Grundschulden zu löschen.

Zu diesen Grundschulden ist es aufgrund folgender Vorgänge gekommen: Die ursprünglich mit Urkunde des Notars Dr. G. vom 20.3.1978 zugunsten der C-Bank bestellte Grundschuld i. H. v. 140.000 DM nebst Jahreszinsen in Höhe von 15% ab 20.3.1978 wurde am 15.1.1988 in Höhe eines letztangigen Teilbetrages von 70.000 DM nebst Zinsen seit dem Tag der Eintragung der Grundschuld (1.6.1978) an die A-Bausparkasse abgetreten. Am 20.7.1994 wurde diese Grundschuld an die D-Bank abgetreten; Abtretung der noch für die C-Bank mit einem erstangigen Teilbetrag von 70.000 DM bestehenden Grundschuld nebst Zinsen ab dem 1.6.1978 an die D-Bank erfolgte am 8.8.1994. Die D-Bank wiederum hat mit Abtretungserklärung vom 25.2.1999 die Grundschuld in Höhe eines letztangigen Teilbetrages von 40.000 DM an die A-Bank abgetreten, und am 17.5.2004 i. H. v. 100.000 DM an die B-Bank.

Mit Zwischenverfügung vom 6.12.2010 hat der Rechtspfleger beim Grundbuchamt Fürth darauf hingewiesen, dass zur Eintragung der Löschung des in Abteilung III/(...) eingetragenen Rechts noch die Löschungsbewilligung der ursprünglichen Grundschuldgläubigerin, der C-Bank bzw. deren Rechtsnachfolgerin, erforderlich sei. Die ursprüngliche Grundschuld sei ab 20.3.1978 zu verzinsen, während die Abtretungen lediglich die Zinsen ab 1.6.1978 (Tag der Eintragung der Grundschuld) erfasst hätten. Gläubigerin der im Zeitraum vom 20.3.1978 bis 31.5.1978 entstandenen Zinsen sei daher nach wie vor die C-Bank, sodass auch deren Zustimmung zur Löschung der Grundschuld erforderlich sei.

Mit der „für alle Beschwerdeberechtigten“ form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde macht der beurkundende Notar geltend, eine Löschungsbewilligung der ursprünglichen Gläubigerin sei nicht er-

forderlich. Mit der Löschung des Grundpfandrechts für das Kapital erlösche auch das Grundpfandrecht für die Zinsen, da letzteres gesetzlich auflösend bedingt sei durch das Bestehen des Grundpfandrechts für die Hauptforderung.

In seinem Nichtabhilfebeschluss vom 5.1.2011 hat der Rechtspfleger die Meinung vertreten, dass die bis zur Abtretung aufgelaufenen Zinsen, die kapitalisiert werden könnten, nach wie vor dinglich gesichert seien und es nicht angehen könne, dem Zinsgläubiger ohne dessen Zustimmung die dingliche Sicherungsstellung zu entziehen. Letztendlich sei die Höhe der rückständigen, nicht abgetretenen Zinsen eindeutig bestimmbar i. S. d. § 1113 Abs. 1 BGB. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob ein Zinsgrundpfandrecht mit der Löschung des Kapitalgrundpfandrechts „automatisch“ erlischt, also auch ohne Zustimmung des Gläubigers des Zinsgrundpfandrechts.

Die herrschende Meinung (siehe OLG Braunschweig in: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 15, 336, 338; LG Regensburg, MittBayNot 1987, 102; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2751, 2744; *Kuntze/Munzig*, GBR, 6. Aufl., § 27 Anm. 27) geht davon aus, dass die Haftung des Grundstücks für die Zinsrückstände an die Haftung des Grundstücks für die Kapitalforderung gebunden ist. Dieser Meinung nach bilden Zinsen keinen selbständigen Gegenstand der Eintragung, solange sie nicht als kapitalisierte selbständige Forderungen, z. B. im Rahmen der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek, geltend gemacht werden. Begründet wird diese Auffassung mit der Nichteintragungsfähigkeit einer noch nicht kapitalisierten Zinsforderung im Grundbuch. Konsequenterweise führt diese Auffassung zu dem Ergebnis, dass Zinsen nur als Nebenleistungen gesichert werden und dass Grundpfandrechte für die Zinsen mit dem Kapitalgrundpfandrecht erlöschen (siehe LG Regensburg, a. a. O.).

Die Gegenmeinung (vgl. etwa *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 27 Rdnr. 23; *MünchKommBGB/Eickmann*, § 1159 Rdnr. 11) geht unter Berufung auf §§ 1159, 401 BGB davon aus, dass die rückständigen Zinsen als selbständige Forderung unabhängig vom Bestand der Kapitalforderung durch die Grundschuld abgesichert sind. Dementsprechend sehen die Vertreter dieser Auffassung es als notwendig an, dass zur Löschung der Grundschuld auch die Löschungsbewilligung des Zinsgläubigers als Rechtsinhaber i. S. d. § 875 BGB beigebracht wird.

Beide Meinungen weisen gewisse Unstimmigkeiten auf (vgl. auch *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, § 1159 BGB Rdnr. 16 ff.).

Die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung, dass die Zinsrückstandsgrundschuld erlischt, sobald die Kapitalgrundschuld gelöscht ist, findet im Gesetz keine unmittelbare Stütze. Andererseits würde die von der Mindermeinung vertretene Ansicht voraussetzen, dass die rückständige Zinsforderung als solche im Grundbuch selbständig eintragbar wäre. Dies scheidet jedoch an der Vorschrift des § 1115 BGB, der über § 1192 BGB zur Anwendung gelangt. Gemäß § 1115 BGB ist zur Eintragung der Geldbetrag anzugeben; eintragungsfähig ist danach nur eine zahlenmäßig bestimmte Summe (*Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 1115 Rdnr. 8). Dass vorliegend die Höhe der rückständigen Zinsen erchenbar ist, genügt diesen Anforderungen nicht. Nur die exakte Angabe einer Summe kann dem Bestimmtheiterfordernis des Grundbuches gerecht werden. Sind die rückständigen Zinsen

jedoch nur als Prozentsatz der Hauptforderung aufgeführt, sind sie nicht eintragungsfähig (siehe auch KG in JW 38, 2406). Nicht eintragungsfähige Forderungen können aber auch keine selbständige dingliche Rechtsposition i. S. v. § 875 BGB vermitteln. Mangels eigenständiger dinglicher Rechtsposition bedarf es daher auch keiner Zustimmung des Gläubigers der rückständigen Zinsen zur Löschung der Grundschuld.

Die im Hinblick auf Art. 14 GG geäußerten Bedenken der Gegenauffassung teilt der Senat nicht. Wer eine Grundschuld abtritt, hat es in der Hand, für eine Sicherung nicht abgetreter Zinsen zu sorgen.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig; in der Begründung springt sie aber viel zu kurz.

Wenn nach materiellem Recht rückständige Zinsansprüche aus Grundpfandrechten nicht nur fortbestehen, sondern auch eintragungsfähig sein sollten, kann die Eintragung nicht daran scheitern, dass Zinsen einen Kapitalbezug brauchen, um Zinsen sein zu können, ein solcher aber angeblich fehlt.¹ Der Kapitalbezug muss dann eben als Referenz mit eingetragen werden, wenn auch nur um der Zinsen willen; das ist nicht identisch mit der Eintragung des Hauptanspruchs als eigenes Recht („12 % Zinsen jährlich vom ... bis ... aus € ...“). Wenn es – wie hier – um die Löschung des Hauptanspruchs geht, liegen die Dinge sogar erheblich einfacher, weil Löschungen im Grundbuch ja nicht körperlich erfolgen (indem die Eintragung ausradiert wird), sondern nur virtuell durch Eintragung eines Lösungsvermerks (§ 46 Abs. 1 GBO). Die Referenz auf das Kapital bleibt also stets sichtbar erhalten.

Den (schmerzlichen) Blick auf das materielle Recht kann man sich daher nicht – wie der Senat meint – mit ein wenig formaler Rabulistik ersparen. Was zeigt dieser Blick? Unklares und Widersprüchliches!

Zinsen sind vom Hauptanspruch abgeleitet, das ist schon richtig. Endet der Hauptanspruch, so endet zwangsläufig auch der Zinslauf.² Hier aber stehen wir schon vor einer ersten Weggabelung. Nach der einen Meinung soll nicht nur der Zinslauf enden; vielmehr sollen darüber hinaus mit dem Hauptanspruch auch die Zinsen aus der Vergangenheit erlöschen.³ Bei Teilaufhebung der Hypothek der Hauptforderung soll die Hypothek für den Teilbetrag der Rückstände erlöschen.⁴ Wird also durch gemeinsame Verfügung von Gläubiger und Eigentümer der Kapitalteil des Grundpfandrechts aufgehoben, so würden auf der Grundlage dieser Meinung (gleichgültig wie man den Erlöschensvorgang konstruiert⁵) die Zinsen von selbst miterlöschen. Das Erlöschen der Vergangenheitszinsen

¹ Auch *Balser*, NJW 1958, 698 bringt schon die falsche Argumentation des OLG Nürnberg.

² A. A. zu Unrecht OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.8.1995, 3 Wx 206/95, Rpfleger 1996, 61, Zinsen könnten als „Rentenverpflichtung“ weiterlaufen.

³ KG, JFG 18, 35; LG Regensburg, Beschluss vom 21.1.1987, 5 T 398/86, MittBayNot 1987, 102; *Balser*, NJW 1958, 698; *BGB-RGRK/Mattern*, 12. Aufl., § 1158 Rdnr. 6 (die dort als Beleg angeführte Entscheidung RGZ 74, 81 vom 29. 6. 1910, V 429/09, trägt diese Meinung nicht); *Enneccerus/Wolff/Raiser*, 10. Aufl., § 149 IV 3; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 1159 Anm. 3c; *Güthe/Triebel*, 5. Aufl., § 26 GBO Rdnr. 12 unter 1 a; *Soergel/Konzen*, 13. Aufl., BGB, § 1159 Rdnr. 3.

⁴ *Planck/Strecker*, BGB, § 1159 Anm 3c; a. A. OLG Colmar, Recht 1914, Nr. 59.

⁵ Dazu *Staudinger/Wolfsteiner*, § 1183 Rdnr. 1 f.; § 1168 Rdnr. 1 ff.

wäre nur ein Reflex des Erlöschens des Hauptrechts, der unabhängig vom Willen des Zinsgläubigers eintritt und daher auch gegen seinen Willen stattfinden könnte. Einer Zustimmung des Zinsgläubigers bedürfte es nicht.

Richtiger Auffassung nach erlöschen aber bereits entstandene und fällig gewordene Zinsen keineswegs mit dem Ende des Hauptanspruchs (ob der Zinsanspruch erst im Zeitablauf oder schon mit der Zinsvereinbarung sofort als künftiger oder gar als gegenwärtiger, aber nicht fälliger entsteht, spielt hierfür keine Rolle).⁶ Die Gegenansicht ist zwar praktisch, aber nicht zu begründen.⁷ Zu keiner anderen Vorschrift wird vertreten, dass eine schon entstandene Zinsforderung mit Erlöschen der Hauptforderung wegfallt.⁸ Wer Hauptsache und rückständige Zinsen zu fordern hat, behält selbstverständlich die bis zur Erfüllung der Hauptforderung aufgelaufenen Zinsansprüche, auch wenn die Hauptforderung durch Erfüllung erlischt. Wo steht, dass für die Hypothek – und gar für die Grundschuld – anderes gilt?⁹

Bereits entstandene und fällige Hypotheken- und Grundschuldzinsen bestehen also bei Erlöschen des Hauptanspruchs nicht nur fort; sie behalten zweifelsfrei auch ihren Charakter als Grundpfandrechte, allerdings stark wirkungsgemindert, weil sie in der Zwangsvollstreckung nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 und Nr. 8 ZVG schnell auf einen ganz schwachen Rang zurückfallen. Außer der vollstreckungsrechtlichen Wirkungsminderung erleiden rückständige¹⁰ Zinsansprüche aber auch eine Wesensveränderung, und zwar durch § 1159 BGB. Verfügungen erfolgen nicht mehr durch Einigung und Eintragung gemäß § 873 BGB (bzw. die Ersatzformen des § 1154 Abs. 1 und 2 BGB), sondern „nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften“, also den §§ 398 ff. BGB. Allerdings behalten die rückständigen Zinsen ihren dinglichen Charakter als Grundpfandrechte, wie sich klar aus § 10 Abs. 1 ZVG ergibt. § 1159 BGB ändert also unmittelbar nur die Form, in der Verfügungen zu treffen sind, aber nicht den Inhalt des Rechts.

An dieser Stelle stehen wir vor einer zweiten Weggabelung. Nach der einen Meinung schaltet § 1159 BGB den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollständig ab. Die Zinsen verlieren unbeschadet ihres Fortbestands als Grundpfandrechte ihre Eintragungsfähigkeit; soweit das Grundbuch rückständige Zinsen noch ausweist, ist es formell unrichtig, weil es zu Unrecht den Anschein erweckt, den Bestand des Rechts mit öffentlichem Glauben nachzuweisen.¹¹ In der Tat stellt das Grundbuch rückständigen Zinsen seine Werkzeuge und Funktionen nicht mehr zur Verfügung; können Verfügungen über solche Zinsen nur noch außerhalb des Grundbuchs getroffen werden, so gibt das Grundbuch keine mit öffentlichem Glauben ausgestattete Auskunft über Bestand und Gläubigerzuordnung mehr, weshalb § 1159 Abs. 2 BGB gutgläubigen Erwerb rückständiger Zinsansprüche nach § 892 BGB konsequent ausschließt. Auf der Grundlage dieser Auffassung ist wiederum klar, dass es zur Löschung des Grundpfandrechts keiner Zustimmung etwaiger Inhaber rückständiger Zinsfor-

derungen bedarf, denn diese sind (materiell) gar nicht mehr im Grundbuch eingetragen.

Nach anderer Meinung hingegen¹² behält die Eintragung rückständiger Zinsen ihre Funktion zumindest insofern, als sie fortdauernd Bedeutung zwar nicht für einen gutgläubigen Erwerb der Zinshypothek, aber sehr wohl für einen gutgläubigen-zinshypothekenfreien Erwerb des Eigentums haben soll. Es wird argumentiert, rückständige Zinsen müssten eingetragen bleiben, damit der Zinsgläubiger sein Recht nicht unfreiwillig durch gutgläubigen zinshypothekenfreien Erwerb des Eigentums verlieren kann.¹³ Negativ heißt es, die Eintragung müsse möglich bleiben, damit eine fehlende Eintragung zu einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Eigentums führen könne. Nach diesen Auffassungen würde die Löschung des Grundpfandrechts, einschließlich der Zinsrückstandshypothek oder Grundschuld, die Zustimmung des Gläubigers auch der Zinsrückstandsrechte erfordern.

Aber wer gilt als Gläubiger der Zinshypothek, der für die Zustimmung legitimiert ist? Vordergründig wird gemäß § 891 BGB vermutet, dass der als Inhaber der Zinsrückstände Eingetragene auch deren wirklicher Gläubiger sei, sodass die Möglichkeit, dass er seine Rechtsstellung außerhalb des Grundbuchs verloren hat, bei der Löschung außer Betracht zu bleiben hätte. Denn § 1159 Abs. 2 BGB sagt nur, § 892 BGB finde keine Anwendung, ohne auch § 891 zu erwähnen. Kann aber wirklich die Vermutung des § 891 BGB weitergelten, obwohl sie ihre wichtigste Funktion, den gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB zu ermöglichen, kraft ausdrücklicher Vorschrift verloren hat? Die Gesetzeslage – das ist das eigentliche Problem – ist inkonsistent.¹⁴ Gesteht man den Zinsrückständen fortdauernde Eintragungsfähigkeit zu, dann kommt man nicht umhin, einen scheinbar sinnlosen § 891 BGB weiterhin anzuwenden, denn sonst hätte man es mit einem eingetragenen Recht zu tun, dessen Gläubiger wegen der Möglichkeit außergrundbuchlichen Gläubigerwechsels stets unbekannt wäre. Zu jeder Löschung eines Zinsgrundpfandrechts müsste dann ein Aufgebotsverfahren stattfinden; das lässt sich als Glasperlenspiel denken, aber für die Praxis nicht ernsthaft vertreten.

Als Zwischenergebnis lässt sich immerhin feststellen, dass es zur Löschung eines Zinsgrundpfandrechts nach beiden Grundauffassungen von der Eintragungsfähigkeit oder fehlenden Eintragungsfähigkeit rückständiger Zinsen entweder gar keiner Zustimmung eines Zinsrückstands-Gläubigers oder bestenfalls der Zustimmung eines eingetragenen, vom Inhaber des Kapitals verschiedenen Zinsgläubigers bedarf und dass die bloße Möglichkeit, dass der Zinsanspruch außerhalb des Grundbuchs abgetreten worden sein könnte, keine Rolle spielt. Deshalb hat der OLG-Senat im Ergebnis zutreffend geurteilt.

Aber was ist mit dem Eigentum? Wenn § 892 nicht gilt – und das ist nun einmal zweifelsfrei Gesetz –, dann kann ein Erwerber des Grundstücks nicht darauf vertrauen, dass das Eigentum frei ist von nicht eingetragenen rückständigen Zinsgrundpfandrechten. Er müsste sich trotz guten Glaubens solche Rechte entgegenhalten lassen. Die (bloße) Vermutung des § 891 BGB könnte ihm, so überhaupt anzuwenden, nicht helfen, wenn sich der Gläubigerpräsident als Inhaber eines nicht eingetragenen Zinsrückstands beweiskräftig ausweisen kann. Es würde sich also eine empfindliche Lücke im Gutglaubens-

⁶ RGZ 86, 220 vom 6.2.1915, V 417/14; *Ottow*, JR 1956, 412; *Böttcher*, Rpfleger 1984, 85; *MünchKommBGB/Eickmann*, § 1159 Rdnr. 11; *Staudinger/Wolfsteiner*, § 1159 Rdnr. 13. Siehe auch Gutachten DNotI-Report 2011, 9.

⁷ Zustimmung *Keith*, NotBZ 2011, 351.

⁸ Siehe z. B. *BeckOK/Grothe*, BGB, Ed. 20, § 246 Rdnr. 5.

⁹ Richtig insoweit *MünchKommBGB/Eickmann*, § 1159 Rdnr. 11.

¹⁰ Der Rückstandsbegriff ist ambivalent und soll hier nicht vertieft werden; siehe *Staudinger/Wolfsteiner*, Einleitung zu §§ 1113 ff. BGB Rdnr. 52.

¹¹ So wohl *BGB-RGRK/Mattern*, § 1159 Rdnr. 3.

¹² *Böttcher*, Rpfleger 1984, 85; *MünchKommBGB/Eickmann*, § 1159 Rdnr. 10; *Bauer/v. Oefele/Kohler*, GBO, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 51.

¹³ *Keith*, NotBZ 2011, 351 bemüht hier sogar das Verfassungsrecht.

¹⁴ *MünchKommBGB/Eickmann*, § 1159 Rdnr. 1: „unerfreuliche Komplikationen“.

schutz öffnen. Der gutgläubige Erwerber eines im Grundbuch unbelasteten Grundstücks könnte jederzeit vom Bestehen eines Zinsrückstands-Grundpfandrechts überrascht werden. Das kann schwerlich die Intention des § 1159 BGB sein.

Die Eintragungsbefürworter unterstellen nun, dass diese Lücke durch Eintragung des Zinsrückstands-Grundpfandrechts geschlossen werden könne. Das aber ist de lege lata nicht so. Da § 892 BGB nicht gilt, gewährt die Eintragung ebensowenig Gutgläubensschutz wie die Nichteintragung. Die Eintragung gewährt dem Zinsgläubiger ohne § 892 BGB¹⁵ keinen Schutz gegen den Verlust seines Rechts; dass kein Recht eingetragen ist, gewährt umgekehrt ohne § 892 BGB dem Erwerber keinen gutgläubigen Erwerb. Denn nach § 892 BGB gilt nur der Inhalt des Grundbuchs als richtig; dass das Grundstück frei ist von nicht eintragungsfähigen Rechten, gewährleistet § 892 gerade nicht.¹⁶ Daher wollen einige Autoren eingetragene rückständige Zinsen bzw. das Fehlen einer Eintragung contra legem doch dem § 892 BGB unterstellen.¹⁷ Diese „Lösung“, das Gesetz einfach zu ignorieren, kann schwerlich befriedigen. Die Gutgläubensproblematik muss anders gelöst werden.

Eine Lösung direkt aus dem Gesetz steht freilich nicht zur Verfügung. Die Gutgläubensvorschrift des § 932 BGB gilt nicht, weil ihre Anwendung ausdrücklich auf bewegliche Sachen beschränkt ist. Dennoch liegt es nahe, § 932 BGB entsprechend anzuwenden, wobei an die Stelle des Erwerbs nach § 929 BGB der Erwerb nach § 873 (bzw. § 925) BGB zu treten hat.

Liegt die Lösung des Gutgläubensproblems also nicht in der Eintragung rückständiger Zinsen, dann muss die Eintragung unterbleiben.¹⁸ Sind demgemäß rückständige Zinsen nicht eintragungsfähig, können sie auch aufgrund eines einfachen Eigentümerantrags gelöscht werden, gleichgültig ob eine Bewilligung des eingetragenen Gläubigers vorliegt oder nicht. Auch von daher ist die Entscheidung im Ergebnis richtig.

Notar a. D. Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

¹⁵ Gegen MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1159 Rdnr. 10.

¹⁶ MünchKommBGB/*Kohler*, 5. Aufl., § 891 Rdnr. 7.

¹⁷ *Keith*, NotBZ 2011, 351; *Planck/Strecker*, § 1159 BGB Anm. 3c; MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1159 Rdnr. 15 (der das in Rdnr. 10 zu Unrecht als „allgemein anerkannt“ bezeichnet).

¹⁸ Vgl. *Staudinger/Wolfsteiner*, § 1159 Rdnr. 13.

3. VersAusglG § 2 Abs. 2 Nr. 2 (*Versorgungsausgleich bei Ausübung des Kapitalwahlrechts einer privaten Rentenversicherung*)

Ein ehezeitlich erworbenes Anrecht aus einer privaten Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht ist nicht mehr im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen, sondern ist einer Berücksichtigung im Zugewinnausgleich vorbehalten, wenn der Berechtigte nach Ehezeitende während eines laufenden Versorgungsausgleichsverfahrens von dem vertraglich vereinbarten Kapitalwahlrecht Gebrauch macht. An dieser Rechtsprechung hat sich durch die Neuregelung des Versorgungsausgleichs durch das am 1.9.2009 in Kraft getretene Versorgungsausgleichsgesetz nichts geändert. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 5.10.2011, XII ZB 555/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der 1946 geborene Antragsteller (im Folgenden: Ehemann) und die 1950 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) hatten am

5.9.1969 die Ehe geschlossen. Auf den am 16.10.2009 zugestellten Scheidungsantrag hat das AG die Ehe rechtskräftig geschieden und den Versorgungsausgleich geregelt.

Beide Eheleute haben während der Ehezeit (1.9.1969 bis 30.9.2009; § 3 Abs. 1 VersAusglG) Rentenansparungen in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben. Der Ehezeitanteil des Ehemannes beläuft sich auf 34,0179 Entgeltpunkte mit einem Ausgleichswert von 17,0090 Entgeltpunkten. Der Ehezeitanteil der Ehefrau beträgt 33,5229 Entgeltpunkte mit einem Ausgleichswert von 16,7615 Entgeltpunkten.

Daneben hat die Ehefrau während der Ehezeit verschiedene betriebliche Versorgungsansprüche bei der A. AG erworben. Die Ehezeitanteile belaufen sich auf 4.888,90 € mit einem Ausgleichswert von 2.444,45 €, auf 12.831,06 € mit einem Ausgleichswert von 6.415,53 €, auf 12.001,88 € mit einem Ausgleichswert von 6.000,94 € und auf 28.512,71 € mit einem Ausgleichswert von 14.256,36 €. Außerdem hat die Ehefrau während der Ehezeit eine private Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht bei der A. AG erworben, deren Ehezeitanteil sich auf 45.312,66 € mit einem Ausgleichswert von 22.656,33 € beläuft. Während des Beschwerdeverfahrens hat sie am 18.8.2010 insoweit ihr Kapitalwahlrecht ausgeübt.

Der Ehemann hat während der Ehezeit neben seinen gesetzlichen Versorgungsansprüchen lediglich Ansprüche aus zwei privaten Kapitallebensversicherungen erworben.

Das AG hat von einem Ausgleich der gesetzlichen Versorgungsansprüche der Ehegatten nach § 18 Abs. 1 VersAusglG abgesehen, weil die Differenz ihrer Ausgleichswerte gering ist. Hinsichtlich des weiteren Anrechts der Ehefrau bei der A. mit einem Ausgleichswert von 2.444,45 € hat es gemäß § 18 Abs. 2 VersAusglG wegen des geringen Ausgleichswerts ebenfalls von einem Ausgleich abgesehen. Die weiteren Ansprüche der Ehefrau, einschließlich ihres Anrechts aus der privaten Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht, hat das AG in Höhe der angegebenen Ausgleichswerte intern geteilt.

Auf die Beschwerde der Ehefrau hat das OLG die Entscheidung teilweise geändert. Es hat die interne Teilung der privaten Rentenversicherung der Ehefrau ausgeschlossen, weil sie inzwischen ihr Kapitalwahlrecht ausgeübt hatte. Im Übrigen hat es die Beschwerde, mit der die Ehefrau auch die Einbeziehung der privaten Lebensversicherung des Ehemannes begehrte, zurückgewiesen, weil es sich dabei um private Kapitalversicherungen handelt. Die gegen diese Entscheidung vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde des Ehemannes richtet sich allein gegen den unterbliebenen Ausgleich der privaten Rentenversicherung der Ehefrau wegen der Ausübung des Kapitalwahlrechts.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft. An die Zulassung durch das OLG ist der Senat gebunden (§ 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG).

Allerdings hat das OLG die Rechtsbeschwerde lediglich zu der Frage zugelassen, ob auch nach der Reform des Versorgungsausgleichs an der Rechtsprechung des BGH zum Fortfall eines Versorgungsanspruchs durch Ausübung des Kapitalwahlrechts während eines laufenden Versorgungsausgleichsverfahrens fortgelte. Die Zulassung beschränkt sich somit auf den unterbliebenen Ausgleich der privaten Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht der Ehefrau. Eine solche Beschränkung der Zulassung ist zulässig, weil mit der Neuregelung des Versorgungsausgleichs zum 1.9.2009 die früher notwendige Verrechnung verschiedener Versorgungsansprüche aufgehoben wurde und einzelne Versorgungsansprüche nunmehr isoliert ausgeglichen werden (vgl. Senatsbeschluss vom 7.9.2011, XII ZB 546/10 – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Entsprechend hat der Antragsteller seine Rechtsbeschwerde auch auf diese Frage beschränkt.

Die Rechtsbeschwerde ist im eingelegten Umfang auch sonst zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

1. Das OLG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass es sich bei dem streitigen Anrecht um eine private Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht handele und die Ehefrau das ihr zustehende Kapitalwahlrecht während des laufenden Beschwerdeverfahrens am 18.8.2010 ausgeübt habe. Dies führe dazu, dass die Anrechte nicht mehr im Versorgungsausgleich auszugleichen seien, weil sie nicht mehr auf eine Rentenleistung gerichtet seien. Auszugehen sei davon, dass private Lebensversicherungen, die nicht auf eine Rentenzahlung, sondern auf eine Kapitalzahlung gerichtet seien, nicht im Versorgungsausgleich, sondern im Zugewinnausgleich auszugleichen seien. Das Versorgungsausgleichsgesetz habe zwar eine Änderung mit sich gebracht, wonach alle Anrechte nach dem Betriebsrentengesetz unabhängig von ihrer Leistungsform in den Versorgungsausgleich einzubeziehen seien. Bei solchen Anrechten finde ein Ausgleich gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG auch dann statt, wenn das betriebliche Anrecht auf eine Kapitalzahlung gerichtet sei. Wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lasse, sei diese gesetzliche Neuregelung aber nicht auf private Kapitallebensversicherungen zu erstrecken. Anders als bei Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge oder aus einem zertifizierten Altersvorsorgevertrag seien private Kapitallebensversicherungen strukturell nicht immer auf Vorsorge gerichtet, sondern dienten teilweise der Finanzierung größerer Anschaffungen und damit auch dem Konsum. Zudem könne die ausgleichspflichtige Person in der Anwartschaftsphase über das angesparte Kapital verfügen, z. B. durch eine vorzeitige Kündigung. Dies sei bei Anrechten der betrieblichen Altersvorsorge regelmäßig nicht möglich. Daher bleibe es nach der Gesetzesbegründung dabei, nur diejenigen privaten Lebensversicherungen in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, die auf eine Rentenleistung gerichtet seien. Dies gelte auch für Verträge mit Kapitalwahlrecht, solange das Wahlrecht nicht ausgeübt sei.

Aus der gesetzlichen Neuregelung im Versorgungsausgleichsgesetz ergebe sich somit keine Einbeziehung privater Kapitallebensversicherungen in den Versorgungsausgleich. Vielmehr gelte für diese die gleiche Rechtslage wie vor dem Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes. Damit gelte die ständige Rechtsprechung des BGH für Fälle der Ausübung eines Kapitalwahlrechts während eines laufenden Versorgungsausgleichsverfahrens fort. Nach dieser Rechtsprechung scheide das Anrecht aus dem Versorgungsausgleich aus, soweit ein bestehendes Kapitalwahlrecht ausgeübt werde, selbst wenn dies nach Ende der Ehezeit – oder wie hier – nach der Scheidung geschehe.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, können nur die im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung noch dem Versorgungsausgleich unterfallenden Anrechte in diesen einbezogen werden (Senatsbeschlüsse BGHZ 153, 393 = FamRZ 2003, 664, 665 = MittBayNot 2003, 299, und vom 19.3.2003, XII ZB 42/99, FamRZ 2003, 923 f.). Anrechte aus einer privaten Kapitalversicherung sind schon deswegen nicht im Versorgungsausgleich zu berücksichtigen, weil sie nicht auf eine Rente, sondern auf Auszahlung eines Kapitalbetrages gerichtet sind, über den der Berechtigte frei verfügen kann. Gleiches ist der Fall, wenn der Berechtigte einer privaten Rentenversicherung von dem vertraglich vereinbarten Kapitalwahlrecht Gebrauch gemacht hat. Unerheblich ist somit, ob der private Versicherungsvertrag sich von Beginn an auf eine Kapitalversicherung bezog oder ob im Falle einer Rentenversicherung bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts das vereinbarte Kapitalwahlrecht ausgeübt worden ist. In beiden

Fällen unterliegt das ehezeitlich erworbene Anrecht nicht (mehr) dem Versorgungsausgleich, sondern ist einer Berücksichtigung im Zugewinnausgleich vorbehalten (vgl. Senatsbeschlüsse BGHZ 153, 393 = FamRZ 2003, 664, 665 = MittBayNot 2003, 299, und vom 19.3.2003, XII ZB 42/99, FamRZ 2003, 923 f.; vgl. auch *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 157).

Einer Berücksichtigung des erst nach Ende der Ehezeit ausgeübten Kapitalwahlrechts steht auch das Stichtagsprinzip der §§ 3 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 2 VersAusglG nicht entgegen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung eines Anrechts ist zwar nach § 5 Abs. 2 Satz 1 VersAusglG das Ende der Ehezeit. Rechtliche oder tatsächliche Veränderungen nach dem Ende der Ehezeit sind allerdings zu berücksichtigen, wenn sie auf den Ehezeitanteil zurückwirken (§ 5 Abs. 2 Satz 2 VersAusglG). Die spätere Ausübung des Kapitalwahlrechts wirkt sich zwar nicht auf den Wert des Anrechts, aber auf dessen Ausgleichsform aus. Mit Rückwirkung auf das Ende der Ehezeit ist dann das Rentenrecht des Berechtigten entfallen und durch einen Anspruch aus der Kapitallebensversicherung ersetzt worden. Umgekehrt ist dieses Kapitalrecht auch nicht nach dem Stichtagsprinzip des § 1384 BGB dem Zugewinnausgleich entzogen. Auch wenn das Anrecht ursprünglich noch auf ein Rentenrecht gerichtet war, war es bereits als wirtschaftlicher Wert bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags im Endvermögen des Berechtigten vorhanden. Der bloße Wechsel der Ausgleichsform schließt es nicht aus, das Anrecht nach Ausübung des Kapitalwahlrechts mit diesem Wert in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen (Senatsbeschluss BGHZ 153, 393 = FamRZ 2003, 664, 665 = MittBayNot 2003, 299).

b) An dieser Rechtsprechung hat sich für die hier relevante private Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht durch die Neuregelung des Versorgungsausgleichs durch das am 1.9.2009 in Kraft getretene Versorgungsausgleichsgesetz nichts geändert.

aa) Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG sind Anrechte grundsätzlich nur dann im Versorgungsausgleich auszugleichen, wenn sie auf eine Rente gerichtet sind. Lediglich Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes oder des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes sind unabhängig von der Leistungsform im Versorgungsausgleich auszugleichen. Im Gegensatz zur Auffassung der Rechtsbeschwerde erstreckt sich diese Ausnahmeregelung weder auf private Kapitallebensversicherungen noch auf private Rentenversicherungen nach Ausübung des vereinbarten Kapitalwahlrechts. Auch nach den übrigen Vorschriften des zum 1.9.2009 in Kraft getretenen neuen Rechts zum Versorgungsausgleich ist eine Einbeziehung des durch Ausübung des Kapitalwahlrechts entstandenen Anspruchs in den Versorgungsausgleich nicht gerechtfertigt.

Schon der eindeutige Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG schließt eine Erstreckung der von der Leistungsform unabhängigen Einbeziehung in den Versorgungsausgleich auf private Lebensversicherungen aus. Denn danach muss ein Anrecht grundsätzlich auf eine Rente gerichtet sein, um in den Versorgungsausgleich einbezogen zu werden. Unabhängig von der Leistungsform sind nur Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) oder des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes (AltZertG) im Versorgungsausgleich auszugleichen. Für eine Ausweitung der Ausnahmen gibt der Wortlaut nichts her.

Auch eine teleologische Auslegung des Gesetzes führt nicht zu einer Erstreckung der Ausnahmeregelung auf private Kapitalversicherungen. Denn die vom Gesetzgeber als Ausnahmen

geregelten Fälle sind weder mit privaten Kapitallebensversicherungen noch mit privaten Rentenversicherungen nach Ausübung des Kapitalwahlrechts vergleichbar. Anders als Leistungen der betrieblichen Altersversorgung oder aus einem zertifizierten Altersvorsorgevertrag haben private Lebensversicherungen schon strukturell nicht stets Vorsorgecharakter. Sie dienen teilweise der Finanzierung größerer Anschaffungen und damit nicht nur der Vorsorge, sondern auch dem Konsum. Zudem kann die ausgleichspflichtige Person schon in der Anwartschaftsphase über das angesparte Kapital verfügen, z. B. durch eine vorzeitige Kündigung. Dies ist bei Anrechten der betrieblichen Altersversorgung regelmäßig nicht möglich (BT-Drucks. 16/10144, S. 47). Sie können weder beliehen noch zurückgekauft werden (*Glockner/Hoernes/Weil*, Der neue Versorgungsausgleich, Rdnr. 19; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 158). Auch Anrechte nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz sind nicht frei verfügbar. Diese Anrechte können nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AltZertG als lebenslange Leibrente oder nach einem Auszahlungsplan mit anschließender Teilkapitalverrentung geleistet werden. Eine Auszahlung vor Vollendung des 60. Lebensjahres ist grundsätzlich unzulässig. Außerdem sind nur Auszahlungsarten begünstigt, die dem Berechtigten eine lebenslange Altersvorsorge gewähren. Hierzu gehören neben der lebenslangen Rente auch die Auszahlung im Rahmen eines Auszahlungsplanes mit Teilverrentung ab dem 85. Lebensjahr und die zu Beginn der Auszahlungsphase mögliche Teilkapitalisierung in Höhe von 30 % des verfügbaren Kapitals (BT-Drucks. 16/10144, S. 47; *Johannsen/Henrich/Hahne*, Familienrecht, 5. Aufl., § 2 VersAusglG Rdnr. 14; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 159; *Borth*, Versorgungsausgleich, 5. Aufl., Rdnr. 70).

Auch der Wille des Gesetzgebers spricht gegen eine Ausweitung der Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG auf private Lebensversicherungen. Der Gesetzgeber hat die Neuregelung in Kenntnis der Rechtsprechung des Senats zur Einordnung der Anrechte aus einer Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht geschaffen. Gleichwohl hat er im Grundsatz daran festgehalten, dass im Versorgungsausgleich nur die auf eine Rente gerichteten Anrechte auszugleichen sind. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung des Senats ausdrücklich auf Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes oder des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes begrenzt. Nur diese Rechte sollen unabhängig von ihrer Leistungsform, also auch als Kapitalversicherungen, auszugleichen sein. Der Ausgleich privater Kapitalversicherungen bleibt dem Zugewinnausgleich vorbehalten (BT-Drucks. 16/10144, S. 47). Schließlich wäre die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG auch überflüssig, wenn Kapitalversicherungen nach anderen Vorschriften des Versorgungsausgleichsgesetzes stets in den Versorgungsausgleich einbezogen werden müssten.

bb) § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG ist auch nicht analog auf private Kapitalversicherungen nach Ausübung des Kapitalwahlrechts anzuwenden. Dafür fehlt es bereits an einer unbewussten Regelungslücke, weil der Gesetzgeber die Regelung bewusst auf ihren unmittelbaren Inhalt beschränkt und nicht auf weitere Kapitalversicherungen erstreckt hat.

cc) Der Senat hält deswegen für private Lebensversicherungen an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Sie sind nur dann in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, wenn sie auf eine Rentenleistung gerichtet sind. Dies gilt auch für Verträge mit Kapitalwahlrecht, solange das Wahlrecht nicht ausgeübt ist. Nach Ausübung des Kapitalwahlrechts kommt lediglich ein güterrechtlicher Ausgleich in Betracht (BT-Drucks. 16/10144, S. 47; so auch *Borth*, Versorgungsaus-

gleich, 5. Aufl., Rdnr. 69; *Ruland*, Versorgungsausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 157 ff.; MünchKommBGB/Dörr, 5. Aufl., § 2 VersAusglG Rdnr. 16 f.; *Johannsen/Henrich/Hahne*, Familienrecht, 5. Aufl., § 2 VersAusglG Rdnr. 12 ff.; *Glockner/Hoernes/Weil*, Der neue Versorgungsausgleich, Rdnr. 16 ff.; zweifelnd *Hauß/Eulering*, Versorgungsausgleich und Verfahren in der Praxis, Rdnr. 78 f.).

Der Rechtsbeschwerde des Ehemannes bleibt somit der Erfolg versagt.

(...)

4. BGB §§ 1791 b Abs. 1 Satz 1, 1915 Abs. 1 Satz 1, 1909 Abs. 1 Satz 1 (*Ergänzungspflegerbestellung zur Wahrnehmung der Verfahrensrechte eines noch nicht 14 Jahre alten Kindes bei der Erbausschlagung*)

Einem minderjährigen Kind, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist in einem Erbausschlagungsverfahren zur Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte, insbesondere für die Entgegennahme der Zustellung einer familienechtlichen Genehmigung der Erbausschlagung, ein Ergänzungspfleger zu bestellen.

OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2011, 21 UF 105/11

Die minderjährigen Kinder I., E., B. und S. L. sind gesetzliche Erben ihres am 23.11.2010 verstorbenen Onkels väterlicherseits, Q. T. (Erblasser). Dieser hatte kein Testament errichtet. Die Kindeseltern waren nicht miteinander verheiratet, und der als vorrangiger gesetzlicher Erbe in Betracht kommende Kindesvater C. T. hatte die Erbschaftsausschlagung am 19.1.2011 (...) erklärt.

Aufgrund der vom Erblasser am 3.3.2010 abgegebenen eidesstattlichen Versicherung und der Überschuldung seines Nachlasses erklärte auch die Kindesmutter (...) unter dem 17.2.2011 gegenüber dem Nachlassgericht (...) die Ausschlagung des Erbes für ihre vier Kinder.

Am 17.3.2011 beantragte sie auf entsprechenden Hinweis des Nachlassgerichts für ihre vier Kinder vor dem AG – Familiengericht – (...) die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung für die von ihr am 17.2.2011 erklärte Erbausschlagung sowie die Bescheinigung der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses.

Mit Beschluss vom 7.4.2011 (...) ordnete das AG – Familiengericht – (...) gemäß § 1909 BGB bezüglich der vier Kinder eine Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis „Entgegennahme der Zustellung einer möglichen familiengerichtlichen Genehmigung betreffend die Erbausschlagung vom 17.2.2011 sowie die Ausübung der diesbezüglichen Beschwerderechte des Kindes/der Kinder“ an und bestellte das Jugendamt der Stadt Köln, den Beschwerdeführer, zum Ergänzungspfleger. Außerdem wurden entsprechende Bestellurkunden errichtet.

Gegen den (...) Beschluss legte der Beschwerdeführer (...) Beschwerde ein. Zur Begründung wurde (...) ausgeführt, die Bestellung eines Ergänzungspflegers in der o. g. Angelegenheit sei nicht erforderlich. Der 15-jährige I. L. sei gemäß § 9 FamFG selbst verfahrensfähig und bedürfe schon deswegen keines Ergänzungspflegers. Abgesehen davon sei die alleinsorgeberechtigte, mit dem Erblasser nicht verwandte Kindesmutter an der Vertretung der Kinder in dem familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren nicht gehindert. Mangels eigener Verfahrensbeteiligung in der Nachlassangelegenheit sei eine Kollision i. S. d. § 1796 BGB zwischen ihren eigenen Interessen als gesetzliche Vertreterin und den Interessen ihrer Kinder auszuschließen. Eine allgemeine Annahme eines typischen bzw. immannten Interessensgegensatzes rechtfertige keinen konkreten Eingriff in das elterliche Sorgerecht durch die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 7.4.2011 nicht abgeholfen, mit der Begründung, Eltern könnten ihre Kinder im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren wegen des dabei grundsätzlich anzunehmenden Interessenkonflikts nicht vertreten, und die Beschwerde dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die (...) sofortige Beschwerde ist zulässig und in der Sache teilweise begründet; im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Die Beschwerde hat insoweit keine Aussicht auf Erfolg, als das AG für die Kinder E., B. und S. L. die Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis „Entgegennahme der Zustellung einer möglichen familiengerichtlichen Genehmigung betreffend die Erbausschlagung vom 17.2.2011 sowie der Ausübung der diesbezüglichen Beschwerderechte des Kindes/der Kinder“ angeordnet hat.

Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Eine Verhinderung der Eltern oder – wie hier – eines allein sorgeberechtigten Elternteils ist gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB insbesondere gegeben, wenn das Interesse des betroffenen Kindes zu dem Interesse der Kindesmutter in erheblichem Gegensatz steht. Dies ist vorliegend hinsichtlich der drei genannten Kinder der Fall.

In der Rechtsprechung wird unter Berufung auf eine Entscheidung des BVerfG (BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 = MittBayNot 2000, 311) teilweise die Ansicht vertreten, ein allein sorgeberechtigter Elternteil könne das minderjährige Kind grundsätzlich in einem Erbausschlagungsverfahren nicht vertreten, weil wegen des erheblichen Gegensatzes zwischen den Kindesinteressen und den Interessen der Mutter die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig sei (KG Berlin, Beschluss vom 4.3.2010, 17 UF 5/10, FamRZ 2010, 1171 = MittBayNot 2010, 482). Das rechtliche Gehör des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen könne unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens im Regelfall nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll, da nicht zu erwarten sei, dass der Elternteil den seinem Antrag entsprechenden Beschluss noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls prüfe.

Nach anderer Auffassung ist dem minderjährigen Kind in einem Erbausschlagungsverfahren zur Wahrnehmung der Verfahrensrechte nicht grundsätzlich ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Die Entziehung der Vertretungsmacht komme nur in Betracht, wenn im Einzelfall – über eine allgemeine typische Risikolage hinaus – konkrete Hinweise auf einen Interessengegensatz zwischen Kindesmutter und Kind gegeben sind und wenn aufgrund konkreter Umstände nicht zu erwarten ist, dass die Kindesmutter unabhängig vom Ausgang des Genehmigungsverfahrens die Interessen des betroffenen Kindes wahrzunehmen bereit und in der Lage ist (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 6.12.2010, 9 UF 61/10, MittBayNot 2011, 240).

Der Senat schließt sich im Ergebnis der zuerst dargestellten Auffassung an.

Die alleinsorgeberechtigte Kindesmutter ist vorliegend an der Entgegennahme des Beschlusses, mit dem die von ihr erklärte Erbausschlagung vom Familiengericht genehmigt wird, für die Kinder E., B. und S. L., die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, verhindert.

§ 41 Abs. 3 FamFG, der der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG Rechnung trägt, erfordert die Bekanntgabe des Beschlusses, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, gegenüber demjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, also hier den minderjährigen Kindern. Anders als in anderen Verfahren kann die Gewäh-

rung des rechtlichen Gehörs bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht durch den gesetzlichen Vertreter des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen, der frühzeitig selbst von der Entscheidung Kenntnis erlangen soll, um ggf. Rechtsmittel einzulegen bzw. einen etwaigen Rechtsmittelverzicht zügig widerrufen zu können, wahrgenommen werden. Aufgrund der fehlenden Verfahrensfähigkeit der Kinder E., B. und S. L., die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, kommt eine unmittelbare Bekanntgabe des Beschlusses über die Genehmigung an diese nicht in Betracht. Eine Bekanntgabe der familienrechtlichen Genehmigung der Erbausschlagung an ihre alleinsorgeberechtigte Mutter genügt jedoch den Anforderungen des § 41 Abs. 3 FamFG nicht. Aus dem Wortlaut des § 41 Abs. 3 FamFG folgt, dass die Bekanntgabe nach dieser Vorschrift neben diejenige nach § 41 Abs. 1 FamFG tritt (vgl. BT-Drs. 16/6308 S. 197).

Dem steht nicht entgegen, dass die zitierte Entscheidung des BVerfG noch unter der Geltung des FGG ergangen ist und die darin angeordnete „Vorbescheidlösung“ sich mit dem Inkrafttreten des FamFG, namentlich der in § 40 Abs. 2 FamFG normierten sog. „Rechtskraftlösung“, erübrigt hat. Das zu der Entscheidung des BVerfG Anlass gebende Problem – das Abschneiden der Rechtsschutzmöglichkeiten für den Vertretenen – ist damit noch nicht in allen Fällen gelöst. Insbesondere trägt auch die im Anschluss an den Beschluss des BVerfG eingeführte Vorschrift des § 41 Abs. 3 FamFG dem nicht in allen Fällen ausreichend Rechnung. Soweit danach dem vertretenen Kind die Entscheidung nur bei Vollendung des 14. Lebensjahres und dem Vorliegen weiterer einschränkender Voraussetzungen bekannt zu geben ist (vgl. §§ 164 Satz 1, 60 FamFG), müsste in der Mehrzahl der Konstellationen die Bekanntgabe im Wege der Zustellung gemäß §§ 41 Abs. 3 FamFG i. V. m. §§ 9 Abs. 2, 15 Abs. 2 FamFG, 170 Abs. 1 ZPO an den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen, noch keine 14 Jahre alten Kindes – wie dies bei den Kindern E., B. und S. L. der Fall ist – erfolgen (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 4.3.2010, Az. 17 UF 5/10 Rdnr. 14, MittBayNot 2010, 482). Bei Zustellung der Genehmigung an den gesetzlichen Vertreter in diesen Fällen bleibt es – wie dargelegt – bei der vom BVerfG für verfassungswidrig erkannten Konstellation, dem Vertretenen bliebe der Rechtsweg gegen die Entscheidung faktisch versperrt und das von § 41 Abs. 3 FamFG intendierte Ziel, die vertretenen Kinder in den Entscheidungsprozess einzubeziehen, wird nicht erreicht.

Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft für die Kinder E., B. und S. L. konnte vorliegend auch nicht durch die Bestellung eines Verfahrensbeistandes gemäß § 158 FamFG als milderer Mittel ersetzt werden. Hiergegen sprechen der Wortlaut des Gesetzes, die Funktion des Verfahrensbeistandes sowie der Sinn und Zweck der Verfahrensbeistandschaft. Zustellungen an nicht verfahrensfähige Personen sind gemäß §§ 41 Abs. 3, 15 Abs. 2 und 2, 9 Abs. 2 FamFG, 170 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu Händen des gesetzlichen Vertreters zu bewirken. Im Gegensatz zum Ergänzungspfleger, der das Kind gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB vertritt, ist der Verfahrensbeistand nach § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes, sondern handelt vielmehr im eigenen Namen und hat nicht die Funktion, rechtliche Willenserklärungen für das Kind abzugeben oder entgegenzunehmen, sodass Zustellungen für das Kind an ihn nicht bewirkt werden können (KG Berlin, Beschluss vom 4.3.2010, Az. 17 UF 5/10 Rdnr. 17 m. w. N., MittBayNot 2010, 482; OLG Celle, Beschluss vom 4.5.2011, 10 UF 78/11 Rdnr. 17 m. w. N., in juris; OLG Köln, Beschluss vom 10.8.2010, 4 UF 127/10, FamRZ 2011, 231).

Da eine als ehrenamtlicher Ergänzungspfleger geeignete Einzelperson nicht vorhanden ist, hat das AG zu Recht das Amt

für Kinder, Jugend und Familie der Stadt K., den Beschwerdeführer, als Ergänzungspfleger bestellt (§§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1791 b Abs. 1 Satz 1 BGB).

2. Die Beschwerde ist jedoch hinsichtlich der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für das Kind I. L. (...) begründet, da diese (...) nicht erforderlich war.

Für das 15-jährige und somit i. S. d. § 9 FamFG verfahrensfähige Kind I. L. bedurfte es der Anordnung der Ergänzungspflegschaft in dem genannten Aufgabenkreis im Hinblick darauf nicht, dass dieser selbst sowohl zur Entgegennahme von Zustellungen sowie sonstigen Bekanntmachungen als auch zur Einlegung von Rechtsmitteln in dem familienrechtlichen Genehmigungsverfahren (...) betreffend die Erteilung der familienrechtlichen Genehmigung der von der Kindesmutter am 17.2.2011 erklärten Erbausschlagung, berechtigt ist (§§ 164 Satz 1, 60 FamFG; vgl. *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 3). Dafür, dass I. L. geschäftsunfähig und infolgedessen an der Wahrnehmung dieser Rechte gehindert ist, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Angesichts dessen kann – anders als bei den drei anderen Kindern – im Falle von I. L. der beschriebene Interessengegensatz infolge des Abschneidens der Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschlossen werden.

Der für die Entziehung der Vertretungsmacht erforderliche erhebliche Interessengegensatz i. S. d. § 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB ist gegeben, wenn das eine Interesse nur auf Kosten des anderen Interesses durchgesetzt werden kann und die Gefahr besteht, dass das Interesse des Kindes nicht genügend berücksichtigt wird. Bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und Familiengericht genügen nicht, ebenso wenig die bloße Möglichkeit eines Interessenwiderstreits; dieser muss vielmehr konkret festgestellt werden (*Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl. 2011, § 1796 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/Bettin*, BGB, Band 3, 2. Aufl. 2008, § 1796 Rdnr. 1; BayObLG, FamRZ 1963, 578; OLG Frankfurt, FamRZ 1964, 154).

Ein erheblicher Interessengegensatz i. S. d. § 1796 Abs. 2 BGB, der in Fallkonstellationen wie der vorliegenden – abgesehen von dem Ausschluss der Rechtsschutzmöglichkeiten – dann angenommen wird, wenn die Ausschlagung der Erbschaft durch das Kind die Berufung des gesetzlichen Vertreters als Erbe zur Folge hat oder wenn letzterer zum Testamentsvollstrecker für einen Nachlass bestellt wurde, an dem das Kind beteiligt ist (*Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1796 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/Bettin*, a. a. O., § 1796 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Wagenitz*, Band 8, 5. Aufl. 2008, § 1796 Rdnr. 13; BayObLG Rpfleger 1983, 481, 482; BayObLG Rpfleger 1977, 440; OLG Nürnberg FamRZ 2002, 272), ist ebenfalls nicht gegeben. Entscheidend ist, dass zwischen der Kindesmutter und dem Erblasser – einem Onkel väterlicherseits – kein Verwandtschaftsverhältnis besteht, sodass sie im Falle einer wirksamen Erbausschlagung durch die Kinder nicht nachfolgend gesetzliche Erbin wird und selbst keinen wirtschaftlichen Vorteil durch diese Erbausschlagung hat. Mangels eines errichteten Testamentes kommt die Kindesmutter auch nicht als testamentarische Erbin des verstorbenen Onkels oder Testamentsvollstreckerin seines Nachlasses in Betracht. Soweit ihrerseits keine persönlichen Berührungspunkte zu dem Nachlass bestehen, sondern sie in ihrer Funktion als gesetzliche Vertreterin bei der Erbausschlagung ausschließlich die Kindesinteressen vertritt, ist die Gefahr eines Interessengegensatzes i. S. d. § 1796 Abs. 2 BGB auszuschließen und die Kindesmutter an der Vertretung ihres Kindes I. L. bei der Entgegennahme der familiengerichtlichen Genehmigung der Ausschlagung sowie etwaiger dagegen gegebener Rechtsmittel nicht gehindert.

Eine andere Beurteilung ergibt sich – entgegen den Ausführungen der AG in dem Nichtabhilfebeschluss – auch nicht aus der dort zitierten Entscheidung des OLG Köln vom 10.8.2010, Az. 4 UF 127/10. In diesem Fall war – anders als hier – ein Interessenkonflikt i. S. d. § 1796 BGB gegeben. Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft erfolgte hinsichtlich der Genehmigung einer Ausschlagung des Erbes der minderjährigen Kinder nach ihrer verstorbenen Mutter durch den Vater als gesetzlichen Vertreter, da aufgrund der bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse zwischen den Kindeseltern eine gesetzliche Erbenstellung des Kindesvaters im Falle der Erbausschlagung für die Kinder in Betracht gekommen wäre. In Anbetracht dessen ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar und die zitierte Entscheidung nicht übertragbar. Ebenso wenig lässt sich der Entscheidung des OLG Köln entnehmen, dass Eltern ihre Kinder auch bei fehlender Interessenkollision grundsätzlich in einem familienrechtlichen Genehmigungsverfahren nicht vertreten können und in einem solchen Verfahren grundsätzlich ein Interessenkonflikt anzunehmen ist.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108 (in diesem Heft).

5. BGB §§ 1924 Abs. 2, 2271 Abs. 2 Satz 2, 2294, 2303, 2309, 2314, 2333 (*Pflichtteilsrecht entfernterer Abkömmlinge bei Enterbung des näheren Abkömmlings*)

- 1. Ein gesetzliches Erbrecht des entfernteren Abkömmlings besteht auch dann, wenn der nähere Abkömmling durch Verfügung von Todes wegen enterbt wurde (Anschluss an RGZ 61, 14; 93, 193).**
- 2. § 2309 BGB setzt eine Pflichtteilsberechtigung des entfernteren Abkömmlings voraus, beschränkt diese aber zur Vermeidung einer Vervielfältigung der Pflichtteilslast. Ob dem näheren Abkömmling wirksam der Pflichtteil entzogen wurde, kann auch in dem Rechtsstreit über den Pflichtteilsanspruch zwischen dem entfernteren Abkömmling und dem Erben geklärt werden.**

BGH, Urteil vom 13.4.2011, IV ZR 204/09

Der Kläger macht im Wege der Stufenklage Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach seiner am 18.12.2007 verstorbenen Großmutter geltend, deren Alleinerbe der Beklagte ist.

Die Parteien sind Geschwister. Ihre Großeltern väterlicherseits setzten sich mit gemeinschaftlichem notarielles Testament vom 26.2.1991 gegenseitig zu Alleinerben des Erstversterbenden ein. Der Vater der Parteien wurde zum alleinigen Erben des Längstlebenden bestimmt. Nach dem Tod des Großvaters am 23.7.1998 errichtete die Großmutter am 21.5.2001 ein notarielles Testament, in dem es unter anderem heißt:

„(...) Ich habe bereits mit meinem verstorbenen Ehemann (...) am 26.2.1991 ein gemeinschaftliches notarielles Testament (...) errichtet (...).

Jedoch sind in der jüngeren Vergangenheit Dinge geschehen, die zu meinem Entschluss geführt haben, dieses Testament vom 26.2.1991 zu widerrufen, meinem Sohn (...) den Pflichtteil zu entziehen und letztwillig neu zu verfügen. (...) Nach dem Tode meines Ehemannes 1998 hat mein Sohn sich zunächst um mich gekümmert und auch meine finanziellen Dinge geregelt. Hierzu gehörte u. a. auch die Inverwahrnahme eines mir gehörenden Goldbarrens im Wert von rund 20.000 DM, den ich bisher immer zu Hause aufbewahrt hatte als ‚Notgroschen‘. Im Jahr 1999

stand die Reparatur des Daches sowie anderer Dinge in meinem Wohnhaus (...) an. Ich ging daher mit meinem Sohn zu meiner Hausbank (...), um dort den Betrag von rund 72.000 DM abzuheben. Davon sollten diverse Arbeiten am Haus ausgeführt werden (...). Der nach Durchführung der notwendigen Arbeiten verbleibende Betrag war als Schenkung für meinen Sohn bestimmt. (...) Mein Sohn hat dann das Geld an sich genommen und versprochen, die besprochenen Arbeiten auch in Auftrag zu geben und durchführen zu lassen. Nachdem dann jedoch längere Zeit nichts passiert ist, habe ich meinen Sohn erinnert und um Klärung gebeten. Zur Antwort erhielt ich sodann nur den Hinweis, dass er, solange ich lebe, überhaupt keine Arbeiten am Haus mehr ausführen lassen würde. Auf meine Aufforderung hin, dass er mir sodann den für die Arbeiten erforderlichen Geldbetrag wieder zurückgeben solle, (...) bekam ich zur Antwort, dass er gar nicht daran denke, mir das Geld zurückzuzahlen. Auch auf die mehrfache Aufforderung meinerseits, mir wenigstens den zur Aufbewahrung überlassenen Goldbarren zurückzugeben, erfolgte keine Reaktion. Gleichzeitig ist der persönliche Kontakt vollkommen abgerissen. Mein Sohn hat das ihm anvertraute Geld veruntreut und dadurch mein Vertrauen in ihn zutiefst erschüttert. Aus diesem Grund widerrufe ich hiermit die Erbeinsetzung gemäß dem gemeinschaftlichen notariellen Testament vom 26.2.1001 des Notars Dr. B. und entziehe hiermit meinem Sohn Claus Dieter H. auch den Pflichtteil. (...) Ich setze daher nunmehr (...) meinen Enkel Uwe H. (...) zu meinem alleinigen und unbeschränkten Erben ein.“

Der noch lebende Vater der Parteien hat weder gegenüber der Großmutter noch gegenüber dem Beklagten geltend gemacht, er sei Erbe nach seiner Mutter geworden oder pflichtteilsberechtigt.

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stehe ein Pflichtteil aus dem Nachlass der Großmutter zu, und begehrt im Wege der Stufenklage Auskunft über den Bestand des Nachlasses einschließlich anrechnungs- und ausgleichspflichtiger Zuwendungen sowie beeinträchtigender Schenkungen, Abgabe der Versicherung an Eides Statt, Zahlung des Pflichtteilsanspruchs sowie daneben Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten. (...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

Dem Kläger steht als Pflichtteilsberechtigtem, der in der Geltendmachung des Pflichtteils nicht durch § 2309 BGB beschränkt ist, ein Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber dem Beklagten als Erben der gemeinsamen Großmutter zu.

1. Der Kläger kann nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB als Abkömmling der Erblasserin vom Beklagten als deren Erben den Pflichtteil verlangen, da er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.

a) Er wäre infolge der Enterbung seines Vaters durch das notarielle Testament seiner Großmutter vom 21.5.2001 – neben dem Beklagten – deren nächsterberufener gesetzlicher Erbe gewesen.

aa) Nach § 1924 Abs. 2 BGB schließt ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling zwar diejenigen von der Erbfolge aus, die durch ihn mit dem Erblasser verwandt sind. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass der nähere Abkömmling auch zur Erbfolge gelangt (vgl. nur RGZ 61, 14, 17 f.; RG, JW 1913, 869, 870).

Ein gesetzliches Erbrecht des entfernteren Abkömmlings besteht daher nicht nur – wie in § 1924 Abs. 3 BGB bestimmt –, wenn der nähere Abkömmling zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr lebt. Erstgenannter tritt auch dann in die Erbenstellung ein und erwirbt ein eigenständiges Erbrecht, wenn der nähere Abkömmling nicht gesetzlicher Erbe wird, weil er die Erbschaft ausgeschlagen hat (§ 1953 Abs. 2 BGB), für erbunwürdig erklärt wurde (§ 2344 Abs. 2 BGB) oder

einen – beschränkten – Erbverzicht erklärt hat (§§ 2346 Abs. 1 Satz 2, 2349 BGB).

bb) Ob der entferntere Abkömmling auch dann als gesetzlicher Erbe berufen ist, wenn – wie hier – der nähere Abkömmling durch Verfügung von Todes wegen enterbt wurde, ist umstritten.

(1) Die herrschende Meinung bejaht den Eintritt des entfernteren Abkömmlings in das gesetzliche Erbrecht infolge einer letztwilligen Ausschließung des näheren Abkömmlings (vgl. RGZ 61, 14, 17 f.; 93, 193, 194 f.; RG JW 1913, 869, 870; J. Mayer in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 2309 Rdnr. 4, 8; MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 12; MünchKommBGB/Frank, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 6; NK-BGB/Bock, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 3 ff.; PWW/Deppenkemper, BGB, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 2; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1924 Rdnr. 34, § 1938 Rdnr. 7; Ebbecke, LZ 1919, 505 f.; Gottwald, Pflichtteilsrecht, § 2309 Rdnr. 1, 4; Joachim, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 56; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 37 IV 2 b; J. Mayer in Mayer/Stüß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 25, 34).

Demnach gelangten hier die Parteien, nicht aber ihr Vater, zur gesetzlichen Erbfolge, nachdem die Erblasserin diesen im Testament vom 21.5.2001 gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 2294 BGB durch den Widerruf seiner bisherigen Erbeinsetzung enterbt hatte. Hierzu war die Erblasserin berechtigt, weil ihr Sohn sich einer Verfehlung schuldig gemacht hatte, die sie nach § 2333 Nr. 3 BGB in der gemäß Art. 229 § 23 Abs. 4 Satz 1 EGBGB noch anzuwendenden, bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung (BGB a. F.) zur Entziehung des Pflichtteils berechtigte.

Da die Pflichtteilsentziehung mit ihrem außerordentlichen Gewicht und ihrem demütigenden Charakter einer „Verstoßung über den Tod hinaus“ nahe kommt, kommt sie nur bei einer schweren Verletzung der dem Erblasser geschuldeten familiären Achtung in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 6.12.1989, IVa ZR 249/88, BGHZ 109, 306, 312 f. = MittBayNot 1990, 187). Hierbei können auch Verfehlungen gegen das Eigentum oder das Vermögen des Erblassers genügen. Sie müssen aber nach der Natur der Verfehlung und der Art und Weise, wie sie begangen worden sind, eine grobe Missachtung des Eltern-Kind-Verhältnisses zum Ausdruck bringen und deshalb eine besondere Kränkung des Erblassers bedeuten (vgl. Senatsurteil vom 1.3.1974, IV ZR 58/72, NJW 1974, 1084 unter 2; MünchKommBGB/Lange, § 2333 Rdnr. 21; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl., § 2333 Rdnr. 9).

Ein derart schweres vorsätzliches Vergehen i. S. v. § 2333 Nr. 3 BGB a. F. ist hier anzunehmen. Nach dem unstreitigen und daher vom Revisionsgericht zugrunde zu legenden Sachverhalt hatte die Erblasserin ihrem Sohn einen Betrag von 72.000 DM überlassen, damit er von diesem notwendige Arbeiten an ihrem Haus ausführt. Lediglich der Rest sollte ihm geschenkt sein. Außerdem hatte er einen Goldbarren im Wert von 20.000 DM in Verwahrung genommen. Tatsächlich hat der Sohn keinerlei Arbeiten ausgeführt und weder das Geld noch den Goldbarren zurückgegeben sowie in der Folgezeit jeden Kontakt mit der Erblasserin abgebrochen.

(2) Andere unterscheiden danach, ob der nähere Abkömmling aufgrund einer negativen Verfügung von Todes wegen enterbt wurde (§ 1938 BGB) oder ob er – nur – infolge einer erschöpfenden Erbeinsetzung eines Dritten übergangen wurde. Nur im ersten Fall könne angenommen werden, dass der nähere Abkömmling zur gesetzlichen Erbfolge nicht berufen sein und der entferntere Abkömmling an dessen Stelle einrücken soll (vgl. von Jacubetzky, Recht 1906, 281, 282;

Kretschmar, Recht 1908, 793, 794 f.; so wohl auch MünchKommBGB/*Leipold*, 5. Aufl., § 1924 Rdnr. 30 f.; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 2, 7 ff., 12; *Staudinger/Werner*, 2008, § 1924 Rdnr. 11, 19; ausdrücklich a. A. und eine derartige Differenzierung nicht treffend: RGZ 93, 193, 195; MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 12; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 1983, § 2309 Rdnr. 26; *Maenner*, Recht 1920, 134, 135).

Das kann hier dahinstehen. Durch die letztwillige Verfügung im notariellen Testament vom 21.5.2001, in dem die Erblasserin dem Vater der Parteien zusätzlich den Pflichtteil entzogen hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass dieser gänzlich vom Nachlass ausgeschlossen sein soll, und mithin auch eine Anordnung i. S. v. § 1938 BGB getroffen. Dies hat das Berufungsgericht für § 2309 BGB zutreffend zugrunde gelegt und festgestellt, dass der Vater der Parteien infolge der Enterbung wie ein bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls verstorbener näherer Abkömmling zu betrachten sei.

(3) Die herrschende Meinung wird in neuerer Zeit von vereinzelten Stimmen in der Literatur in Zweifel gezogen. Ein entfernterer Abkömmling könne aufgrund einer Verfügung des Erblassers nicht in die Stellung eines gesetzlichen Erben einrücken und damit – im Falle der eigenen Enterbung – auch nicht pflichtteilsberechtigt werden (vgl. Hk-PflichtteilsR/*Heisel*, § 2309 Rdnr. 12; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 16 f., 31 ff.; *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124, 1130 ff.; *Heymann*, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts, 1896, 53 f.; i. E. ähnlich *Strohal*, Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers, 1899, 8 f.). Begründet wird dies vor allem damit, dass das Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall der Enterbung keine Vorversterbensfiktion kenne (Hk-PflichtteilsR/*Heisel*, § 2309 Rdnr. 12; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 16; *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124, 1130) und es daher nicht zum Eintreten des entfernteren Abkömmlings nach § 1924 Abs. 3 BGB komme. Zudem dürfe eine letztwillige Verfügung nicht in einzelne enterbende Verfügungen aufgespalten werden, nach denen die entfernteren Abkömmlinge zunächst gesetzliche Erben würden und sodann selbst enterbt würden. Das ließe unberücksichtigt, dass sich die Frage, wer zum Erbe kraft Gesetzes berufen sei, erst im Erbfall stellen könne. Daher werde nur der nähere Abkömmling als gesetzlicher Erbe ausgeschlossen, nicht aber die entfernteren, die zu diesem Zeitpunkt nicht gesetzliche Erben seien (so *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124, 1131).

Weiter wird vorgebracht, dass die aus der Testierfreiheit fließende Befugnis des Erblassers, jemanden von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, für die Frage der Pflichtteilsberechtigung keine Beachtung finden könne. § 2303 BGB knüpfe an den hypothetischen Fall der gesetzlichen Erbfolge an, ein entfernterer Verwandter könne daher aufgrund einer Verfügung des Erblassers nicht pflichtteilsberechtigt werden (so *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 16).

(4) Zutreffend ist die vom Reichsgericht begründete Auffassung.

Für vergleichbare Fallkonstellationen der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 2 BGB), der Erbenunwürdigkeit (§ 2344 Abs. 2 BGB) sowie des beschränkten Erbverzichts (§ 2346 Abs. 1 Satz 2, § 2349 BGB) hat der Gesetzgeber zwar eine Regelung dahin getroffen, dass in diesen Fällen die Erbschaft demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Weggefallene zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Dass eine solche gesetzliche Bestimmung für die Ausschließung eines Abkömmlings von der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen fehlt, rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, dass es in

dieser Konstellation nicht zum Eintreten des Abkömmlings nach § 1924 Abs. 3 BGB kommen kann. Denn die Entstehungsgeschichte der genannten Normen – einschließlich derjenigen des § 1924 BGB – belegt, dass der Gesetzgeber einen Gleichlauf der Folgen der Ausschlagung, der Ausschließung durch Verfügung von Todes wegen und der Erbenunwürdigkeit beabsichtigte.

(aa) Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthielt – im Einklang mit den Motiven – in § 1972 eine Regelung, nach der die Fälle der Ausschlagung, des Ausschlusses, des Erbverzichts und der Erbenunwürdigkeit gleich behandelt werden sollten und der gesetzliche Erbe „in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfall gestorben anzusehen“ sei. Dies wurde von der Zweiten Kommission „sachlich ohne Widerspruch“ gebilligt (vgl. Protokolle V, S. 483; davon ausgehend auch Protokolle V, S. 512 zum späteren § 2309 BGB, wonach der nähere Abkömmling durch „Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (...) als gesetzlicher Erbe in Fortfall kommt“; ferner *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht, Bd. 1, 79 zu den Beratungen der Ersten Kommission). Mit Blick auf die ausdrücklichen Regelungen bei Ausschlagung und Erbenunwürdigkeit sollte § 1972 des ersten Entwurfs jedoch neu gefasst werden und sich nur noch auf die Ausschließung durch letztwillige Verfügung und den Erbverzicht erstrecken. In späteren Beratungen gelangte die Zweite Kommission – ergänzend – dazu, das noch dem ersten Entwurf zugrundeliegende Prinzip (vgl. Motive V, S. 480 f.), dass der Erbverzicht nicht das selbständige Erbrecht von Abkömmlingen berühren solle, zugunsten einer Regelung aufzugeben, nach der „im Zweifel auch die Abkömmlinge des Verzichtenden von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen“ würden (vgl. Protokolle V, S. 604 ff.).

In der Folge hat die Redaktionskommission jedoch davon abgesehen, eine § 1972 des ersten Entwurfs entsprechende Bestimmung zu übernehmen; eine derartige Regelung fehlt daher im nachfolgenden Teilentwurf zum Erbrecht und im Bürgerlichen Gesetzbuch. Dafür, dass damit jedoch eine Änderung betreffend das Erbrecht entfernterer Abkömmlinge im Falle des Ausschlusses des näheren Abkömmlings einhergehen sollte, bestehen keine Anhaltspunkte. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs ging – entsprechend dem Gedanken des § 1972 des ersten Entwurfs – davon aus, dass die Entziehung des gesetzlichen Erbrechts, soweit nichts anderes angeordnet ist, nicht über die Person des unmittelbar Betroffenen hinauswirken soll (vgl. RGZ 61, 14, 17 f.; *Staudinger/Werner*, 2008, § 1924 Rdnr. 19).

Die mögliche Nachfolge eines entfernteren Abkömmlings in die Stellung als gesetzlicher Erbe bei gleichzeitigem Bestehen einer Pflichtteilsberechtigung des näheren Abkömmlings, die nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge zugunsten des – neuen – gesetzlichen Erben erfordert, setzt auch die Regelung des § 2320 BGB voraus (vgl. RG, JW 1913, 869, 870).

(bb) Es trifft nicht zu, dass einer letztwilligen Verfügung nicht einzelne enterbende Verfügungen entnommen werden können. In Rechtsprechung und Lehre ist vielmehr anerkannt, dass eine Enterbung des entfernteren Abkömmlings zwar nicht schon alleine in der Ausschließung des näheren Abkömmlings gründet, jedoch dann anzunehmen ist, wenn sich ein dahin gehender, zusätzlicher Erblasserwille feststellen lässt (vgl. nur BGH, Urteil vom 14.1.1959, V ZR 28/58, FamRZ 1959, 149 unter I 1; RGZ 61, 14, 16; RG, JW 1913, 869, 870; MünchKommBGB/*Leipold*, 5. Aufl., § 1924 Rdnr. 31; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1924 Rdnr. 34, § 1938 Rdnr. 7; a. A. *Bähr*, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 3 [1899], 141, 200).

(cc) Die Enterbung des näheren Abkömmlings führt zunächst nur zum Einrücken des entfernteren in die Stellung als gesetzlicher Erbe, so dies nach dem Erblasserwillen anzunehmen ist. Erst durch eine weitere Verfügung, mit der nuncmehr auch der entferntere Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen wird, kommt diesem eine Pflichtteilsberechtigung nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Diese leitet sich jedoch nicht aus einer Verfügung von Todes wegen ab, sondern gründet in dem selbständigen Erbrecht des entfernteren Abkömmlings. Infolge der Enterbung von Abkömmlingen mehrerer Stufen kommt es dann zu einer möglichen Konkurrenz von Pflichtteilsansprüchen, die durch § 2309 BGB eine Regelung erfahren hat.

(dd) Die abweichende Auffassung würde schließlich zu Wertungswidersprüchen führen, die von der herrschenden Meinung vermieden werden. Denn die Nachkommen eines näheren Abkömmlings, der lediglich enterbt wurde, würden schlechter stehen, als diejenigen eines näheren Abkömmlings, gegenüber dem das Verdikt der Erbnwürdigkeit aus den Gründen des § 2339 BGB ausgesprochen wurde (vgl. *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 12).

b) Infolge der Einsetzung des Beklagten im notariellen Testament vom 21.5.2001 zum Alleinerben wurde der Kläger durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge nach seiner Großmutter – stillschweigend – ausgeschlossen (vgl. *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl., § 2303 Rdnr. 18, § 2309 Rdnr. 12). Hierdurch erlangte er ein Pflichtteilsrecht nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB.

2. Für die vom Kläger verfolgten Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche ist weiter maßgeblich, ob er in deren Geltendmachung durch § 2309 BGB beschränkt ist. Danach ist er als entfernterer Abkömmling insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der ihn im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

a) § 2309 BGB setzt nach nahezu einhelliger Meinung eine nach allgemeinen Vorschriften bestehende Pflichtteilsberechtigung des entfernteren Abkömmlings – hier des Klägers – voraus, beschränkt diese aber (vgl. *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 2, 5; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 5; *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 511 f.; *Kretzschmar*, Recht 1908, 793, 795 f.). Dadurch soll eine Vervielfältigung der Pflichtteilslast vermieden werden, die ansonsten durch das Nachrücken entfernterer Abkömmlinge in den Kreis der Pflichtteilsberechtigten entstehen würde; dem jeweiligen Stamm soll nur ein Pflichtteil zukommen (vgl. statt vieler *Motive V*, S. 401 f.; *Protokolle V*, S. 512; *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 5).

Dem Kläger als entfernterem Abkömmling steht daher ein nicht beschränktes Pflichtteilsrecht zu, wenn – und soweit – sein Vater als näherer Abkömmling selbst den Pflichtteil nicht fordern kann, weil ihm dieser wirksam nach § 2333 BGB entzogen wurde (vgl. dazu *Motive V*, S. 402; *J. Mayer* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 2309 Rdnr. 8; *MünchKommBGB/Frank*, 3. Aufl., § 2309 Rdnr. 12; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 3, 17; *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 1983, § 2309 Rdnr. 28; *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 510 ff.; *von Jacubetzky*, Recht 1906, 281, 283; *Langheineken*, SächsArch 14 [1904], 319, 328 f.).

b) Da die im notariellen Testament vom 21.5.2001 ausgesprochene Entziehung des Pflichtteils aufgrund der Verfehlungen des Vaters der Parteien gegenüber der Erblasserin,

gestützt auf § 2333 Nr. 3 BGB a. F., wirksam erfolgen konnte und den formellen Anforderungen nach § 2336 Abs. 1, 2 BGB a. F. genügt, ist dieser nicht berechtigt, seinerseits den Pflichtteil zu verlangen, und somit nicht in der Lage, den Kläger nach § 2309 BGB von der Geltendmachung seiner Pflichtteilsberechtigung auszuschließen.

Anders als das Berufungsgericht meint, kann dies auch im hier zu entscheidenden Rechtsstreit zwischen entfernterem Abkömmling und Erben festgestellt werden. Denn die Selbständigkeit der Pflichtteilsberechtigung des Klägers als entfernterem Abkömmling steht der Annahme entgegen, dass nach Eintritt des Erbfalls die Wirksamkeit der Pflichtteilsentziehung nur in einem Rechtsstreit des näheren Abkömmlings mit dem Erben geklärt werden könne. Dies würde zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, dass der Erbe die Absicht des Erblassers, der seinem Kind den Pflichtteil zur Strafe entzieht, ihn aber seinem Enkel erhalten will, ohne Zuziehung des letzteren durchkreuzen und sich von seiner Pflichtteilslast durch Verständigung mit einem nicht berechtigten, ihm willfähigen Abkömmling ganz oder zum Teil befreien könnte (RGZ 93, 193, 196). Der Erbe ist durch die Möglichkeit der Streitverkündung nach § 72 ZPO und der Hinterlegung nach § 372 BGB hinreichend davor geschützt, die dem Pflichtteilsberechtigten geschuldete Leistung mehrfach erbringen zu müssen, weil diejenige an einen nicht berechtigten Abkömmling nicht gegenüber dem Berechtigten befreit (RGZ a. a. O.; vgl. auch *J. Mayer* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 2309 Rdnr. 8; *Erman/Schlüter*, BGB, 12. Aufl., § 2309 Rdnr. 1; *Johannsen* in *BGB-RGRK*, 12. Aufl., § 2309 Rdnr. 2; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2309 Rdnr. 18; *Ebbecke*, LZ 1919, 505, 513 f.).

(...)

Anmerkung:

1. Die Bedeutung des § 2309 BGB

Gemäß § 2303 Abs. 1 BGB ist der Abkömmling des Erblassers nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wird. Da gemäß § 1924 Abs. 2 BGB der nähere Abkömmling als Repräsentant seiner Linie alle entfernteren Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließt, steht dem entfernteren Abkömmling in der Regel kein Pflichtteilsrecht zu.

In Sonderfällen kann dies aber auch einmal anders sein:

Beispiel: Der Vater hat seinen Sohn zwar zum Erben eingesetzt, ihn aber durch Vermächtnisse und Testamentsvollstreckung so stark beschränkt, dass dieser die Erbschaft ausschlägt (§ 2306 Abs. 1 BGB). Gemäß § 1953 Abs. 2 BGB wird der ausschlagende Sohn behandelt, als ob er vorverstorben wäre, das Erbe würde also an den Enkel fallen. Ist auch dieser in dem Testament enterbt worden, stünde ihm ein weiterer Pflichtteilsanspruch zu. Um diese Verdoppelung des Pflichtteils zu vermeiden, wurde die Regelung des § 2309 BGB geschaffen. Danach sind die entfernteren Abkömmlinge und die Eltern nicht pflichtteilsberechtigt, wenn der direkte Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

2. Die Besonderheit des entschiedenen Falles

Die Frage, ob dem Enkel durch die bloße Enterbung des Sohnes ein eigener Pflichtteilsanspruch zusteht, war hier entscheidungserheblich. Denn ein ggf. vorliegender eigener Pflichtteilsanspruch würde in dieser besonderen Situation nicht durch § 2309 BGB ausgeschlossen. Eine Verdoppelung

der Pflichtteilsansprüche drohte nicht, da der Sohn aufgrund seiner Pflichtteilsentziehung nach § 2333 BGB gerade keinen eigenen Pflichtteilsanspruch hatte. Nach der Mindermeinung kann aufgrund einer Verfügung des Erblassers ein entfernterer Abkömmling nicht in die Stellung eines gesetzlichen Erben einrücken und damit auch nicht pflichtteilsberechtigt werden¹. Der BGH schloss sich allerdings der überwiegenden Auffassung an, die den Eintritt des entfernteren Abkömmlings bejaht. Beide Auffassungen – die vermittelnde ältere Ansicht einmal außer Betracht gelassen – haben gute Argumente auf ihrer Seite: Das RG hatte in einer früheren Entscheidung zunächst die heute wohl fast allgemein vertretene Auffassung begründet, nach der bei einem lediglich enterbenden Testament gemäß § 1938 BGB die gesetzliche Erbfolge unter Ausschluss des Enterbten eintritt. Falls ein direkter Abkömmling enterbt wird, haben also auch die Enkel des Erblassers und Kinder des enterbten Abkömmlings ein gesetzliches Erbrecht². Durchaus folgerichtig entschied es daraufhin in einem späteren Urteil, dass dem entfernteren Abkömmling, falls auch er enterbt wird, damit ein gesetzlicher Pflichtteilsanspruch zusteht³. Aber auch die Argumente der Gegenauffassung lassen sich hören: Insbesondere könne mit einer einzigen sowohl Kind und als auch Enkel enterbenden Verfügung dem Enkel durch die Enterbung des direkten Abkömmlings nicht ein gesetzliches Erbrecht geschaffen und ihm gleichzeitig durch die eigene Enterbung dieses wieder genommen werden⁴. Schließlich müsse man die Verfügung von Todes wegen einheitlich zum Zeitpunkt des Erbfalls betrachten. Zu diesem Zeitpunkt wäre der Enkel wegen des vorrangigen Erbrechts des direkten Abkömmlings auch ohne seine eigene Enterbung allein aufgrund von § 1924 Abs. 2 BGB nicht zum Zuge gekommen⁵.

Letztlich überzeugt aber die überwiegende Meinung doch etwas mehr. Die fast einhellige Auffassung gibt im Falle der Enterbung des direkten Abkömmlings den Enkeln ein gesetzliches Erbrecht. Um dieses auszuschließen, muss der Erblasser zusätzlich aber auch den Enkel enterben. Also war diese Verfügung doch ursächlich geworden für die Enterbung des Enkels und nicht allein die Vorschrift des § 1924 Abs. 2 BGB. Ein Abkömmling, dem durch letztwillige Verfügung dieses gesetzliche Erbrecht entzogen wird, hat nach dem Wortlaut des § 2303 Abs. 1 BGB aber einen Pflichtteilsanspruch. Auch die Vorschrift des § 2349 BGB spricht für die überwiegende Auffassung: Vereinbaren nämlich Vater und Kind einen Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB ausnahmsweise einmal ohne Erstreckungswirkung auf die Abkömmlinge nach § 2349 BGB, so stünden nach der Gegenauffassung den Enkeln im Falle der Enterbung des ganzen Stammes trotzdem keine Pflichtteilsansprüche zu: Da die Vorversterbensfiktion des § 2310 Satz 1 BGB für den reinen Pflichtteilsverzicht nicht gilt, hätten die Enkel keinen eigenen Pflichtteil. Die in § 2349 BGB angeordnete Erstreckung des Erb- und Pflichtteilsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden wäre auf der Grundlage dieser Meinung für den Pflichtteilsverzicht als wichtigsten erbrechtlichen Verzichtsvertrag also überflüssig⁶. Das leuchtet mir nicht ein.

¹ Staudinger/Haas, 2006, § 2309 Rdnr. 16 ff.; Bestelmeyer, FamRZ 1997, 1124, 1130.

² RGZ 61, 14, 17; a. A. für Enterbung im Zweifel des ganzen Stammes Scherer, ZEV 1999, 41.

³ RGZ 93, 193.

⁴ Bestelmeyer, FamRZ 1997, 1127, 1130.

⁵ Bestelmeyer, FamRZ 1997, 1126, 1131.

⁶ Bestelmeyer, FamRZ 1997, 1126, 1129.

3. Folgen für die Gestaltungspraxis

a) Der „Normalfall“: einfache Enterbung des Stammes

Der Meinungsstreit und damit auch die Entscheidung des BGH wirken sich nicht aus für den Normalfall der Enterbung eines Kindes und seiner Abkömmlinge. Dem Kind selbst steht der normale Pflichtteilsanspruch nach § 2303 BGB zu. Nach der Mindermeinung scheidet ein Pflichtteilsanspruch der Enkel bereits daran, dass sie wegen des Repräsentationsprinzips des § 1924 Abs. 2 BGB überhaupt nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben und auch nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören. Nach der BGH-Meinung scheitern ihre Pflichtteilsansprüche an § 2309 BGB, da bereits ein näherer Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann.

b) Sonderfall: Pflichtteilsentziehung beim näheren Abkömmling und Enterbung des entfernteren Abkömmlings

Zum „Schwur“ kommt es aber dann, wenn dem direkten Abkömmling sein Pflichtteil wirksam entzogen wurde. Dann gibt es auf Grundlage der überwiegenden Meinung nichts, was den pflichtteilsentfernten Abkömmling nach § 2309 BGB ausschließen könnte.⁷

Beispiel: Die Witwe entzieht ihrem einzigen Sohn den Pflichtteil, weil er sie ständig misshandelt hat. Dessen Sohn ist zwar charakterlich auch nicht viel besser, sodass er enterbt wird. Einer schweren Verfehlung hat er sich jedoch nicht schuldig gemacht. Die Witwe setzt also in ihrem Testament eine gemeinnützige Organisation zur Alleinerbin ein und entzieht dem Sohn den Pflichtteil gemäß § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Der Testamentsgestalter sollte beachten, dass der enterbte Sohn nach der überwiegenden Auffassung durch seine Enterbung wie vorverstorben behandelt wird und daher der Enkel pflichtteilsberechtigt ist. Wegen der Pflichtteilsentziehung des Sohnes droht keine Verdoppelung von Pflichtteilsansprüchen mehr, sodass der unliebsame Sohn des gewalttätigen Sohnes nunmehr Pflichtteilsansprüche gegen die gemeinnützige Organisation hat, und zwar in Höhe von 50 % des Nachlasses, § 2303 Abs. 1 BGB. Auch dieses Ergebnis spricht letztlich für die Meinung des BGH: Anderenfalls würde das persönliche Verhalten des Sohnes, das zu seiner Pflichtteilsentziehung führt, zulasten des ganzen Stammes gehen.

c) Sonderfall: Elternpflichtteil und Pflichtteilsverzicht

Häufig möchte der Testamentsgestalter bei einem Berliner Testament den Ehegatten etwas Gutes tun, indem er neben der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eltern auch noch zu einem Pflichtteilsverzicht der Kinder auf den Tod des Erstversterbenden rät.

Man fragt sich, was dies mit dem vorgenannten Problem zu tun hat: Durch die gegenseitige Erbeinsetzung sind die Abkömmlinge alle enterbt. Durch den Pflichtteilsverzicht steht den näheren Abkömmlingen kein Pflichtteilsanspruch zu. Einen Pflichtteilsanspruch der Enkel wiederum verhindert die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB, nach dem bekanntlich der Pflichtteilsverzicht auch gegen den ganzen Stamm des Verzichtenden wirkt.

Die „heile“ Welt könnte allerdings getrübt sein, wenn der zuerst verstorbene Ehegatte daneben auch noch einen Elternteil hinterlässt. Auf der Grundlage der überwiegenden Auffassung entsteht durch die Enterbung aller Abkömmlinge ein Pflichtteilsanspruch der Eltern gemäß § 2303 Abs. 1 BGB. Dieser wird von § 2309 BGB auch nicht gesperrt, da wegen des

⁷ Haas/Hofsfeld, ZEV 2011, 370.

Pflichtteilsverzichts nach § 2346 Abs. 2 BGB Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge nicht mehr bestehen. Befindet sich dieser Elternteil in einem Pflegeheim und erhält Sozialleistungen, so ließe sich ein solcher Pflichtteilsanspruch nach § 93 SGB XII auch überleiten. Ob man hier durch eine einschränkende Regelung des Pflichtteilsverzichtes helfen kann, ist noch nicht richterlich entschieden worden⁸. Droht eine derartige Konstellation ernsthaft, so kann man allerdings den Pflichtteilsverzicht unter der Bedingung erklären, dass er nur gelten soll, falls beim Tod des Längerlebenden keine Elternpflichtteile bestehen oder geltend gemacht werden.

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen

⁸ So *Staudinger/Haas*, 2006, § 2309 Rdnr. 33.

6. BGB §§ 138, 2346 Abs. 2 (*Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers*)

Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10

Der klagende Sozialhilfeträger verlangt aus übergeleitetem Pflichtteilsanspruch im Wege der Stufenklage vom Beklagten als Alleinerben seiner Ehefrau die Ermittlung des Werts eines zum Nachlass gehörenden Hausanwesens und Zahlung eines entsprechenden Betrags.

Am 6.11.2006 errichteten der Beklagte und seine Ehefrau ein notarielles gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Schlusserben sollten die drei gemeinsamen Kinder sein, von denen eine Tochter unter einer Lernbehinderung leidet, jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung steht und auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt ist. Diese Tochter erhält seit dem Jahr 1992 vom Kläger Eingliederungshilfe (jetzt §§ 53 ff. SGB XII), die seit Mai 2007 als erweiterte Hilfe gemäß § 19 Abs. 5 SGB XII gezahlt wird. Die Leistungsbezieherin wurde für den Schlusserbfall zu 34/200 als nicht befreite Vorerbin eingesetzt; ihre Geschwister wurden zu je 83/200 zu Voll-Miterben bestimmt. Über den Vorerbteil wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker sollte der Bruder der Leistungsbezieherin, Nacherben sollten die beiden Geschwister sein. Der Testamentsvollstrecker wurde angewiesen, der Leistungsbezieherin zur Verbesserung ihrer Lebensqualität aus den ihr gebührenden Reinerträgen des Nachlasses nach billigem Ermessen solche Geld- oder Sachleistungen zukommen zu lassen, auf die der Sozialhilfeträger nicht zugreifen kann und die auch nicht auf die gewährten Sozialleistungen anrechenbar sind.

Im Anschluss an die Beurkundung des Testaments verzichteten die drei Kinder in notarieller Form auf ihren jeweiligen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden. Noch im Laufe des Abends des 6.11.2006 verstarb die Ehefrau des Beklagten.

Mit Bescheid vom 30.4.2008 leitete der Kläger gemäß § 93 SGB XII den Pflichtteilsanspruch der Leistungsbezieherin nach der Mutter sowie „das nach § 2314 BGB bestehende Auskunftsrecht“ auf sich über.

Der Beklagte behauptet, die Motivation für den Pflichtteilsverzicht habe darin bestanden, ihn nach dem Tode seiner Ehefrau finanziell abzusichern und insbesondere eine Verwertung des Hausgrundstücks, neben dem keine wesentlichen Vermögenswerte vorhanden seien, zu vermeiden. Die Eheleute und ihre Kinder seien sich einig gewesen, dass die Kinder den elterlichen Nachlass erst nach dem Letztversterbenden erhalten sollten, weshalb nicht nur die Leistungsempfängerin, sondern alle drei Kinder auf ihren jeweiligen Pflichtteil verzichtet hätten.

Der Kläger hält jedenfalls den Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieherin wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB für unwirksam, da dieser ausschließlich dazu diene, unter Verstoß gegen das sozialrechtliche Nachranggebot den Zugriff des Sozialversicherungsträgers

wenigstens auf den Pflichtteilsanspruch der Leistungsempfängerin zu verhindern, und sich somit als Vertrag zulasten Dritter darstelle.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

II.

Zu Recht hat das OLG weder hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments noch hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts einen Sittenverstoß angenommen. Die Überleitung nach § 93 SGB XII ging daher ins Leere, weshalb der Kläger nicht Inhaber der geltend gemachten Wertermittlungs- und Pflichtteilsansprüche geworden ist.

1. Nach der gefestigten Senatsrechtsprechung zum sog. Behindertentestament sind Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer – mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen – Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus (BGHZ 123, 368 = MittBayNot 1994, 49; BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245; Senatsurteile vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369 = MittBayNot 2005, 314; vom 19.10.2005, IV ZR 235/03, NJW-RR 2006, 223 = MittBayNot 2006, 340). Um ein solches Testament handelt es sich auch im Streitfall. Da die lernbehinderte Tochter des Beklagten Eingliederungshilfe nach den §§ 53 ff. SGB XII bezieht, die das Vorliegen einer Behinderung voraussetzen, ist es unerheblich, dass sie gleichwohl geschäftsfähig war und nicht unter gerichtlicher Betreuung stand.

2. Auch der von der Leistungsbezieherin erklärte Pflichtteilsverzicht verstößt weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau mit dem elterlichen Testament gegen die guten Sitten und ist daher wirksam.

a) Die Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht, die von Sozialleistungsbeziehern erklärt werden, wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilt.

Ein Teil der Rechtsprechung und – überwiegend älteren – Literatur hielt insbesondere ohne Gegenleistung erklärte Verzicht für sittenwidrig und nichtig (VGH Mannheim, NJW 1993, 2953, 2954 f.; OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484 [unter II 2 c aa]; *Juchem*, Vermögensübertragung zugunsten behinderter Menschen durch vorweggenommene Erbfolge und Verfügungen von Todes wegen, 2001, 132, 171; *Lambrecht*, Der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den erbrechtlichen Erwerb, 2001, 172; *Schumacher*, Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe in Familien- und Erbrecht, 2000, 142 ff.; *Settergren*, Das „Behindertentestament“ im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip, 1999, 28 ff.; *Köbl*, ZfSH/SGB 1990, 449, 459 [unter II 3 c]; wohl auch *van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 250; neuerdings *Dutta*, FamRZ 2010, 841 [unter 4] und AcP 209 (2009) 760 [unter IV 1]; wohl auch *Kleinsang*, RNotZ 2007, 22, 23; aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalles *Armbrüster*, ZEV 2010, 88 [unter 3]). Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht in Eheverträgen oder Scheidungsfolgerevereinbarungen, die dazu führen, dass ein Ehegatte sozialhilfebedürftig wird (BGHZ 178, 322

Rdnr. 36 = MittBayNot 2009, 152; BGHZ 158, 81, 87 = MittBayNot 2004, 270; BGHZ 86, 82, 88; BGH, Urteile vom 25.10.2006, XII ZR 144/04, NJW 2007, 904 Rdnr. 19; vom 24.4.1985, IVb ZR 22/84, FamRZ 1985, 788, 790).

Dagegen verneint die weit überwiegende Auffassung insbesondere im jüngeren Schrifttum die Sittenwidrigkeit des Verzichts (*Staudinger/Schotten*, 2010, § 2346 Rdnr. 70b; *von Proff*, ZErB 2010, 206 [unter III 2]; *Vaupel*, RNotZ 2010, 141 ff., RNotZ 2009, 497 [unter B I 2 c bb]; *Jörg Mayer*, ZEV 2007, 556, 559 [unter 2.8]; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rdnr. 82; *Littig/Jörg Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 177; *Sturm*, Pflichtteil und Unterhalt, 1993, 177 ff., 186; wohl auch *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, 2. Aufl. 2001, 25 ff.; im Streitfall: *Bengel/Spall*, ZEV 2010, 195 [unter 1] und *Litzenburger*, FD-ErbR 2010, 297734 [unter Praxishinweis Nr. 2]).

b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu; die Verneinung der Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzichtenden behinderter Sozialleistungsbeziehern ist bereits in der Senatsrechtsprechung zum „Behindertentestament“ angelegt.

Mit diesem Verzicht macht die Leistungsbezieherin von ihrem Recht aus § 2346 Abs. 2 BGB Gebrauch – durch Rechtsgeschäft mit der Erblasserin – die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs auszuschließen (vgl. BGHZ 37, 319, 325; Münch-KommBGB/*Wegerhoff*, 5. Aufl., § 2346 Rdnr. 3 ff. m. N.). Nach dem Grundsatz der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sind Rechtsgeschäfte, die das bürgerliche Recht vorsieht, wirksam, solange sie nicht gegen entgegenstehende Gesetze verstoßen (§ 134 BGB). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann ihnen gleichwohl die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen, etwa infolge objektiver Wertentscheidungen der Grundrechte, die über Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB in das Zivilrecht hineinwirken, erforderlich ist. In solchen Fällen muss jedoch stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung, konkret begründet werden. Grundsätzlich können demzufolge alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden.

Daher ist auch in Fällen etwaiger nachteiliger Wirkungen zu Lasten der Allgemeinheit nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch besondere Gründe im Einzelfall zu rechtfertigen, sondern positiv festzustellen und zu begründen, gegen welche übergeordneten Wertungen das Rechtsgeschäft verstößt und weshalb seine Wirksamkeit nicht hingenommen werden kann. Dem entspricht beim „Behindertentestament“, dass nicht etwa die Testierfreiheit einen sonst gegebenen Sittenverstoß ausschließt, sondern der von der Testierfreiheit getragenen letztwilligen Verfügung wegen der von den Eltern über ihren Tod hinaus getroffenen Fürsorge für das behinderte Kind die sittliche Anerkennung gebührt (vgl. BGHZ 111, 36, 42 = MittBayNot 1990, 245).

Die gegen die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts angeführten Gründe vermögen dessen Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen.

aa) Beim Pflichtteilsverzicht eines Leistungsbeziehers handelt es sich schon deswegen nicht um einen unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“ – wie der Kläger meint –, weil dem Sozialversicherungsträger durch den Verzicht keinerlei vertragliche Pflichten auferlegt werden. Der Nachteil der öffentlichen Hand entsteht vielmehr nur als Reflex durch Aufrechterhaltung der Bedürftigkeit. Für Dritte lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursachte nachteilige Wirkungen sind von diesen jedoch grundsätzlich hinzunehmen und

berühren die Wirksamkeit des Geschäfts im Regelfall nicht. Es bedarf – hier nicht vorliegender – gesetzlicher Regelungen, wenn Nachteile Dritter im konkreten Fall beseitigt oder ausgeglichen werden sollen (z. B. durch Schadensersatz-, Bereicherungs- oder Wertausgleichsansprüche; Möglichkeiten einer Anfechtung; Wegfall oder Beschränkung von Ansprüchen gegen den Dritten, usw.).

bb) Das Sozialhilferecht ist zwar von dem Grundsatz durchzogen, dass jeder nur insoweit staatliche Hilfe beanspruchen kann, als er die betreffenden Aufwendungen (insbesondere den Lebensunterhalt) nicht durch den Einsatz eigener Einkünfte und eigenen Vermögens bestreiten kann, er somit bedürftig ist (Nachranggrundsatz, Subsidiaritätsprinzip). Zivilrechtliche Gestaltungen können mit diesem Grundsatz in Konflikt geraten, wenn sie darauf gerichtet sind, die Bedürftigkeit einer Person gezielt herbeizuführen.

(1) Der Nachranggrundsatz ist indessen schon im Sozialhilferecht selbst in erheblichem Maße durchbrochen (BGHZ 111, 36, 42 = MittBayNot 1990, 245), vom Gesetzgeber für die unterschiedlichen Leistungsarten differenziert ausgestaltet und nicht überall beibehalten worden, weshalb dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Prägekraft weitgehend genommen worden ist (BGHZ 123, 368, 376 = MittBayNot 1994, 49). Der Gesetzgeber respektiert bei allen Leistungsarten Schonvermögen des Leistungsempfängers, seines Ehegatten und seiner Eltern. Bei Leistungen für behinderte Menschen ist der Einsatz eigenen Vermögens zudem auf das Zumutbare begrenzt und vor allem die Überleitung von Unterhaltsansprüchen – insbesondere gegenüber den Eltern des Behinderten – nur in sehr beschränktem Umfang möglich (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Gerade darin zeigt sich das gegenläufige Prinzip des Familienlastenausgleichs, nach welchem die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten, die im Falle behinderter Kinder besonders groß ausfallen, zu einem gewissen Teil endgültig von der Allgemeinheit getragen werden sollen, da nur Kinder die weitere Existenz der Gesellschaft sichern (BGHZ 123, 368, 376 = MittBayNot 1994, 49). Insbesondere bei Hilfebeziehern mit Behinderungen lässt sich somit keine hinreichend konsequente Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen, die – bezogen auf die Errichtung eines Behindertentestaments wie auch für den hier in Rede stehenden Pflichtteilsverzicht – die Einschränkung der Privatautonomie über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen würde.

(2) In diesem Sinn hat der BGH ferner entschieden (Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08, NJW 2009, 1346 = MittBayNot 2009, 294), dass es nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößt, ein Hausgrundstück, das im Wesentlichen das gesamte Vermögen darstellt, gegen das Versprechen von Versorgungsleistungen zu übertragen, die nur so lange geschuldet sein sollen, wie sie von dem Verpflichteten auf dem übernommenen Anwesen selbst erbracht werden können und bei einer späteren Heimunterbringung ersatzlos wegfallen sollen. Dies gilt selbst dann, wenn für die Heimunterbringung die Sozialhilfe aufkommen muss und deren Träger – wegen der lebzeitigen Übertragung – nicht im Regresswege auf das Hausgrundstück zugreifen kann. Den Übergebenden trifft keine Pflicht, über die Leistungen an die gesetzliche Rentenversicherung hinaus für sein Alter vorzusorgen (BGH, a. a. O., Rdnr. 15). Anders als in den Fällen von Unterhaltsverzichtenden in Scheidungsfolgenvereinbarungen werden keine gesetzlichen Ansprüche abbedungen und es wird auch nicht in ein gesetzliches Konzept zum Nachteil des Sozialversicherungsträgers eingegriffen, weshalb der Nachranggrundsatz der öffentlichen Hilfe nicht berührt ist (BGH, a. a. O., Rdnr. 18).

(3) Die Maßgeblichkeit dieser Wertungen auch im Streitfall wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass beim Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieher selbst handelt, während er bei der Errichtung eines Behindertentestaments nur von der Regelung des Nachlasses betroffen, nicht aber selbst als Handelnder daran beteiligt ist. Allerdings trifft es zu, dass sich der Verzichtende nicht wie der Erblasser auf die Testierfreiheit im eigentlichen Sinn berufen kann. Insofern ist der Pflichtteilsverzicht eher mit dem Fall der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft vergleichbar.

Zwar hat das OLG Stuttgart (NJW 2001, 3484 [unter II 2 c]) in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hierzu entschieden, dass eine (vom Betreuer erklärte) Ausschlagung der Erbschaft eines behinderten Kindes nicht vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden könne, insbesondere auch deswegen, weil eine solche Ausschlagung nicht mit dem sozialhilfefrechtlichen Nachrangprinzip zu vereinbaren sei. Der Behinderte entziehe durch die Ausschlagung bereits angefallenes Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers und treffe daher eine sittenwidrige (§ 138 Abs. 1 BGB) Disposition zu Lasten der Hilfe leistenden Allgemeinheit. Diesem Ergebnis stehe die Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament deswegen nicht entgegen, weil die Entscheidung über die Ausschlagung nicht Ausfluss der Testierfreiheit sei. Dem hat sich das OLG Hamm (ZEV 2009, 471 [unter II]) mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von *Leipold* – ebenfalls in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – insoweit angeschlossen, als der Ausschlagende eigennützige und nicht wie der Erblasser eines Behindertentestaments altruistische Ziele verfolgte.

Dies überzeugt indes nicht (so zutreffend bereits LG Aachen, FamRZ 2005, 1506, 1507). Die Wertungen der Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament müssen auch bei erbrechtlich relevantem Handeln Behinderter selbst zum Tragen kommen. Die Entscheidung darüber, ob sie die Erbschaft bzw. den Pflichtteil erhalten wollen, wird zunächst durch die Privatautonomie gedeckt. Grundsätzlich ist jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werden oder auf andere Art etwas aus dessen Nachlass bekommen will. Vor diesem Hintergrund ist der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Wenn einerseits Erblasser frei darin sind, andere zu ihren Erben einzusetzen, ist dies andererseits nur insofern zu billigen, als die Betroffenen damit einverstanden sind. Es gibt keine Pflicht zu erben oder sonst etwas aus einem Nachlass anzunehmen. Wenigstens muss den Betroffenen das Recht zur Ausschlagung zustehen, um sich gegen den vom Gesetz vorgesehenen Vonselbst-Erwerb (§§ 1922, 1942 BGB) wehren zu können. Die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen ist notwendiger Widerpart, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun erst rechtfertigt. Insofern kann für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anders gelten als für die Erbentstellung selbst. In diesem Sinn steht Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite.

Dies gilt unabhängig davon, dass Gläubiger von einem erbrechtlichen Erwerb des Betroffenen profitieren würden (vgl. zum Insolvenzrecht § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO; ferner BGH, Urteil vom 25.6.2009, IX ZB 196/08, FamRZ 2009, 1486 Rdnr. 13 ff. = MittBayNot 2010, 52). Auch gegenüber der Freiheit potentieller Erben und Pflichtteilsberechtigter gilt daher die Feststellung des Senats, dass der im Sozialhilferecht nur höchst unvollkommen ausgestaltete Nachranggrundsatz

keine hinreichende Prägekraft aufweist, um eine Einschränkung der Privatautonomie bzw. der negativen Erbfreiheit im dargelegten Sinn über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen zu können.

(4) Weiter ist anzuerkennen, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht typischerweise einer Erwartungshaltung der Eltern nachkommen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben und sicherstellen wollen, dass die Nachkommen nicht bereits beim Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchen. Dieses Ergebnis kann nicht in gleicher Weise etwa durch eine Pflichtteilssanktionsklausel erreicht werden, da diese die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen letztlich nicht unterbinden kann (vgl. dazu die Senatsurteile vom 8.12.2004, a. a. O., und vom 19.10.2005, a. a. O.). Verzichtet ein nicht behinderter Abkömmling ohne Sozialleistungsbezug in dieser Situation auf seinen Pflichtteil, ist dies sittlich anzuerkennen. Widersetzt er sich – trotz Berücksichtigung im Schlusserbfall – einem solchen Wunsch der Eltern, sieht er sich dem Vorwurf des Undanks und der Illoyalität gegenüber der Familie ausgesetzt. Verzichtet ein Behinderter mit Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen des Sozialhilfeträgers nicht auf den Pflichtteilsanspruch, setzt er sich zugleich in einen Gegensatz zu den Wünschen und Vorstellungen seiner Familie, die über Art. 6 Abs. 1 GG (Recht zur freien Gestaltung der Gemeinschaft in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht, vgl. BVerfGE 103, 89, 101 = MittBayNot 2001, 207) ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Dasselbe Verhalten, das bei einem nicht behinderten Nachkommen als sittlich billigenwert gälte, stellte sich mithin bei einem behinderten Kind als sittenwidrig dar.

Zudem führt das Handeln des behinderten Pflichtteilsberechtigten nur eine Situation herbei, die in vergleichbarer Weise durch eine testamentarische Gestaltung der Eltern hätte erreicht werden können. Hätten diese sich nicht gegenseitig als Alleinerben eingesetzt, sondern – einer oft gegebenen Empfehlung folgend (etwa *Everts*, ZErB 2005, 353, 358) – dem behinderten Nachkommen bereits beim ersten Erbfall eine Miterbenstellung eingeräumt, hätte der Sozialhilfeträger nur bei einer Ausschlagung auf den Pflichtteilsanspruch zugreifen können. Nach heute einhelliger und überzeugender Auffassung kann der Sozialhilfeträger indes nicht das Ausschlagungsrecht auf sich überleiten und ausüben, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen (OLG Frankfurt, ZEV 2004, 24 [unter 3 c]; *von Proff*, ZErB 2010, 206 [unter II 4]; *Vaupel*, RNotZ 2009, 497 [unter V 1 c ee] m. w. N.; *Litzenburger*, ZEV 2009, 278 [unter 3.1] und RNotZ 2005, 162 [unter II 1] m. w. N.; *Mensch*, BWNNotZ 2009, 162 [unter II 3.1]; *Ruby*, ZEV 2006, 66; *Grziwotz*, NotBZ 2006, 149, 151 f.; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rdnr. 86; *Muscheler*, ZEV 2005, 119 [unter I]; *Ivo*, FamRZ 2003, 6 [unter II 2 c]; *Kuchinke*, FamRZ 1992, 362 [unter III]; *Bengel*, ZEV 1994, 29, 30 [unter 2.3 (3)]; *Köbl*, ZfSH/SGB 1990, 449, 464 [unter IV 3]; *Staudinger/Haas*, § 2317 Rdnr. 48b m. w. N.; wohl auch OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484 [unter II 2 c cc]; *Kleensang*, RNotZ 2007, 22, 24 f.; *Nazari Golpayegani/Boger*, ZEV 2005, 377 [unter 3.2]; *Jörg Mayer*, MittBayNot 2005, 286, 289; *Nieder*, NJW 1994, 1265 [unter V 1]; a. A. früher nur *van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2856; MittRhNotK 1989, 233, 249; MittRhNotK 1989, 225, 226 [unter 4], der seine entgegenstehende Auffassung in ZEV 2006, 473, 477 ausdrücklich aufgegeben hat). Andernfalls erhalte der Sozialhilfeträger die Möglichkeit, auf die Erbfolge Einfluss zu nehmen, was generell nicht dem Erblasserwillen entspricht (BGH, Urteil vom 19.10.2005, a. a. O. = juris Rdnr. 22) und nach dem Gesetz den Bedachten selbst

vorbehalten ist. Der Zugriff auf den Pflichtteil des Behinder-ten wäre danach dem Sozialhilfeträger bei einer entsprechen- den testamentarischen Gestaltung in vergleichbarer Weise verwehrt gewesen wie bei Wirksamkeit des Pflichtteilsver- zichts. Deshalb kann weder das Vorgehen des Behinderten als solches sittlich missbilligt werden noch hat dieses ein missbil- ligenswertes Ergebnis zur Folge.

(5) Ebenso wenig überzeugt es schließlich, die Sittenwidrig- keit zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte mit dem – wie bereits ausgeführt – nur schwach ausgestalteten sozialrechtlichen Nachranggrundsatz zu begründen. Der Verzicht auf eine Erwerbsquelle ändert nichts an der Verpflichtung, vorhande- nes Vermögen und vorhandene Einkünfte einzusetzen. Die pflichtwidrige Herbeiführung der eigenen Bedürftigkeit kann innerhalb des sozialrechtlichen Regelungssystems mit Leis- tungskürzungen sanktioniert werden (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII). Für das Hineinwirken eines solchen öffent- lichrechtlichen Regelungsprinzips in die Zivilrechtsordnung über § 138 Abs. 1 BGB, um Behinderten die erbrechtlichen Instrumente zu beschneiden, fehlt dagegen eine tragfähige Grundlage.

cc) Die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von Unterhaltsverzichten in Eheverträgen und Scheidungsfolgen- vereinbarungen, die den Sozialhilfeträger benachteiligen, ist auf Pflichtteilsverzichtsverträge nicht übertragbar.

Dabei braucht der umstrittenen Frage, ob und in welchem Umfang der Pflichtteil (noch) eine Unterhaltspflicht des Erb- lassers darstellt, nicht weiter nachgegangen zu werden (vgl. dazu ausführlich *Sturm*, a. a. O., 115 ff.). Das BVerfG hat bei seiner Entscheidung zur Bestandsgarantie des Pflichtteils- rechts darauf jedenfalls nicht abgestellt (NJW 2005, 1561, 1563 f. = MittBayNot 2006, 512; vgl. auch *Keim*, ZEV 2010, 56 [unter 3] m. w. N.).

Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber in § 2346 BGB eine dem Unterhaltsverzichtsverbot des § 1614 Abs. 1 BGB vorgehende spezialgesetzliche Wertung getroffen hat (vgl. *Sturm*, a. a. O., 177 ff.) und ob der Pflichtteilsberech- tigte im konkreten Fall seine Stellung als Unterhaltsgläubiger durch den Verzicht verschlechtern würde (vgl. *Dutta*, FamRZ 2010, 841 [unter 5]).

Dahinstehen kann schließlich, ob die Begründung des Beru- fungsggerichts letztlich trägt, das Pflichtteilsrecht stelle im Ge- gensatz zum Unterhaltsanspruch noch keine sichere – bereits bestehende – Erwerbsquelle dar.

Entscheidend ist insoweit, dass das Pflichtteilsrecht der Leis- tungsbezieherin allenfalls ein Korrelat zu ihren Unterhaltsan- sprüchen gegenüber ihren Eltern sein und der Sozialhilfe- träger gerade diese Unterhaltsansprüche wegen des hier ein- greifenden Grundsatzes des Familienlastenausgleichs nur in sehr eingeschränktem Maße auf sich überleiten kann (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Dabei besteht kein Anhalt dafür, dass der Grundsatz des Familienlastenausgleichs das „Familienvermögen“ der Eltern nur zu deren Lebzeiten schüt- zen sollte. Eine solche Begrenzung ergibt sich weder aus dem Erb- noch aus dem Sozialrecht. So besteht die Beschränkung des Anspruchsübergangs nach § 92 Abs. 2 SGB XII unabhän- gig davon, ob die Eltern durch eine höhere Inanspruchnahme unbillig in ihrer Lebensführung beeinträchtigt werden. Letz- teres begründet bei Vorliegen einer „unbilligen Härte“ viel- mehr eine eigenständige Beschränkung (§ 92 Abs. 3 SGB XII). Auch wird die Hilfe, die über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgeht, nicht etwa nur als Darlehen ge- währt, obwohl das SGB XII diese Form der Hilfeleistung

durchaus kennt (vgl. § 91 SGB XII). Das alles spricht ent- scheidend dafür, dass den Familien behinderter Leistungsbe- zieher das über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinaus- gehende Einkommen und Vermögen auf Dauer und nicht nur zu Lebzeiten der Eltern belassen werden soll.

Wäre der Pflichtteilsverzicht unwirksam, könnte der Sozial- hilfeträger nach dem Erbfall dagegen über den Pflichtteil – als Korrelat des Unterhaltsanspruchs begriffen – in weiterem Umfang gegen den Unterhaltsschuldner vorgehen als zuvor. Dies ist in sich widersprüchlich und mit dem Grundsatz des Familienlastenausgleichs nicht zu vereinbaren.

In diesem Zusammenhang zeigt sich auch der Unterschied zum Familienrecht. Während Unterhaltsverzichte in Ehever- trägen ehebedingte Nachteile, für deren Verteilung ein gesetz- liches System besteht, unter dessen Umgehung auf die Allge- meinheit verteilen sollen, gibt es für die Tragung der besonde- ren Lasten, die mit der Erziehung und Betreuung behinderter Kinder verbunden sind, ein gesetzliches System im Sozial- recht, das den Zugriff auf die Eltern als Unterhaltsschuldner weitgehend ausschließt und diese Lasten der Allgemeinheit aufbürdet.

dd) Gegen die Annahme sittenwidriger Anwendung erbrech- tlicher Gestaltungsinstrumente spricht letztlich das „beredte“ Schweigen des Gesetzgebers. Das Regelungssystem im Sozi- alrecht, das die gegenläufigen Grundsätze der Subsidiarität und des Familienlastenausgleichs gegeneinander abgrenzen muss, enthält keine Vorschrift, die es dem Sozialhilfeträger ermöglicht, in jedem Fall mindestens auf den Pflichtteil des Leistungsbeziehers zugreifen zu können.

Obwohl die Diskussion über Behindertentestamente seit lan- gem geführt wird und seit dem ersten Senatsurteil zum Behin- dertentestament (BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245) zwei Jahrzehnte vergangen sind, hat der Gesetzgeber – trotz entsprechender Vorschläge (vgl. nur *Kübler*, Das sogenannte Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers, 1998, 142 f.) – die betreffenden Vor- schriften des Sozialrechts nicht geändert. Der Sozialhilfeträ- ger wird im Verhältnis zu anderen Gläubigern lediglich durch die Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO privilegiert (vgl. dazu Senatsurteil vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369 unter II 2 d = MittBayNot 2005, 314).

Daher besteht kein Anlass oder Grund, die bislang unterblie- bene Erweiterung von Zugriffsmöglichkeiten gegenüber Eltern und Familien behinderter Kinder im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB richterrechtlich nachzuholen. Dies ist dem Ge- setzgeber vorbehalten (vgl. *Armbrüster*, ZEV 2010, 555, 556; *Klingelhöffer*, ZEV 2010, 385, 387). (...)

Anmerkung:

I. Einleitung

Das Urteil des BGH vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, ist ein gro- ßer Wurf. Die Entscheidung ist wichtig und richtig. In ihr steckt weit mehr, als der amtliche Leitsatz vermuten lässt, wonach der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfe- beziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Vielmehr weist der Erbrechtssenat des BGH der erbrechtlichen Gestaltungs- praxis sichere Pfade durch bisher vermintes Gelände zum Themenkomplex „Behindertentestament“. In der Literatur ist das Urteil ganz überwiegend auf Zustimmung gestoßen (vgl. *Dreher/Görner*, NJW 2011, 1761; *Ivo*, DNotZ, 2011, 387; *Kleinsang*, ZErB 2011, 121; *Röthel*, Anm. LMK, BGH IV ZR 7/10; differenzierend *Zimmer*, ZEV 2011, 262; kritisch *Leipold*, ZEV 2011, 528). Ein Glücksfall!

Das Urteil steht dabei in einer bruchlosen Linie mit den bisherigen 4 Entscheidungen des BGH zum Behindertentestament (BGH, Urteil vom 21.3.1990, BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245 m. Anm. *Reimann*; BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 368 = MittBayNot 1994, 49 m. Anm. *Reimann*; BGH, Urteil vom 8.12.2004, ZEV 2005, 117 m. Anm. *Muscheler* = MittBayNot 2005, 314 m. Anm. *J. Mayer*; BGH, Urteil vom 19.10.2005, MittBayNot 2006, 340).

II. Die vier zentralen Aussagen der Entscheidung

Zusammengefasst lassen sich der Entscheidung als tragende Gründe und teilweise als *obiter dicta* folgende vier zentrale Aussagen entnehmen, die für die Erbfolgeplanung beim Vorhandensein eines oder mehrerer sozialhilfeabhängiger Kinder mit Behinderung von zentraler Bedeutung sind:

1. Erste Aussage: Es bleibt dabei: Ein klassisches Behindertentestament ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

a) Erneut hatte der BGH Gelegenheit, über die sittliche Anerkennung einer Verfügung von Todes wegen zu entscheiden, in der – so nun die höchstrichterliche Definition der klassischen Variante des Behindertentestaments – „Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer – mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen – Dauer-testamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann“.

Der BGH stellt unmissverständlich klar, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach eine solche Gestaltung regelmäßig der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod hinaus entspricht, gefestigt und an ihr festzuhalten ist. Dabei – und das ist neu, aber wenig überraschend – kommt es auf die Geschäftsfähigkeit des behinderten Kindes nicht an. Insoweit liegt die Bedeutung der Entscheidung in der Bekräftigung der bereits existierenden Rechtsprechung. Kritiker und Unkenrufer konnten sich also nicht durchsetzen (vgl. etwa allgemein zum Behindertentestament *Walter Zimmermann*, ZEV 2004, Heft 1, XIV, sowie zur Entscheidung der Vorinstanz *Armbrüster*, ZEV 2010, 85, 88 sowie ZEV 2010, 555).

b) Für die Praxis bedeutet das: Solange der Gesetzgeber nicht aktiv zulasten des Gestaltungsmodells „Behindertentestament“ eingreift – womit m. E. auf mittlere Frist nicht zu rechnen ist (vgl. auch nachstehend in III.) –, und solange im Übrigen die dogmatischen und handwerklichen Vorgaben an ein Behindertentestament beachtet werden, kann ein klassisches Behindertentestament als rechtlich anerkannte, sichere und seriöse Gestaltung gelten. Diskussionen über seine Sittenwidrigkeit sind zukünftig nur noch von akademischer Relevanz. Das Behindertentestament hat endgültig jeden Hautgout verloren. Es gehört damit jedenfalls in seiner klassischen Variante in das Standardrepertoire jedes Erbrechtsberaters.

2. Zweite Aussage: Auch der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfebeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

a) Mit dieser Aussage schließt sich der BGH der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur an und entscheidet einen Streit, der beinahe so alt ist wie die Diskussion über die Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments.

Für den BGH folgt die Verneinung der Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts gemäß § 2346 Abs. 2 BGB aus seiner Rechtsprechung zur sittlichen Anerkennung des Behindertentestaments. Entsprechend zeichnet der BGH zur Begründung seiner Entscheidung die schon in den vergangenen Entscheidungen zum Behindertentestament herausgearbeiteten Gründe nach, bleibt bei den damals gefundenen Argumenten jedoch nicht stehen, sondern baut die Begründung aus, stellt diese auf ein noch festeres Fundament und ergänzt sie durch spezifische Erwägungen zum Pflichtteilsverzicht.

Wie beim Behindertentestament entscheidet das Gericht zugunsten der Privatautonomie und stellt dabei ganz grundsätzlich die Rangfolge der richterlichen Wertung klar: Weder beim Behindertentestament noch beim Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfebeziehers gehe es darum, die sittliche Wirksamkeit im Einzelfall zu rechtfertigen, sondern umgekehrt müsse begründet werden, weshalb die Wirksamkeit nicht hingenommen werden könne. Konkret führt der BGH hierzu aus: „Grundsätzlich können (...) alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden.“ Und: „Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann ihnen gleichwohl die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen (...) erforderlich ist.“ Anhand dieses Maßstabs setzt sich das Gericht mit den gegen die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts angeführten Gründen auseinander und verwirft diese allesamt wohlbegründet.

Die einzelnen Aspekte der Begründung seien ihrer ganz grundsätzlichen Bedeutung wegen kurz erwähnt. Sie können dem Praktiker auch bei der Beurteilung der Wirksamkeit anderer Gestaltungen im Zusammenhang mit der Nachfolgeplanung und -regelung beim Vorhandensein sozialhilfeabhängiger Angehöriger mit Behinderung wertvolle Hinweise geben.

aa) Kein Vertrag zulasten Dritter

Der BGH entkräftet den Vorwurf, bei dem Pflichtteilsverzicht handle sich um einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter. Der Nachteil der öffentlichen Hand wird zutreffend als unbeachtlicher Reflex und hinzunehmende mittelbare Wirkung der erbrechtlichen Gestaltung identifiziert.

bb) Keine Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip

Das Gericht verneint wie bei der Frage der Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments mit sehr ausführlicher Begründung eine Prägekraft des sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatzes und eine Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen diesen Grundsatz.

Dabei analysiert der Senat zunächst die besonderen sozialrechtlichen Vorschriften zugunsten behinderter Kinder und deren Familien und weist Durchbrechungen des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsprinzips gerade in diesem Kontext nach.

Das Urteil beschreibt unter Bezug auf die Rechtsprechung des V. Zivilsenats des BGH die Grenzen der rechtlichen Pflicht, für sich und sein Alter vorzusorgen. Damit gelingt es dem IV. Senat, seine Rechtsprechung in die eines anderen Senats konkret einzubetten.

Weiter betont der BGH ganz allgemein – und diese Grundsätzlichkeit der Aussage wird für die Bewertung der weiteren Folgen des Urteils von Bedeutung sein –, dass die Wertungen der Rechtsprechung des BGH zum Behindertentestament auch dann gelten müssen, wenn der behinderte Angehörige selbst mit erbrechtlicher Relevanz handelt. Im Ergebnis be-

stehe kein Wertungsunterschied zwischen dem vom Kind mit Behinderung selbst vereinbarten Pflichtteilsverzicht und einem ohne seine Mitwirkung errichteten Behindertentestament. Dies folge aus der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie einer „negativen Erbfreiheit“, die Ausfluss der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie sei: „Es gibt keine Pflicht zu erben“, so der BGH (kritisch hierzu insbesondere *Leipold*, ZEV 2011, 528). Das Urteil unterstellt damit ausdrücklich auch den Verzicht des Pflichtteilsberechtigten dem starken Schutz des Grundrechts Erbfreiheit.

Die sich im Pflichtteilsverzicht gegenüber dem zuerst versterbenden Elternteil widerspiegelnde innerfamiliäre Solidarität sieht das Urteil zudem durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt.

In seiner Begründung fortfahrend stellt der Senat heraus, dass dem Sozialhilfeträger durch den Pflichtteilsverzicht nichts genommen wurde, was er ohne Pflichtteilsverzicht sicher erhalten hätte: Hätten die Eltern die Erbfolge nach dem Erstversterbenden von ihnen unter Einbeziehung des Kindes mit Behinderung und dieses wiederum gemäß den Regeln des Behindertentestaments schützend geregelt, wäre dem Sozialhilfeträger ein Zugriff auf den Pflichtteil versagt geblieben, da – so der BGH – der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht nicht auf sich überleiten könne (dazu später mehr).

Schließlich fehle eine tragfähige Grundlage dafür, aus dem Vorhandensein sozialrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten bei einer vorsätzlichen Vermögensminderung (hier konkret § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII) auf eine zivilrechtliche Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit zu schließen.

cc) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Unterhaltsverzicht

Des Weiteren arbeitet der BGH heraus, dass der Fall des Pflichtteilsverzichts eines sozialhilfebedürftigen Behinderten nicht mit einem Unterhaltsverzicht in Scheidungsfolgevereinbarungen zu vergleichen ist.

dd) Das „beredte“ Schweigen des Gesetzgebers

Die Begründung der fehlenden Sittenwidrigkeit rundet der Senat mit dem Hinweis darauf ab, dass der Gesetzgeber trotz entsprechender Jahrzehnte alter Diskussion über das Behindertentestament die gesetzlichen Grundlagen nicht zu dessen Lasten geändert habe und unterstellt ihm insofern ein „beredtes“ Schweigen. Eine gesetzliche Vorschrift, die dem Sozialhilfeträger mindestens den Pflichtteil sichere, fehle nach wie vor.

b) Was bedeutet dieser höchstrichterliche Ritterschlag für den Pflichtteilsverzicht eines Kindes mit Behinderung für die Gestaltungspraxis?

Zunächst darf nicht übersehen werden, dass die Tatsache einer zivilrechtlichen Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts etwaige sozialhilferechtliche Sanktionen unberührt lässt, diese vielmehr durch die Wirksamkeit des Verzichts unter Umständen erst ausgelöst werden können. Zu Recht weist der BGH in diesem Zusammenhang auf § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII hin. Danach können die Sozialleistungen bis auf das zum Lebensunterhalt Unerlässliche eingeschränkt werden, wenn ein volljähriger Sozialhilfeempfänger sein Einkommen oder Vermögen in der Absicht vermindert hat, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung der Leistung herbeizuführen. Hier bleibt die Frage im Raum, ob der zivilrechtlich wirksame Pflichtteilsverzicht des Sozialhilfeempfängers diese Rechtsfolge auslöst. Dagegen spricht fast alles, namentlich, dass das Pflichtteilsrecht – anders als der Pflichtteilsanspruch nach dem Tode des Erblassers – nur eine Vermö-

genserwartung, eine Hoffnung, und kein Vermögenswert ist, wobei konzediert werden muss, dass im vom BGH entschiedenen Fall, bei dem der Pflichtteilsverzichtsvertrag am Sterbettod der Mutter geschlossen wurde, diese Unterscheidung eher dogmatisch als realitätsgerecht ist. Allerdings können gegen ein solches Ansinnen des Sozialhilfeträgers sicher die billigen Motive, namentlich im Kontext des Art. 6 Abs. 1 GG sowie die gemäß BGH tangierte negative Erbfreiheit und damit Art. 14 Abs. 1 GG ins Feld geführt werden, die bei einer behördlichen Ermessensentscheidung regelmäßig den Ausschlag geben dürften. Außerdem wird der Spielraum für Leistungskürzungen bei den meisten Menschen mit Behinderung äußerst eingeschränkt sein. Gleichwohl: Jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, zu dem sich zu dieser Frage eine klare sozialrechtliche Rechtsprechung oder eine eindeutige Verwaltungspraxis herausgebildet haben, wonach der Pflichtteilsverzicht keine negativen Sanktionen auslöst, sollte mit Bedacht geprüft werden, ob der Familie nicht mehr geholfen ist mit einer Lösung ohne Pflichtteilsverzicht und gemäß dem klassischen Behindertentestament, wonach das Kind mit Behinderung bereits beim Tode des erstversterbenden Elternteils in die Erbfolge einbezogen wird – geschützt durch Vor- und Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung. Neben einer wirksamen Gestaltung schuldet der Gestalter nämlich in erster Linie eine sachgerechte Lösung, und dazu gehört in der Regel, dass absehbarer Streit möglichst vermieden wird.

Der BGH hat zu einem Pflichtteilsverzicht gegenüber dem erstversterbenden Elternteil entschieden. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag ermöglichte die gegenseitige Alleinerbeinsetzung der Eltern ohne drohende Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge. Das Gericht hat seine Entscheidung u. a. auch mit dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG sowie den besonderen sozialhilferechtlichen Vorschriften zum Vermögens- und Einkommenschutz innerhalb der Familie begründet. Diese Begründung kann bei einem Pflichtteilsverzicht auch gegenüber dem längerlebenden Elternteil selbstverständlich nicht in gleicher Weise reklamiert werden. Allerdings dürften die übrigen Gründe zur Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts übertragbar sein und werden regelmäßig auch für sich den Ausschlag zur Wirksamkeit geben. In Betracht kommen wird ein Pflichtteilsverzicht nach dem längerlebenden Elternteil allerdings in erster Linie flankierend, etwa zum Abschluss von Pflichtteilsansprüchen nach Ausschlagung aus § 2306 Abs. 1 BGB oder als gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht zur Absicherung der Nachlassplanung, namentlich bei Unternehmer- oder Patchwork-Familien. Behält man die sozialrechtlichen Risiken (vgl. vorstehend) im Auge, erscheinen zukünftig solche Lösungen gangbar und ggf. empfehlenswert.

Indes: Beim Paradedfall des Behindertentestaments ist das Kind mit Behinderung zumindest auch geistig behindert und nicht geschäftsfähig. Hier müsste also der Pflichtteilsverzichtsvertrag auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten vom rechtlichen Betreuer abgeschlossen werden und bedürfte gemäß §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1822 Nr. 2 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Zwar ist das Schenkungsverbot aus §§ 1908 i Abs. 2 Satz 1, 1804 Satz 1 BGB auf den Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht anwendbar, da es sich nicht um eine Schenkung, sondern ein erbrechtliches Rechtsgeschäft sui generis handelt (vgl. auch § 517 BGB). Vor allem bei einem isolierten Pflichtteilsverzichtsvertrag ohne Gegenleistung dürfte die Genehmigung jedoch schwer zu erlangen sein. Bisher sind die Betreuungsgerichte mit der Genehmigung zu Verträgen im hier in Rede stehenden Zusammenhang erfahrungsgemäß mehr als zurückhaltend. Sicher sollte das gegenwärtige Urteil den Instanzgerichten Anlass sein, diese Praxis

zu überprüfen. Allerdings erscheint es für eine Genehmigungsfähigkeit weiterhin erforderlich, dass sich aus dem Verzicht für das verzichtende Kind ein klarer Vorteil ergibt, wobei dieser m. E. nicht unbedingt wirtschaftlicher Natur sein muss, sondern sich auch aus dem familiären Kontext ergeben kann. Es bedarf keiner Prophetie vorauszusagen, dass die Ersten, die unter Verweis auf die gegenwärtige Entscheidung um betreuungsgerichtliche Genehmigung des Pflichtteilsverzichts ersuchen, den steinig und ungewissen Weg des Vorreiters zu gehen haben.

Kurz: Gerade der Pflichtteilsverzicht des geschäftsfähigen Sozialhilfeempfängers mit Behinderung gegenüber dem Erstversterbenden seiner Eltern gehört in Zukunft in den Bausteinkasten des Notars. Er erweitert die Möglichkeiten der Gestaltung. Als blinde Standardlösung taugt er nicht. Beim geschäftsunfähigen Kind mit Behinderung gilt es, den Vorteil des Verzichtenden im Einzelfall herauszuarbeiten und im Übrigen die Entwicklung in der Genehmigungspraxis der Betreuungsgerichte abzuwarten.

3. Dritte Aussage (obiter dictum): Der Sozialhilfeträger kann das Ausschlagungsrecht nicht auf sich überleiten und ausüben, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen.

Das besprochene Urteil lässt das Bemühen des Erbrechtsnats erkennen, sich nicht in falsch verstandener richterlicher Zurückhaltung zu üben, sondern im Entscheidungszusammenhang grundlegend zu entscheiden und der Praxis lange ersehnte und in der Literatur eingeforderte Rechtssicherheit zu geben.

Als „Achillesferse“ des Behindertentestaments war seit Jahrzehnten das Risiko ausgemacht, der Sozialhilfeträger könnte das aus § 2306 Abs. 1 BGB erwachsende Recht zur Erbschaftsausschlagung auf sich überleiten, für den Erben geltend machen und sodann den dadurch entstehenden Pflichtteilsanspruch gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII auf sich überleiten und durchsetzen. Wäre dies möglich, wäre dies wohl der Tod des Gestaltungsmodells „Behindertentestament“. Zuletzt war die Frage zwar in der Literatur nicht mehr umstritten, jedoch richterlich nach wie vor ungeklärt.

Nun hat der BGH diese zentrale Frage geklärt. Die Überleitung des Ausschlagungsrechts ist nicht möglich.

Die höchstrichterlichen Worte schaffen Sicherheit.

4. Vierte Aussage (obiter dictum): Der Pflichtteilsverzicht ist mit der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft vergleichbar.

Auch mit dieser Feststellung weist das Gericht der Praxis den Weg: Die konkret zum Pflichtteilsverzicht getroffene Entscheidung kann auf andere Gestaltungen beim Vorhandensein von Kindern mit Behinderung übertragen werden.

Namentlich wird es zukünftig möglich sein, bei noch laufender Ausschlagungsfrist Ausschlagungsverträge mit Kindern mit Behinderung zu schließen, ohne um deren Wirksamkeit wegen eines Sittenverstößes ganz generell fürchten zu müssen. Entsprechendes dürfte für Zuwendungsverzichte gelten.

Natürlich müssen hier, wie beim Pflichtteilsverzicht, sozialhilferechtliche Sanktionsgefahren im Auge behalten werden.

Beim nicht geschäftsfähigen Behinderten ist wegen der Genehmigungsbedürftigkeit der Ausschlagung aus §§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1822 Nr. 2 BGB darauf zu achten, dass die

Vorteile für den Abkömmling wirklich überwiegen, namentlich im Ausschlagungsvertrag eine angemessene und gegen einen Sozialhilfeszugriff geschützte Gegenleistung vereinbart wird.

Beim Zuwendungsverzicht ergibt sich die gerichtliche Genehmigungspflicht aus §§ 2352 Satz 3, 2347 Abs. 1 BGB. Im typischen Fall, dass ein bindend gewordenes schlichtes Berliner Testament nach dem Tode eines Elternteils zum Schutz eines behinderten Kindes durch ein Behindertentestament ersetzt werden soll und hierzu ein „gegenständlich beschränkter“ Zuwendungsverzicht des Kindes mit Behinderung erforderlich wird, dürfte meines Erachtens ausreichen, dass die durch Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung beschränkte Erbeinsetzung des behinderten Kindes mit diesem erbvertraglich bindend vereinbart wird. Flankierend kann außerdem ein Verfügungsunterlassungsvertrag bezüglich wesentlicher Vermögensgegenstände des Erblassers, namentlich bezogen auf das etwa vorhandene Hausgrundstück, vereinbart werden. Dies dürfte zur Genehmigungsfähigkeit genügen.

III. Weiterhin offene Fragen

Auch nach der vorliegenden Entscheidung sind natürlich Fragen zum Behindertentestament offen. Namentlich bedarf weiter der richterlichen Klärung, welche alternativen Gestaltungen neben der klassischen Form des Behindertentestaments mit Vor- und Nacherbschaft erbrechtlich einen hinreichenden Schutz vor einem Sozialhilfeszugriff gewähren. Alte wie neue Fragen wirft in einigen Konstellationen das weitestgehend in Länderrecht überführte Heimrecht auf, auch wenn hier inzwischen derselbe Senat des BGH eine weitere wichtige und begrüßenswerte Klärung vorgenommen hat (BGH, Beschluss vom 26.10.2011, IV ZB 33/10).

Weitere Diskussionen wird es zudem zur Frage der Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf das sog. Bedürftigentestament geben. Nimmt man den vom BGH entwickelten Grundsatz der „negativen Erbfreiheit“ und seine Verortung in den Grundrechten ernst, und hierzu besteht m. E. Anlass, wird sich auch der „Hartz-IV-Empfänger“ auf diesen berufen können und der Nachweis der sittlichen Missbilligung schwer zu führen sein.

Spannend zu verfolgen wird schließlich sein, welche Weiterungen die neu entdeckte „negative Erbfreiheit“ nach sich zieht. Nach BGH kann sich der vor seinem Tod auf seinen Pflichtteil Verzichtende auf die negative Erbfreiheit berufen, ebenso der eine Erbschaft Ausschlagende. Wie ist es aber mit dem Inhaber eines Pflichtteilsanspruchs? Der Pflichtteilsanspruch nach § 2303 BGB, Pflichtteilsrestansprüche nach §§ 2305, 2307 Abs. 1 Satz 2 und § 2316 Abs. 2 BGB sowie Pflichtteilsergänzungsansprüche nach §§ 2325 Abs. 1 und 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen ohne Weiteres mit dem Tode des Erblassers an und können nach (noch?) herrschender Meinung und auch nach der bisherigen Rechtsprechung des IV. Zivilsenats nach § 93 Abs. 1 SGB XII vom Sozialhilfeträger auf sich übergeleitet werden (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2004, MittBayNot 2005, 314 m. Anm. J. Mayer, sowie BGH, Urteil vom 19.10.2005, MittBayNot 2006, 340; a. A. bereits bisher *Muscheler*, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb*, 2002, 234; *derselbe*, *ZEV* 2005, 119; *Eberl-Borges/Schüttlöffel*, *FamRZ* 2006, 589, 596 f.). Muss sich die negative Erbfreiheit nicht auch hier durchsetzen? Muss deshalb die Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs nicht erneut auf den akademischen und gerichtlichen Prüfstand? Ich meine: ja!

Die negative Erbfreiheit ist Stärke und Schwäche der Entscheidung zugleich: Der BGH unterstellt die erbrechtlichen

Gestaltungen auch im Bereich von Verzicht und Ausschlagung dem besonderen und starken Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Das macht Abwägungsfragen leichter und dürfte den Gesetzgeber vor grundlegenden Rechtsänderungen zulasten der Gestaltungsfreiheit in diesem Zusammenhang abschrecken. Andererseits hat sich das neu entdeckte Institut noch nicht bewährt. Inwieweit wird es sich durchsetzen? Wie sehr wird es durch Rechtsprechung und Lehre vielleicht auch wieder abgeschliffen oder zurechtgestutzt? Oder steht der negativen Erbfreiheit eine große Zukunft bevor? All dies muss abgewartet werden!

Notar *Lorenz Spall*, Annweiler am Trifels

7. BGB §§ 106, 107, 181, 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 2174, 2176, 2186; GBO §§ 19, 20 (*Vertretungsrecht der Eltern bei Erfüllung eines Vermächtnisses an minderjährige Kinder, das mit einem Untervermächtnis zu ihren Gunsten belastet ist*)

1. **Zur Umschreibung von Grundstücks-Miteigentumsanteilen an Minderjährige in Erfüllung eines, mit einem Untervermächtnis in Form des Nießbrauchs für den Erben belasteten Vermächtnisses.**
2. **Wird vom sorgeberechtigten Elternteil als Erben Grundeigentum aufgrund eines fälligen Vermächtnisanspruchs an seine minderjährigen Kinder übertragen, bedarf es nicht der Mitwirkung eines familiengerichtlich bestellten Pflegers unter dem Gesichtspunkt, dass mit der Entgegennahme des Vermächtnisgegenstands im Hinblick auf den Pflichtteil Nachteile verbunden sein könnten. Die Annahme eines (belasteten) Vermächtnisses als nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist vielmehr von der dinglichen Erfüllung des Vermächtnisanspruchs zu unterscheiden.**

OLG München, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 1 ist gemäß notariellem Testament vom 11.6.2010 Alleinerbe seiner am 22.6.2010 verstorbenen Ehefrau. Testamentsvollstreckung ist angeordnet, der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker bestellt. Zur Erbmasse gehört ein Grundstück, das am 8.10.2010 auf den Beteiligten zu 1 als Eigentümer umgetragen ist. Die Eheleute haben zwei minderjährige Kinder, (geb. 1998; Beteiligter zu 2) und (geb. 2002; Beteiligte zu 3). Im Testament vom 11.6.2010 ist verfügt:

„Der Erbe wird mit folgenden Vermächtnissen beschwert:

Meine Kinder erhalten jeweils 1/3 – jeweils ein Drittel – Miteigentumsanteil an folgendem Grundbesitz (...)

Das verbleibende Drittel erhält der Erbe.

Die Vermächtnisnehmer werden mit folgendem Untervermächtnis belastet:

Mein Ehemann (der Beteiligte zu 1) erhält an den vermachten 2/3-Miteigentumsanteilen an dem genannten Grundstück ein lebenslanges und unentgeltliches Nießbrauchsrecht.

Meine Kinder als Vermächtnisnehmer sind untervermächtnisweise verpflichtet, ggf. einer Bebauung durch den Nießbraucher zuzustimmen.

Der Untervermächtnisnehmer kann die Eintragung dieses Nießbrauchs an nächst offener Rangstelle im Grundbuch verlangen.“

In Erfüllung des angeordneten Vermächtnisses überließ der Beteiligte zu 1 zu notarieller Urkunde vom 27.5.2011 jeweils einen 1/3-Grundstücksmiteigentumsanteil an die Beteiligten zu 2 und 3. Die Auflassung wurde erklärt und die grundbuchrechtliche Bewilligung ab-

gegeben. Ferner wurde die Nießbrauchsbestellung entsprechend der letztwilligen Verfügung vereinbart sowie die Eintragung dieses Rechts bewilligt und beantragt.

Auf den notariellen Vollzugsantrag vom 31.5.2011 hat das Grundbuchamt am 7.6.2011 folgende Zwischenverfügung getroffen:

Es fehle an einer wirksamen Auflassung und Bewilligung des Nießbrauchs. Der Beteiligte zu 1 als gesetzlicher Vertreter seiner beiden Kinder sei von deren Vertretung bei der Entgegennahme des Vermächtnisanspruchs (Erklärung der Auflassung) im Zusammenhang mit der Erfüllung des Untervermächtnisses (Bestellung des Nießbrauchs) ausgeschlossen. Der Beteiligte sei für die Vermögenssorge seiner Kinder zuständig, gleichzeitig müsse er sich als Testamentsvollstrecker beaufichtigen und sei selbst der Begünstigte, falls das Vermächtnis angenommen werde. Es sei ein Ergänzungspfleger zu bestellen, der zu prüfen habe, ob der Vermächtnisanspruch angenommen werde oder ob sogleich der Pflichtteil gemäß § 2307 BGB geltend gemacht werden müsse. Der Pflichtteilsanspruch jedes Kindes sei deutlich höher als der Wert des Grundstücksanteils. Die Pflichtteile wären um den Wert des mit dem lebenslänglichen Nießbrauch belasteten Grundstücks bis zum Tod des Vaters geschmälert. Die Genehmigung der Vermächtniserfüllung als auch ein weiterer Vertrag zwischen dem Vater und den Kindern sei familiengerichtlich zu genehmigen.

Hiergegen richtet sich die vom beurkundenden Notar eingelegte Beschwerde, die damit begründet wird, die Annahme des Vermächtnisses – bei dem Grundbesitz handele es sich um einen unbebauten Bauplatz in guter Lage – sei lediglich rechtlich vorteilhaft. Daran ändere auch der zugunsten des Beteiligten zu 1 verfügte Nießbrauch nichts. Denn die Nießbrauchsbestellung erfolge gleichzeitig mit dem Erwerb der Sache selbst. Ein pflichtteilsmäßiger Nachteil sei nicht erkennbar. Den Kindern stehe ein Restpflichtteil nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Zudem sei der Erwerb von Grundeigentum allemal sicherer und werthaltiger als ein auf Geld gerichteter schuldrechtlicher Zahlungsanspruch.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die namens sämtlicher Urkundsbeteiligter zulässig erhobene Beschwerde (§§ 71 Abs. 1, 73 Abs. 1 und 2 i. V. m. 15 Abs. 2 GBO) hat in der Sache Erfolg.

1. Nach §§ 106, 107 BGB bedarf ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.

a) Der Übertragung der Miteigentumsanteile (§§ 925, 1008 BGB) liegt ein fälliger Vermächtnisanspruch nach §§ 2174, 2176 BGB zugrunde. Da der Beteiligte zu 1 gemäß dem Urkundeneingang auch als Inhaber der elterlichen Sorge (§ 1629 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 BGB) gehandelt hat, muss das Geschäft in diesem Fall nicht mehr gesondert daraufhin untersucht werden, ob es für den Minderjährigen ausschließlich rechtlich vorteilhaft ist (*Zorn*, FamRZ 2011, 776, 778; siehe auch *Sonnenfeld*, Rpfleger 2011, 475, 477). Ein gesetzlicher Vertretungsausschluss (§ 181 BGB) besteht schon deshalb nicht, weil die Anteilsübertragung lediglich die Erfüllung der entstandenen und fälligen Verbindlichkeit (*Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2174 Rdnr. 3), nämlich des angefallenen Vermächtnisses (§ 2176 BGB), zum Gegenstand hat. Nicht anders zu behandeln ist das Untervermächtnis (siehe § 2186 BGB) in Form des dem Beteiligten zu 1 zugewandten Nießbrauchs. Auch insoweit besteht die vollzogene Zuwendung durch die Beteiligten zu 2 und 3 lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, sodass der Beteiligte zu 1 – wiewohl Begünstigter – von der Vertretung nicht ausgeschlossen ist (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 181 BGB; vgl. *Zorn* und *Sonnenfeld*, a. a. O.; *Kölmel*, RNotZ 2010, 618, 619). Anders zu beurteilen wäre dies nur, wenn die Verbind-

lichkeit ihren Grund in einem vom Vertreter vorgenommenen Verpflichtungsgeschäft hätte (siehe *Sonnenfeld*, a. a. O.). Für das gefundene Ergebnis bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit die sog. Gesamtbetrachtungslehre (dazu BGHZ 78, 28; BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408) noch anwendbar ist.

Soweit der Senat dies in seinem Beschluss vom 8.2.2011 (34 Wx 18/11 = Rpfleger 2011, 434 = MittBayNot 2011, 239) anders beurteilt hat, hält er hieran angesichts der aufgezeigten gesetzlichen Systematik (*Sonnenfeld*, a. a. O.) nicht mehr fest.

b) Die vom Grundbuchrechtspfleger aufgeworfenen, mit der Annahme des Vermächnisses verbundenen Fragen stellen sich letztlich nicht. Denn ob mit der Anteilsübertragung zugleich eine Annahme des Vermächnisses verbunden ist, bedarf für den Grundbuchvollzug keiner Klärung.

(1) Der BGH hat im Verhältnis von schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft zu dinglicher Überlassung klargestellt, dass eine Gesamtbetrachtung dieser beiden Geschäfte (vgl. BGHZ 78, 28) nicht in Betracht kommt, wenn die der dinglichen Überlassung zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung mit rechtlichen Nachteilen verbunden ist (BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408; siehe dazu jüngst auch *Sonnenfeld*, Rpfleger 2011, 475). Denn dann sei der Schutzzweck des § 107 BGB bereits nicht tangiert, weil dem Minderjährigen aus dem unwirksamen Grundgeschäft eine rechtliche Verpflichtung nicht erwachsen könne. Der etwaige bereicherungsrechtliche Ausgleich beeinträchtigt das sonstige Vermögen des Minderjährigen nicht (BGHZ 161, 170, 175 f. = MittBayNot 2005, 408).

(2) Entsprechendes hat hier im Verhältnis zwischen dem notwendigen dinglichen Vollzug des Vermächtnisanspruchs durch formgerechte Übereignung (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2174 Rdnr. 4) und einer damit möglicherweise – indes nicht zwangsläufig – einhergehenden Annahme des Vermächnisses (vgl. § 2186 BGB), die konkludent in der Entgegennahme des zugewendeten Gegenstands gesehen werden kann (siehe *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2180 Rdnr. 1; RGRK/*Johansen*, BGB, 12. Aufl., § 2180 Rdnr. 2), zu gelten. Lediglich rechtlich vorteilhaft, und damit ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam (vgl. § 107 BGB), ist nur die Annahme eines unbelasteten (vgl. *Staudinger/Knothe*, 2004, § 107 Rdnr. 11, 17; MünchKommBGB/*Schmitt*, 5. Aufl., § 107 Rdnr. 47; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. 2004 § 107 Rdnr. 2), nicht hingegen eines belasteten Vermächnisses. Das gegenständliche Vermächtnis ist jedoch mit einem Untervermächtnis belastet (§ 2186 BGB; siehe KG, NJW 1964, 1808), nämlich beschwert mit der Verpflichtung, dem Beteiligten zu 1 an den vermachten Miteigentumsanteilen ein Nießbrauchsrecht zu bestellen. Die Beteiligten zu 2 und 3 müssten sich als pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge der Erblasserin ein (angenommenes) Vermächtnis auf den Zusatzpflichtteil anrechnen lassen (§§ 2305, 2307 Abs. 1 BGB), und zwar bei der Wertberechnung ohne Rücksicht auf den untervermächtnisweise zugewandten Nießbrauch (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB; *Burandt/Rojahn/G. Müller*, Erbrecht, § 2307 BGB, Rdnr. 25). Darauf, was letztlich wirtschaftlich günstiger wäre – Erwerb von belasteten Grundeigentumsanteilen oder ein auf Geld gerichteter Zahlungsanspruch –, kommt es nicht an.

c) Die Auflassung als dingliches Vollzugsgeschäft ist auch nicht deshalb (schwebend) unwirksam, weil zugleich mit der Eigentumsübertragung der Grundstücksanteil mit einem Nießbrauch belastet wird. Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher – wie hier – über § 1041 Satz 2, § 1047 BGB hinaus auch die privaten Lasten in Form von Kosten außergewöhnlicher Ausbesserun-

gen und Erneuerungen sowie die – auch außergewöhnlichen – öffentlichen Lasten zu tragen hat (BGHZ 161, 170, 177 ff. = MittBayNot 2005, 408 m. w. N.; kritisch *Kölmel*, RNotZ 2010, 618, 625). Soweit der Nießbraucher befügt sein soll, den Nießbrauchsgegenstand entgegen § 1037 Abs. 1 BGB wesentlich umzugestalten, insbesondere zu bebauen, handelt es sich um eine schuldrechtliche Verpflichtung, der keine dingliche Wirkung zukommen kann (vgl. BayObLGZ 1977, 205; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 1037 Rdnr. 1) und die deshalb für den Vollzug des Grundbuchantrags ohne Bedeutung ist.

2. Es besteht auch kein Grund, die familiengerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts zu verlangen. Denn einer der Tatbestände von § 1643 Abs. 1 und 2 i. V. m. §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB liegt nicht vor. Insbesondere handelt es sich bei dem Erwerb von Anteilen mit gleichzeitiger Einräumung des Nießbrauchs nicht um eine Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück (MünchKommBGB/*Wagenitz*, 5. Aufl., § 1821 Rdnr. 22, 23; siehe auch Senat vom 8.2.2011, 34 Wx 40/11 = NJW-RR 2011, 595 = MittBayNot 2011, 238) und bei der Entgegennahme der Auflassung nicht um eine Verfügung i. S. v. § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB (MünchKommBGB/*Wagenitz*, § 1821 Rdnr. 34; Senat, a. a. O.). Im Gegensatz zur Ausschlagung (vgl. § 1822 Abs. 1 Nr. 2 BGB) wäre die Annahme eines Vermächnisses auch nicht genehmigungspflichtig (vgl. BayObLG, Rpfleger 1996, 455).

3. Das Grundbuchamt darf deshalb gemäß §§ 19, 20 GBO die beantragte Umschreibung der Miteigentumsanteile auf die minderjährigen Beteiligten zu 2 und 3 und die Eintragung des als Untervermächtnis dem Beteiligten zu 1 zugewandten Nießbrauchs (§ 1019 BGB) nicht von der Mitwirkung eines vom Familiengericht zu bestellenden Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) und der familiengerichtlichen Genehmigung abhängig machen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Röhl*, MittBayNot 2012, 111 (in diesem Heft).

8. GBO § 35; BGB §§ 2269, 2271 (*Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils gegenüber dem Grundbuchamt*)

Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament die Schlusserbeinsetzung ihrer Kinder mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbunden, muss den Kindern bei der Grundbuchberichtigung nach dem letztverstorbenen Elternteil die Möglichkeit eingeräumt werden, durch inhaltlich übereinstimmende, von jedem von ihnen abzugebende eidesstattliche Versicherung den Nachweis zu führen, dass keines der Kinder nach dem Tod des erstverstorbenen Elternteils den Pflichtteil verlangt hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Im Grundbuch von N Blatt ... und Blatt ... sind jeweils der Diplom-Kaufmann S und zwei Schwestern des S in Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen. Nach dem Tode des S haben seine Töchter, die Beteiligten zu 1 bis 3, die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge nach dem Erblasser S beantragt. Bei den Grundakten befinden sich von dem Nachlassgericht Weiden i. d. OPf. von Amts wegen übersandte beglaubigte Ablichtungen folgen-

der drei Verfügungen von Todes wegen nebst einer beglaubigten Ablichtung des Eröffnungsprotokolls:

- Ein privatschriftliches Ehegattentestament vom 25.1.1977, in dem der Erblasser und seine Ehefrau sich gegenseitig zu Alleinerben und die Beteiligten zu 1 bis 3 – verbunden mit einer Pflichtteilsstrafklausel – zu gleichen Teilen als Schlusserven eingesetzt haben;
- ein privatschriftliches Ehegattentestament vom 3.10.1997, in dem die Eheleute ergänzend Vermächtnisse ausgesetzt haben, und
- ein von dem Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau errichtetes notarielles Testament vom 21.1.2010, in dem der Erblasser den Widerruf aller bisherigen letztwilligen Verfügungen erklärt und die Beteiligten zu 1. bis 3. zu gleichen Teilen als seine Erben eingesetzt hat.

Mit Zwischenverfügung vom 17.12.2010 hat das Grundbuchamt den Beteiligten die Einreichung eines Erbscheins aufgegeben. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde. Sie machen geltend, dass sich die Erbfolge bereits aus den vorliegenden Testamenten i. V. m. dem Eröffnungsprotokoll ergebe. Außerdem tragen sie vor, dass keine von ihnen nach dem Ableben der Mutter den Pflichtteil geltend gemacht habe, und erklären ihre Bereitschaft, dieses auch an Eides statt zu versichern.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig, soweit die Beteiligten die Aufhebung der Zwischenverfügung vom 17.12.2010 begehren. Der weitergehende Antrag, das Grundbuchamt zur Durchführung der Grundbuchberichtigung anzuweisen, ist dagegen bereits unzulässig, weil der Senat im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht abschließend über den Eintragungsantrag zu entscheiden hat.

Die Beschwerde ist im zulässigen Umfang teilweise begründet und führt zu einer Abänderung bzw. Ergänzung der angefochtenen Zwischenverfügung, weil außer dem vom Grundbuchamt geforderten Erbschein auch die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen der Beteiligten als Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses in Betracht kommt.

Für die beantragte Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) ist der Nachweis der Erbfolge nach dem am ... 2010 verstorbenen S in der Form des § 35 Abs. 1 GBO erforderlich.

Nach dieser Vorschrift ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO i. d. R., wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Dabei reicht in formaler Hinsicht die Vorlage beglaubigter Abschriften aus (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 35 Rdnr. 45; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 786; *Schaub* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 121; *Herrmann* in *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 68). Liegt – wie hier – außer einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen auch ein privatschriftliches Testament vor, so genügt es, wenn die Erbfolge jedenfalls auch auf der öffentlichen Verfügung von Todes wegen beruht und sich selbstständig auch aus ihr ableiten lässt (*Demharter*, a. a. O., § 35 Rdnr. 31, 37; *Schaub* in *Bauer/von Oefele*, a. a. O., § 35 Rdnr. 158 ff.).

Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob sich die Erbfolge aus dem notariellen Testament vom 21.1.2010 ergibt. Bei den Testamenten vom 25.1.1977 und 3.10.1997 handelt es sich lediglich um privatschriftliche Testamente, durch

die nach dem oben Gesagten im Grundbuchverfahren die Erbfolge nicht nachgewiesen werden kann. Das Testament vom 3.10.1997 enthält außerdem nur Vermächtnisanordnungen und ist daher für die Beurteilung der Erbfolge unerheblich.

Das notarielle Testament vom 21.1.2010 enthält eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 zu gleichen Teilen. Die Wirksamkeit dieser Erbeinsetzung wird aber von der Bindungswirkung des früheren privatschriftlichen Ehegattentestaments vom 25.1.1977 berührt, was auch im Grundbuchverfahren zu berücksichtigen ist (vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 787; *Herrmann* in *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 61).

Die mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbundene Einsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 als Schlusserven zu gleichen Teilen in dem formwirksamen (§§ 2247, 2267 BGB) privatschriftlichen Ehegattentestament vom 25.1.1977 war wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB und damit für den Erblasser als überlebenden Ehegatten bindend. Die vorverstorbene Ehefrau des S hat diesen zu ihrem Alleinerben eingesetzt und damit ihre Kinder, die Beteiligten zu 1 bis 3, enterbt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung liegt es nahe, dass diese Regelung für den ersten Todesfall in einer Wechselwirkung dazu steht, dass der überlebende Ehegatte im Gegenzug dafür als Schlusserven die Kinder einsetzt. Wer sein Vermögen letztlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusservenbindung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird (vgl. OLG München, FGPrax 2010, 299, 300 = MittBayNot 2011, 156). Auch nach der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB wäre von der Wechselbezüglichkeit auszugehen.

Die Wechselbezüglichkeit erstreckt sich aber auch auf die im Testament vom 25.1.1977 enthaltene Pflichtteilsstrafklausel. Infolge dieser Klausel ist die Schlusservenbindung bedingt durch das Verlangen des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden (vgl. BGH, NJW 2006, 3064 f. = MittBayNot 2007, 223; BayObLG, NJW-RR 2004, 654, 655 = MittBayNot 2005, 50; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2269 Rdnr. 15). Mit dem Bedingungseintritt entfällt die Erbenstellung. Der Eintritt der auflösenden Bedingung kann auch noch nach dem Tod des Letztversterbenden herbeigeführt werden (BGH, a. a. O.; *Palandt/Weidlich*, a. a. O.). Da die Regelung der Pflichtteilsstrafklausel von der Schlusservenbindung nicht zu trennen ist, ist sie ein Bestandteil der wechselbezüglichen Erbeinsetzung und somit für den überlebenden Ehegatten bindend (BayObLG, NJW-RR 2004, 654, 656 = MittBayNot 2005, 50; *Lübbert*, NJW 1988, 2706, 2708; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2269 Rdnr. 35).

Aus alledem folgt, dass der in dem notariellen Testament vom 21.1.2010 erklärte Widerruf aller früheren letztwilligen Verfügungen gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB jedenfalls insoweit unwirksam ist, als er sich auf die auflösend bedingte Schlusservenbindung im gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 25.1.1977 bezieht.

Ob die in dem notariellen Testament vom 21.1.2010 enthaltene ausdrückliche Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 zu gleichen Teilen wirksam ist, hängt davon ab, ob eine der Beteiligten den Pflichtteil nach dem Tod der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Letztwillige Verfügungen des überlebenden Ehegatten, die einer früheren wechselbezüglichen Verfügung widersprechen, sind nämlich nur insoweit unwirksam, als sie die Rechte des durch die wechselbezügliche Verfügung Bedachten beeinträchtigen würden (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 14; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2271 Rdnr. 33;

Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 15 f.). Für den Fall, dass keine der Beteiligten den Pflichtteil nach der Mutter verlangt hat, würde sich die Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 25.1.1977 nicht auswirken, so dass durch die (dann nur wiederholende) Erbeinsetzung im notariellen Testament vom 21.1.2010 keine der Beteiligten beeinträchtigt würde; die Erbfolge ließe sich dann (auch) aus dem notariellen Testament vom 21.1.2010 herleiten. Falls aber eine der Beteiligten den Pflichtteil nach der Mutter verlangt haben sollte, wäre ihre Einsetzung zur Schluss-erbin entfallen; ihr Erbteil wäre den übrigen Beteiligten angewachsen, deren Erbquoten sich dadurch erhöht hätten; in diesem Falle wäre die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 zu gleichen Teilen im notariellen Testament vom 21.1.2010 eine Beeinträchtigung derjenigen Beteiligten, die den Pflichtteil nach der Mutter nicht gefordert haben (vgl. BayObLG, NJW-RR 2004, 654, 656 = MittBayNot 2005, 50); dann wäre die Erbeinsetzung in dem notariellen Testament vom 21.1.2010 unwirksam.

Dementsprechend besteht im vorliegenden Fall eine Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge. Die Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils muss durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, da sie Wirksamkeitsvoraussetzung für die beantragte Grundbuchberichtigung ist und es keinen Erfahrungssatz gibt, wonach Kinder in Fällen der vorliegenden Art nach dem erstverstorbenen Elternteil den Pflichtteil nicht verlangen (vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1994, 206, 207 = MittBayNot 1994, 156; OLG Köln, NJW-RR 2010, 665, 666). Allein der Umstand, dass der überlebende Ehegatte S in dem notariellen Testament vom 21.1.2010 die Beteiligten zu 1 bis 3 zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hat, genügt entgegen der Ansicht der Beteiligten als Nachweis nicht; vielmehr geht es gerade um die Überprüfung der Wirksamkeit dieser Verfügung.

Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, dass bei dieser Fallkonstellation i. d. R. die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 35 Rdnr. 39; *Schaub* in Bauer/von Oefele, a. a. O., § 35 Rdnr. 134; *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 119), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zum Nachweis der (negativen) Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils kann vielmehr auch eine vor einem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung genügen (LG Bochum, Rpfleger 1992, 194, 195; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 790 mit Fn. 39; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 108; letztlich offen gelassen vom OLG Frankfurt, Rpfleger 1994, 206, 207 = MittBayNot 1994, 156 und vom OLG Köln, NJW-RR 2010, 665, 666). Dafür spricht entscheidend, dass in Fällen der vorliegenden Art auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine entsprechende eidesstattliche Versicherung ausreichen lassen und der Erbscheinserteilung zugrundelegen würde (LG Bochum, a. a. O.; *Schöner/Stöber*, a. a. O.). Es entspricht gerade dem Gesetzeszweck des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, eine erleichterte Berichtigung ohne den Umweg über das Nachlassgericht zu ermöglichen. Für den vergleichbaren Fall, dass das Nichtvorhandensein weiterer Kinder bzw. Abkömmlinge nachzuweisen ist, wird außerdem eine eidesstattliche Versicherung ebenfalls für beachtlich gehalten (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 646 f. = FGPrax 1997, 48 ff. = Rpfleger 1997, 210 ff. = MittBayNot 1997, 105 ff.; OLG Schleswig, Rpfleger 1999, 533 = MittBayNot 2000, 114; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 114 f.; *Demharter*, a. a. O., § 35 Rdnr. 40; *Schaub* in Bauer/von Oefele, a. a. O., § 35 Rdnr. 138); es besteht kein Grund dafür, die vorliegende Fallkonstellation anders zu behandeln. Das Grundbuchamt dürfte also formgerechte eidesstattliche Versicherungen der Beteiligten nicht von vornherein als unbeacht-

lich zurückweisen, sondern müsste diese Urkunde(n) berücksichtigen. Ein Erbschein ist nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO allerdings nicht verzichtbar, wenn unter Einbeziehung der eidesstattlichen Versicherungen noch Zweifel verbleiben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhalts hinausgehen (Senat, a. a. O.). Nach dem derzeitigen Sachstand bestehen im vorliegenden Fall allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren weitere tatsächliche Ermittlungen durchzuführen hätte.

Um im vorliegenden Grundbucheintragungsverfahren die Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge nach dem am 24.6.2010 verstorbenen S zu schließen, hält der Senat eidesstattliche Versicherungen aller Beteiligten als Erbpräzedenzen für erforderlich (vgl. *Hügel/Wilsch*, a. a. O.). Jede der Beteiligten hat vor einem Notar sinngemäß an Eides statt zu versichern, dass weder sie selbst noch nach ihrem Kenntnisstand eine der übrigen Beteiligten den Pflichtteil nach der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Dieses bietet eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherungen, da sich eine Beteiligte, die den Pflichtteil nach der Mutter nicht verlangt hat, durch falsche Angaben zugunsten einer anderen Beteiligten nur selbst schädigen würde. Das Grundbuchamt wird im Falle der Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen zu prüfen haben, ob noch irgendwelche begründeten Zweifel hinsichtlich der Erbfolge nach S bestehen.

(...)

Anmerkung:

1. Der Beschluss des OLG Hamm betrifft einen Fall, in dem Ehegatten eine Pflichtteilsstrafklausel in ihr gemeinschaftliches Testament aufgenommen hatten. Es handelte sich offenbar um eine „automatische“ Ausschlussklausel: Die gemeinschaftlichen Kinder sollten nur dann zur Erbfolge nach dem länger lebenden Elternteil (als Schlusserben) berufen sein, wenn sie nach dem Tod des Erstversterbenden ihren Pflichtteilsanspruch nicht geltend gemacht hatten. Das gemeinschaftliche Testament war privatschriftlich verfasst worden.

Der überlebende Ehegatte testierte nach dem Tod seines Ehegatten in öffentlicher Form neu, jedoch nur in wiederholender Weise, er setzte also – wie schon im gemeinschaftlichen Testament geschehen – alle gemeinschaftlichen Kinder zu seinen Erben ein. Das alles wäre unproblematisch gewesen, wenn nicht das Grundbuchamt Bedenken gehabt hätte. Es verlangte im Hinblick auf § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO einen Nachweis darüber, dass der Pflichtteil nach dem erstversterbenden Teil nicht geltend gemacht wurde.

2. Die reine Pflichtteilsstrafklausel, die selbst nur enterbend wirkt, kann zwar nicht bindend oder wechselbezüglich vereinbart werden, wird sie aber mit einer Schlusserbenbestimmung verbunden, so ist sie eine auflösend bedingte Schlusserbeneinsetzung, die dann insgesamt bindend oder wechselbezüglich ist.

Wäre der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht worden, hätte der längerlebende Elternteil, der durch das gemeinschaftliche Testament in seiner Testierfreiheit beschränkt war (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB), dasjenige Kind, das durch die Pflichtteilsstrafklausel von der Erbfolge ausgeschlossen war, nicht zu seinem Erben einsetzen können.

3. Der vorliegende Fall wies also eine Lücke beim Grundbuchvollzug auf. Das Grundbuchamt verlangte zutreffend den Nachweis über den Eintritt oder Nichteintritt der auflösenden Bedingung. Die Tatsache, dass die Bindung des länger leben-

den Teils durch ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament eingetreten war, spielte dabei keine Rolle, da die Nachweisproblematik in gleicher Weise auch bei einem notariellen gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag aufgetreten wäre. Der Beschluss des OLG Hamm baut den Beteiligten eine „goldene Brücke“, indem nämlich eine eidesstattliche Versicherung darüber zugelassen wird, dass keines der Kinder nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil verlangt hat. Bei strenger Auffassung hätte man durchaus auch einen Erbschein verlangen könne (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39). Das OLG Hamm hat sich für die „milde Lösung“ ausgesprochen, dies im Hinblick darauf, dass auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren regelmäßig nur eine eidesstattliche Versicherung verlangen kann. Eine Erschwerung im Grundbuchverfahren tritt jedoch dadurch ein, dass das Gericht eine eidesstattliche Versicherung *aller* Beteiligten als Erbprätendenten für erforderlich hält.

4. Der Beschluss des OLG Hamm belegt, zu welchen Problemen es kommen kann, wenn Pflichtteilsstrafklauseln in ein gemeinschaftliches Testament oder in einen Erbvertrag aufgenommen werden. Die automatisch wirkende Ausschlussklausel ist über die vom OLG Hamm entschiedene Grundbuchproblematik hinaus mit zahlreichen Tücken verbunden. Sie verhindert, dass der längerlebende Teil individuell auf Veränderungen in seinem Umfeld reagieren kann. Es können sich, auch wenn ein Kind gegen den Willen des längerlebenden Elternteils den Pflichtteil geltend macht, neue Situationen ergeben, die zu einer abweichenden Beurteilung zwingen. Dies alles ist bei automatisch wirkenden Pflichtteilsklauseln nicht mehr möglich (vgl. dazu *J. Mayer* in Reimann/Bengel/*J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, Abschnitt A., Rdnr. 423 ff.). Zudem führen Pflichtteilsstrafklauseln zu einer Rechtsunsicherheit, da der Pflichtteilsanspruch erst nach drei Jahren verjährt und in dieser Zeit nicht feststeht, ob die auflösende Bedingung für die Schlusserbeneinsetzung eintreten wird oder nicht.

5. Automatisch wirkende Pflichtteilsstrafklauseln sind damit in der Gestaltungspraxis mit einer gewissen Zurückhaltung zu verwenden. Im Normalfall wird es genügen, wenn dem überlebenden Ehegatten durch Änderungsvorbehalt die Möglichkeit eingeräumt wird, auf das Pflichtteilsverlangen eines Kindes zu reagieren (*Langenfeld*, NJW 1987, 1577, 1581; *J. Mayer*, ZEV 1995, 136, 138 f.). Ist aber eine automatisch wirkende Pflichtteilsstrafklausel gewünscht, sind sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen wie auch die Rechtsfolgen zu definieren. Beim Tatbestand sollte klargestellt werden, ob das Verlangen des Pflichtteils oder die Erfüllung Voraussetzung ist, auch für die Form des Verlangens sollten Hürden vorgesehen werden. Gesagt werden müsste auch, ob ein Pflichtteilsverlangen im Einvernehmen mit dem längerlebenden Elternteil schädliche Auswirkungen hat oder nicht, um die erbschaftsteuerlichen Dispositionsmöglichkeiten des längerlebenden Teils zu vergrößern. Auf der Rechtsfolgeseite wäre zu regeln, ob durch den Wegfall des Kindes, welches den Pflichtteil verlangt, Anwachsung des freiwerdenden Erbteils erfolgt oder eine Ersatzberufung stattfindet.

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

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 161 Abs. 3; GmbHG §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 1 Satz 1; FamFG § 59 Abs. 2 (*Kein gutgläubiger Zweiterwerb eines aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils*)

- 1. Das Registergericht ist berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern solche nur ankündigt.**
- 2. Ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil kann nicht nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden.**

BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10

Der Rechtsbeschwerdeführer reichte in seiner Eigenschaft als Notar eine Liste der Gesellschafter der K. GmbH zum Handelsregister ein. In einer Spalte „Veränderungen“ war bei dem Geschäftsanteil einer der beiden Gesellschafterinnen vermerkt: „aufschiebend bedingt abgetreten“. Der Rechtsbeschwerdeführer bescheinigte zugleich, dass sich die Veränderung aufgrund seiner Urkunde vom 30.3.2010 ergeben habe und die Liste im Übrigen mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimme. Das Registergericht hat die Aufnahme der Liste in das Handelsregister abgelehnt, da sie keine bereits eingetretene Veränderung enthalte. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Beschwerde des Rechtsbeschwerdeführers zurückgewiesen. Mit seiner vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Rechtsbeschwerdeführer sein Begehren auf Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner weiter.

Das Beschwerdegericht (OLG Hamburg, ZIP 2010, 2097) hat ausgeführt: Stehe die Abtretung eines Geschäftsanteils unter einer aufschiebenden Bedingung, dürfe die Einreichung der bereinigten Gesellschafterliste erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen. Im Hinblick auf einen etwaigen gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten gemäß § 161 Abs. 3 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG müsse nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, auf die aufschiebend bedingte Abtretung hinzuweisen. Denn ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten vor Bedingungseintritt sei nicht möglich.

Aus den Gründen:

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag – hier Einreichung der Gesellschafterliste – am 30.3.2010, also nach Inkrafttreten der Neuregelung, bei Gericht eingegangen ist.

Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis des beteiligten Notars ergibt sich daraus, dass seine Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ohne Erfolg geblieben ist.

2. Die Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das OLG hat die Beschwerde des Notars gegen den angefochtenen Beschluss des Registergerichts zu Recht zurückgewiesen.

a) Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Nach dieser Vorschrift findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amts- und Landgerichte in „Angelegenheiten nach diesem Gesetz“ statt, also in Angelegenheiten nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).

Zu diesen Angelegenheiten gehört auch die in § 9 Abs. 1 HRV geregelte Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner; die in der Handelsregisterverordnung ergänzend geregelten Verfahrensvorschriften beruhen auf der Verordnungsermächtigung des § 387 Abs. 2 FamFG.

b) Der die Gesellschafterliste einreichende Notar ist auch dazu befugt, die Beschwerte im eigenen Namen einzulegen. Das folgt zwar nicht allein aus § 59 Abs. 2 FamFG. Danach steht die Beschwerde, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, allein dem Antragsteller zu. In Fällen des § 59 Abs. 2 FamFG müssen immer auch die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG erfüllt sein (BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rdnr. 9 = MittBayNot 2011, 323; Beschluss vom 11.4.2011, II ZB 9/10, ZIP 2011, 1054 Rdnr. 10; Beschluss vom 27.8.2003, XII ZB 33/00, FamRZ 2003, 1738, 1740 zu § 20 FGG; *Unger* in Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 2. Aufl., § 59 Rdnr. 25). Das ist hier aber der Fall. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in eigenen Rechten beeinträchtigt ist. Durch die Ablehnung des Registergerichts, die vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, wird (auch) der Notar in eigenen Rechten beeinträchtigt (BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rdnr. 9 = MittBayNot 2011, 323).

3. Das Registergericht hat zu Recht die Aufnahme der Gesellschafterliste vom 30.3.2010 in das Handelsregister abgelehnt, weil in diese keine bereits eingetretene Veränderung im Gesellschafterbestand eingetragen ist, sondern nur auf eine eventuelle Veränderung in der Zukunft hingewiesen wird.

a) Das Registergericht darf – obwohl es nur Verwahrstelle ist – die eingereichte Liste jedenfalls darauf prüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht (vgl. OLG München, ZIP 2009, 1911, 1912 = MittBayNot 2010, 68; ZIP 2009, 1421 = MittBayNot 2010, 64; OLG Bamberg, ZIP 2010, 1394 = MittBayNot 2010, 331; OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832 f.; *Wächter*, BB 2009, 2168, 2169; *Scholz/U. H. Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, § 40 Rdnr. 36; *Henssler/Strohn/Oetker*, GmbHG, § 40 Rdnr. 8; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 40 Rdnr. 15; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 75; *Wächter* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 40 Rdnr. 27; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 11; *Lücke/Simon* in Saenger/Inhester, GmbHG, § 40 Rdnr. 31; *Nedden-Boeger* in Schulte-Bunert/Weinreich, a. a. O., Anh. § 387 Rdnr. 5a; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1105; *Kölmel* in Bunne-mann/Zirngibl, Die GmbH in der Praxis, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 180; a. A. für die vorliegende Fallkonstellation Münch-KommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 247). Das Registergericht ist daher berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern solche nur ankündigt. Es steht nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Dem steht der auch insoweit geltende Grundsatz der Registerklarheit entgegen (OLG München, ZIP 2009, 1911, 1913 = MittBayNot 2010, 68; *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 407; *D. Maier*, ZIP 2009, 1037, 1042 f.; *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Wächter*, BB 2009, 2168, 2169). Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass eine in die Gesellschafterliste aufzunehmende Veränderung i. S. v. § 40 Abs. 1 GmbHG (bereits) ein-

getreten ist, das Gesetz aber keine zwingende Vorgabe macht, wie diese Veränderung in der Gesellschafterliste darzustellen ist. Deshalb kann beispielsweise die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft durch Durchstreichen der bisherigen laufenden Nummern und durch Veränderungsnachweise unter den neuen laufenden Nummern nicht beanstandet werden, wenn dadurch eine hinreichend klare Zuordnung der Geschäftsanteile gewährleistet ist (BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rdnr. 13 = MittBayNot 2011, 323).

b) Nach § 40 Abs. 1 GmbHG sind die Geschäftsführer verpflichtet, unverzüglich „nach Wirksamwerden jeder Veränderung“ in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste zum Handelsregister einzureichen. Hat ein Notar an Veränderungen i. S. v. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat er unverzüglich „nach deren Wirksamwerden“ ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln, § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Steht die Abtretung eines Geschäftsanteils unter einer aufschiebenden Bedingung, setzt die Verpflichtung des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut erst mit Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters, das heißt mit Bedingungseintritt, ein (*Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 172; *Scholz/U. H. Schneider*, a. a. O., Nachtrag MoMiG, § 40 Rdnr. 47, § 40 Rdnr. 39; *Henssler/Strohn/Oetker*, § 40 Rdnr. 19; *Wächter* in Bork/Schäfer, a. a. O., § 40 Rdnr. 49; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, a. a. O., § 40 Rdnr. 13; *Kölmel* in Bunne-mann/Zirngibl, a. a. O., § 9 Rdnr. 152; *Reichert/Weller* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 3.34; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 15). Die Einreichung einer Gesellschafterliste, in der eine Veränderung erst angekündigt wird, sieht das Gesetz nicht vor (ebenso OLG München, ZIP 2009, 1911, 1912 = MittBayNot 2010, 68; *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 407; *Omlor*, EWiR 2010, 83, 84; *Oppermann*, DB 2009, 2306, 2307 f.; *Osterloh*, NZG 2011, 495, 496; *Wächter*, BB 2009, 2168, 2169; *ders.* in Bork/Schäfer, a. a. O., § 40 Rdnr. 49).

Diese Auslegung nach dem Wortlaut entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers und der Entstehungsgeschichte der jetzigen Fassung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Die zuvor geltende Regelung des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F., nach der der Notar, der einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundet hatte, diese Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen hatte, wurde u. a. deshalb für unbefriedigend erachtet, weil danach die Anzeige des Notars an das Registergericht bereits vor dem Wirksamwerden einer Abtretung erfolgt sein konnte, also möglicherweise ins Leere ging, wenn die Abtretung nachträglich am Nichteintritt einer Bedingung oder Ähnlichem noch gescheitert war (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 44; *Scholz/U. H. Schneider*, a. a. O., § 40 Rdnr. 36).

4. Ein Teil des Schrifttums hält es allerdings für zulässig, dass der Notar unmittelbar nach einer aufschiebend bedingten Anteilsabtretung eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen darf, die der dort bisher eingestellten Liste entspricht, jedoch zusätzlich einen Hinweis auf die bedingte Anteilsabtretung enthält (sog. „Zwei-Listen-Modell“, vgl. *Herrler*, BB 2009, 2272, 2275 f.; *ders.*, ZIP 2011, 615, 616 f.; *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913, 1914 f.; *Reymann*, NJW 2010, 306; *Wicke*, DNotZ 2009, 871, 874; *ders.*, DB 2011,

1037, 1039; *Zinger/Erber*, NZG 2011, 286, 289 f.; Münch-KommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 247 f.). Dahinter steht das Bestreben, dem Ersterwerber nach einer aufschiebend bedingten Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils ein Mittel gegen einen gutgläubigen Erwerb dieses Anteils bei erneuter Abtretung durch den Veräußerer (Zweiterwerb) an die Hand zu geben.

Es kann dahinstehen, ob ein derartiges praktisches Bedürfnis, wenn es bestünde, eine Auslegung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG gegen ihren Wortlaut rechtfertigen könnte. Denn ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil kann nicht nach § 161 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden (ebenso neben dem Beschwerdegericht OLG München, ZIP 2009, 1911 = MittBayNot 2010, 68; ZIP 2011, 612 = MittBayNot 2011, 326; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065, 1068; *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403 f.; *Link*, RNotZ 2009, 193, 220; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1050; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 791 f.; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 691 f.; *Riemenschneider*, GmbHR 2009, 1212, 1214; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117 f.; *ders.*, NZG 2009, 1173, 1175; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 16 Rdnr. 29). Der im Schrifttum vertretenen gegenteiligen Auffassung (vgl. *Frenzel*, NotBZ 2010, 129; *ders.*, NotBZ 2011, 264, 265; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 283 f.; *ders.* in *Heckschen/Heidinger*, *Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis*, 2009, § 13 Rdnr. 141; *ders.*, GmbHR 2011, 428, 429; *Hellfeld*, NJW 2010, 411, 412; *Herrler*, BB 2009, 2272, 2275 f.; *ders.*, ZIP 2011, 615, 616; *Kamlah*, GmbHR 2009, 841, 843; *Klößner*, NZG 2008, 841, 842; *Maier-Reimer*, FS Graf von Westphalen, 2010, S. 489 ff.; *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652; *Osterloh*, NZG 2011, 495, 496 f.; *Schneider*, NZG 2009, 1167, 1168; *Schreiner/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wächter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; *ders.*, GmbHR 2009, 1216, 1217; *Wicke*, a. a. O., § 16 Rdnr. 20a; *ders.*, NotBZ 2009, 1, 15; *ders.*, DNotZ 2009, 871 f.; *ders.*, DB 2011, 1037, 1038 f.; *Heckschen*, *Das MoMiG in der notariellen Praxis*, 2009, Rdnr. 576; *Scholz/Seibt*, a. a. O., *Nachtrag MoMiG*, § 16 Rdnr. 79; *Henssler/Strohn/Verse*, § 16 Rdnr. 64; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 16 Rdnr. 63; *Pfisterer* in *Saenger/Inhester*, a. a. O., § 16 Rdnr. 34; *Staudinger/Bork*, BGB, *Bearbeitung* 2010, § 161 Rdnr. 15) vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Das in § 161 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende Prioritätsprinzip, das bisher den Ersterwerber nach einer bedingten Anteilsabtretung gegen einen Zweiterwerb geschützt hat, wurde durch die Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach § 16 Abs. 3 GmbHG mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nicht außer Kraft gesetzt. Die gegenteilige Auffassung beruft sich zu Unrecht auf den Wortlaut des § 161 Abs. 3 BGB. Danach finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Ob ein Gutgläubenserwerb eines Zweiterwerbers bei aufschiebend bedingter Übertragung eines Gegenstands grundsätzlich möglich ist, bestimmt sich jedoch nicht allein nach § 161 Abs. 3 BGB, sondern vorrangig nach denjenigen Vorschriften, die einen Gutgläuberschutz für den jeweiligen Verfügungsgegenstand vorsehen. Da § 161 Abs. 3 BGB pauschal auf alle „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, verweist, beantwortet sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein gutgläubiger Zweiterwerb möglich ist, nach den für den

Zweiterwerb des jeweiligen Verfügungsgegenstands maßgeblichen Vorschriften, für den Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils also nach § 16 Abs. 3 GmbHG (OLG München, ZIP 2011, 612, 613 f. = MittBayNot 2011, 326; *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 412; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 790; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 692; Münch-KommBGB/*Westermann*, 5. Aufl., § 161 Rdnr. 19; *Soergel/Wolf*, 13. Aufl., § 161 Rdnr. 11; *PWW/Brinkmann*, 5. Aufl., § 161 Rdnr. 9).

b) Nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist die Gesellschafterliste Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils. Die Rechtsscheinwirkungen des § 16 Abs. 3 GmbHG können nur so weit gehen, wie die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger den für den Rechtsverkehr maßgeblichen Vertrauenstatbestand begründen kann. Die Gesellschafterliste ist aber nicht geeignet, einen Rechtsschein dafür zu setzen, dass der in der Liste eingetragene Inhaber des Geschäftsanteils über diesen nicht bereits aufschiebend bedingt verfügt hat.

aa) Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG spricht dafür, dass die Gesellschafterliste nur eine Aussage über die Gesellschafterstellung trifft, nicht aber über die Belastung des Geschäftsanteils mit einem Anwartschaftsrecht. Der in § 16 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 GmbHG angesprochene Erwerb vom Nichtberechtigten wird im Hs. 2 dieser Vorschrift davon abhängig gemacht, dass der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist. Danach erfasst die Reichweite des Gutgläuberschutzes der Gesellschafterliste nur den guten Glauben an die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Gesellschafters. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person Gesellschafter ist (vgl. OLG München, ZIP 2011, 612, 614 = MittBayNot 2011, 326; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Bohrer*, DStR 2007, 995, 998; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 417 f.; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 790; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 688; *Zinger/Erber*, NZG 2011, 286, 287; *Heidinger* in *Heckschen/Heidinger*, a. a. O., § 13 Rdnr. 136; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 211, 275; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 16 Rdnr. 56; *Lücke/Simon* in *Saenger/Inhester*, a. a. O., § 40 Rdnr. 10). Auch nach der Gesetzesbegründung soll durch § 16 Abs. 3 GmbHG der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nur insoweit ermöglicht werden, als der Erwerber darauf soll vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist (vgl. Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38).

bb) Die Gesellschafterliste begründet dagegen keinen Vertrauenstatbestand für die Freiheit des Geschäftsanteils von Belastungen oder dafür, dass der Gesellschafter in seiner Verfügungsmacht über den Geschäftsanteil nicht durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt ist. Für die Beschränkung der Verfügungsmacht nach § 161 Abs. 1 BGB gilt nichts anderes.

Es entspricht der überwiegenden Auffassung, dass § 16 Abs. 3 GmbHG keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb in Bezug auf Pfandrechte oder Nießbrauchrechte an Geschäftsanteilen ermöglicht (OLG München, ZIP 2011, 612, 614 = MittBayNot 2011, 326; *Bohrer*, DStR 2010, 1892, 1894; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Heidinger*, GmbHR 2011, 428, 429; *Herrler*, ZIP 2011, 615; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; *Lieder*, AcP 210 [2010], 857, 900; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 688; *Schuller*, MittBayNot 2011, 328; *Wicke*, DB 2011, 1037, 1038; *Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, *Ergänzungsband MoMiG*, § 16 Rdnr. 132; *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, a. a. O., § 40 Rdnr. 27; *Scholz/*

Seibt, a. a. O., Nachtrag MoMiG, § 16 Rdnr. 73; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 16 Rdnr. 60; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 16 Rdnr. 26; *Stephan Brandes* in *Bork/Schäfer*, a. a. O., § 16 Rdnr. 38; *Pfisterer* in *Saenger/Inhester*, a. a. O., § 16 Rdnr. 2, 27; *Lücke/Simon* in *Saenger/Inhester*, a. a. O., § 40 Rdnr. 10 alle m. w. N.). Diese Fallgestaltungen unterscheiden sich von der hier zu beurteilenden zwar dadurch, dass Verfügungsbeschränkungen, die sich im Zusammenhang mit einem gutgläubig bedingungsreichen Zweiterwerb ergeben, anders als dingliche Belastungen nicht den Geschäftsanteil als solchen betreffen, sondern lediglich die Verfügungsmacht des Veräußerers. Es besteht aber im Wesentlichen auch Einigkeit darüber, dass u. a. der gute Glaube an die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen nicht geschützt ist. Die bei der GmbH häufig anzutreffende Vinkulierung von Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann nicht mithilfe der Gesellschafterliste, aus der diese Verfügungsbeschränkung nicht ersichtlich ist, überwunden werden (OLG München, ZIP 2011, 612, 615 = MittBayNot 2011, 326; *Bohrer*, DStR 2007, 995, 1003; *Hamann*, NZG 2007, 492, 494; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, § 16 Rdnr. 276; *ders.*, GmbHR 2011, 428, 429; *Herrler*, ZIP 2011, 615; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 197; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 418; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 786, 790; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1844; *Schuller*, MittBayNot 2011, 328; *Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, a. a. O., § 16 Rdnr. 134; *Scholz/Seibt*, a. a. O., Nachtrag MoMiG, § 16 Rdnr. 76; *Henssler/Strohn/Verse*, a. a. O., § 16 Rdnr. 63; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, a. a. O., § 16 Rdnr. 62; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, a. a. O., § 16 Rdnr. 57; *Pfisterer* in *Saenger/Inhester*, a. a. O., § 16 Rdnr. 27).

cc) Aus der Praxis im Grundbuchrecht, die die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen, auch der durch § 161 Abs. 1 BGB bewirkten, zulässt, denen gegenüber gutgläubiger Erwerb nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich ist (vgl. dazu BayObLG, NJW-RR 1986, 697 = MittBayNot 1986, 77; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 692; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, a. a. O., § 16 Rdnr. 29; *Staudinger/Gursky*, Neubearbeitung 2008, § 892 Rdnr. 243; MünchKommBGB/*Westermann*, a. a. O., § 161 Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 892 Rdnr. 17), ergibt sich nichts anderes. Eine § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Regelung, nach der eine Verfügungsbeschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam ist, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist, wurde in § 16 Abs. 3 GmbHG gerade nicht übernommen (vgl. *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1050; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 792). Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs lehnt sich § 16 Abs. 3 GmbHG nur teilweise an § 892 BGB an (BT-Drucks. 16/6140, S. 38; vgl. *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 412), wie u. a. auch daraus deutlich wird, dass in § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG teilweise das Veranlasserprinzip verankert ist, in § 892 BGB aber nicht. Einen vollständigen Gleichlauf von § 892 BGB und § 16 Abs. 3 GmbHG hat der Gesetzgeber nicht gewollt und für die Erreichung des gesetzgeberischen Ziels, den an der Abtretung eines Geschäftsanteils beteiligten Personen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft zu ersparen, auch als nicht erforderlich erachtet (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38). Hiervon abgesehen erstreckt sich der den gutgläubigen Erwerb rechtfertigende Rechtsschein des Grundbuchs nach herrschender Meinung auch nur auf eintragungsfähige Rechte und Verfügungsbeschränkungen (vgl. *Lieder*, AcP 210 [2010], 857, 881; MünchKommBGB/*Kohler*, 5. Aufl., § 892 Rdnr. 3 und 12).

dd) Soweit die Gegenmeinung für ihre Ansicht anführt, nach dem der Regelung des § 161 Abs. 3 BGB zugrundeliegenden

Grundgedanken könne es nicht sein, dass der gutgläubige Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils bei einem Erwerb vom (noch) Berechtigten weniger geschützt sei als beim Erwerb vom (gänzlich) Nichtberechtigten oder dass ein nicht in die Gesellschafterliste eingetragener aufschiebend bedingter Erwerber besser gegen den gutgläubigen Verlust seiner Rechtsstellung geschützt sei als der nicht eingetragene Vollrechtsinhaber, wird dem oben bereits dargelegten Umstand nicht hinreichend Rechnung getragen, dass der gute Glaube auch bei § 161 Abs. 3 BGB nur in dem von den gesetzlichen Vorschriften gezogenen Rahmen geschützt ist, die über § 161 Abs. 3 BGB zur Anwendung kommen. Hierzu gehört, dass ein geeigneter Rechtsscheinträger vorhanden sein muss, der den für den Rechtsverkehr maßgeblichen Vertrauensstatbestand begründet. Das Anwartschaftsrecht des Ersterwerbers (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21.3.1996, III ZR 106/95, BGHZ 132, 218, 222 = MittBayNot 1996, 303) ist stärker geschützt als sein Vollrecht, weil die Gesellschafterliste über § 161 Abs. 3 BGB den durch § 161 Abs. 1 BGB vermittelten Schutz bei aufschiebend bedingten Verfügungen nicht relativiert (so zu Recht *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 791).

ee) Aus den dargelegten Gründen greift auch der Einwand nicht durch, bei einer Ablehnung des gutgläubigen bedingungsreichen Zweiterwerbs werde das gesetzgeberische Ziel, die bei der Abtretung gebotenen Prüfungen zu vereinfachen und die damit verbundenen Kosten zu senken, verfehlt. Angesichts der aufgezeigten Grenzen der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste hinsichtlich dinglicher Belastungen und im Gesellschaftsvertrag angeordneter Verfügungsbeschränkungen kann dieses Ziel ohnehin nur eingeschränkt erreicht werden. Diese Beschränkung hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Trotz intensiver Diskussion im Gesetzgebungsverfahren wurde der gutgläubige Erwerb in Bezug auf Pfandrechte oder Nießbrauchrechte an Geschäftsanteilen nicht in den Regelungsbereich des § 16 Abs. 3 GmbHG aufgenommen (vgl. die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 211, 21 Rdnr. 37; hierzu *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 794; *Scholz/Seibt*, a. a. O., Nachtrag MoMiG, § 16 Rdnr. 73 f.; *Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Winter*, a. a. O., § 16 Rdnr. 124 und 132).

Anmerkung:

Die Besprechungsentscheidung des BGH ist für die Praxis der GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen von erheblicher praktischer Bedeutung (siehe Anmerkungen dazu von *Bayer*, GmbHR 2011, 1254; *Jeep*, DNotZ 2011, 447; *Reichard*, GWR 2011, 519). Mag man der Entscheidung zustimmen oder sie ablehnen. In jedem Fall ist es für die Praxis der Vertragsgestaltung zu begrüßen, dass die Entscheidung nunmehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Reichweite des Gutgläubenschutzes beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bringt. Der BGH-Beschluss vom 20.9.2011 hat sowohl eine dogmatische Komponente als auch eine rein praktische Seite. Beide Aspekte sollen im Rahmen dieser Anmerkung kurz beleuchtet werden.

Aus Sicht des Praktikers führt die BGH-Entscheidung vom 20.9.2011 zur weitgehenden Entwertung der Bedeutung des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG. Die Einführung des gutgläubigen Erwerbs sollte einen Käufer oder sonstigen Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils in seinem Vertrauen in die Inhaberschaft des Geschäftsanteils durch den Verkäufer schützen. Das Vertrauen in die Lastenfreiheit sollte hingegen nach der klaren Entscheidung des Gesetzgebers nicht geschützt werden (so überzeugend der BGH, siehe

Rdnr. 18; *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1255). Nach der Entscheidung des BGH handelt es sich jetzt nur noch um einen Scheinschutz. Das Vertrauen eines Erwerbers in die Inhaberschaft des Geschäftsanteils wird nicht mehr wirksam geschützt. Denn der arglistig bereits vorher an einen Dritten verfügende Doppelverkäufer steht zu Recht zwar noch in der Gesellschafterliste als Rechtsinhaber. Wenn die Bedingung aus dem Erstkauf jedoch eintritt, verliert der Zweitkäufer gleichwohl seine Inhaberschaft bzw. erwirbt diese nicht. Die praktische Bedeutung der Gesellschafterliste für den Käufer ist damit reduziert worden. Darauf sollte der Notar jeden Käufer von GmbH-Geschäftsanteilen hinweisen. Durch die Hintertür wird der Verkehrsschutz weiter ausgehöhlt, als dies erforderlich gewesen wäre. Das Käuferrisiko lässt sich nur noch reduzieren, indem der Kaufpreis für längere Zeit auf einem Notaranderkonto verwahrt wird, während derer der Zweitkäufer abwarten kann, ob eine Listenveränderung in der Wartezeit noch eintritt. Wirkliche Sicherheit bringt dies jedoch auch nicht, da der Bedingungseintritt auch noch nach der Auszahlung vom Notaranderkonto eintreten kann und die Wartezeit daher nie lang genug sein kann.

Die BGH-Entscheidung bringt für die Praxis jedoch auch eine wesentliche Erleichterung. Da der BGH einen gutgläubigen Zweiterwerb ausschließt, kann die Praxis sich von Gestaltungsüberlegungen wie dem „Zwei-Listen-Modell“ (siehe *Herrler*, BB 2009, 2272, 2275 f.; *Herrler*, ZIP 2011, 615, 616 f.; *König/Bormann*, ZIP 2009, 1913, 1914 f.; *Reymann*, NJW 2010, 306; *Wicke*, DNotZ 2009, 871, 874; *Wicke*, DB 2011, 1037, 1039; *Zinger/Erber*, NZG 2011, 286, 289 f.) oder dem „Widerspruchsmodell“ (siehe *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301, LG Köln vom 16. 6. 2009, 88 T 13/09 = MittBayNot 2010, 70; *Greitemann/Bergjan* in FS Pöllath + Partners, 2008, S. 271, 287; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; *Maier-Reimer*, FS Graf von Westphalen, 2010, S. 489, 498 ff.; *Löbbe* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 16 Rdnr. 185) verabschieden. Das Widerspruchsmodell ist zwar nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung. Da der BGH die Verfügungsbefugnis nicht als Inhalt des Schutzes der Gesellschafterliste ansieht, ist auch ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste nicht möglich (ebenso *Reichard*, GWR 2011, 519). Er ist auch nicht mehr erforderlich, da der zu spät kommende Käufer sowieso nicht (gutgläubig) erwerben würde. Ebenso bedarf es nicht mehr des sog. „Unterschriften- oder Verfügungsmodells“ nach *D. Mayer* (ZIP 2009, 1037, 1051).

Zu begrüßen ist die Entscheidung des BGH im Hinblick auf die Fälle der vorweggenommenen Erbfolge mit Veräußerungsbeschränkungen, die durch bedingte Rückforderungsrechte gesichert werden. Sofern der Erwerber nur mit Zustimmung des Veräußerers verfügen darf, kann dies nunmehr wirkungsvoll durch aufschiebend bedingte Rückverfügung i. S. d. § 161 Abs. 1 BGB gesichert werden. Bis zur Entscheidung des BGH bestand insofern hingegen das Risiko des gutgläubigen Erwerbs nach § 161 Abs. 3 BGB durch einen Drittkäufer. Dies hätte man bis dahin nur durch das Zwei-Listen-Modell oder das Widerspruchsmodell vermeiden können.

Der BGH hat einerseits das Prüfungsrecht der Registergerichte in seiner Entscheidung gestärkt (Rdnr. 10; siehe dazu *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 356) und gleichzeitig festgestellt, dass es nicht im Belieben der Beteiligten oder des Notars stehe, die Liste um weitere sinnvolle Angaben zu ergänzen (Rdnr. 10). Damit ist aber weiter ungeklärt, ob und inwieweit beispielsweise weiterhin Veränderungspalten, Hinweispalten, %-Angaben (siehe *Jeep*, DNotZ 2011, 948, kritisch zum Prüfungsrecht), Hinweise auf Nießbrauch, Pfandrecht und dergleichen möglich oder ein Rückweisungsgrund sind (zurückhaltend OLG München, Urteil

vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09, MittBayNot 2010, 68 f.; insoweit zustimmend *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 363).

Dogmatisch lässt sich über die Richtigkeit der BGH-Entscheidung streiten; teilweise wird sie als vergebene Chance für erhöhten Verkehrsschutz eingestuft (siehe *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1257). Der BGH hätte durch eine gegenteilige Entscheidung die Gesellschafterliste und damit den Verkehrsschutz aufwerten und mit mehr Leben füllen können. Die Wiederholung der jeweiligen Argumente erübrigt sich, da diese schon in zahlreichen Aufsätzen, mit denen der BGH sich gründlich auseinandersetzt, ausgetauscht wurden. In jedem Fall bleibt es unbefriedigend, dass der aufschiebend bedingt Erwerbende besser geschützt ist als der zu Unrecht nicht in der Liste eingetragene Eigentümer und dass der gutgläubige Erwerb vom gar nicht Berechtigten möglich sein soll, nicht aber von dem in der Liste eingetragenen Inhaber, der aber bereits bedingt über seinen Anteil verfügt hat (siehe auch *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1257).

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

10. GmbHG § 40 (*Testamentsvollstreckervermerk in Gesellschafterliste unzulässig*)

Das Registergericht ist berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die einen Testamentsvollstreckervermerk enthält.

OLG München, Beschluss vom 15.11.11, 31 Wx 274/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Nachdem ein bisheriger Mitgesellschafter der GmbH verstorben war, reichte die Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, eine vom Notar elektronisch beglaubigte neue Gesellschafterliste ein. Diese enthielt anstelle des bisherigen Gesellschafters dessen Erben in Erbengemeinschaft. Zudem enthielt die Gesellschafterliste im Anschluss an die Namen der Erben einen Vermerk folgenden Wortlauts: „Testamentsvollstreckung als Dauertestamentsvollstreckung ist angeordnet. Gemeinschaftlich zur Vertretung berechnete Testamentsvollstreckter sind...“

Das AG hat mit Beschluss vom 12.5.2011 die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner zurückgewiesen. Das AG macht dabei geltend, die Testamentsvollstreckung sei im GmbHG nicht genannt, es bestehe daher keine gesetzliche Pflicht, diese zu verlautbaren. Die Aufnahme der Testamentsvollstreckung stehe dem Grundsatz der Registerklarheit entgegen. Dieser Vermerk sei als Beschränkung der Verfügungsbefugnis nicht eintragungsfähig, auch wenn es einen Ermessensspielraum gebe, welche zusätzlichen Eintragungen im Handelsregister verlaubar werden.

Die dagegen eingelegte Beschwerde vom 8.6.2011 bringt dagegen vor, die Testamentsvollstreckung sei zwar nicht eintragungspflichtig, aber doch eintragungsfähig. In der Rechtsprechung sei die Möglichkeit eines zusätzlichen Vermerks in der Gesellschafterliste bejaht worden. Die Verlautbarung der Verfügungsbefugnis durch das Register sei sinnvoll, da die Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG Rechtsscheinsträger sei.

Dieser Beschwerde hat das AG mit Beschluss vom 9.6.2011 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Das Registergericht hat zu Recht die Aufnahme der Gesellschafterliste vom 2.5.2011 in das Handelsregister abgelehnt, weil diese neben den Erben als neue Gesellschafter auch einen Testamentsvollstreckervermerk enthielt, der nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen werden kann.

1. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass das Registergericht – obwohl es nur Verwahrstelle ist – zu prüfen hat, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen, insbesondere des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, vorliegen (BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10 zitiert nach juris m. w. N. = MittBayNot 2012, 149 (in diesem Heft)). So legt § 40 Abs. 1 GmbHG fest, dass aus der Liste der Gesellschafter deren Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sein müssen.

Eine Gesellschafterliste, die nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG entspricht, hat das Registergericht zurückzuweisen (OLG München, NZG 2009, 797 = MittBayNot 2010, 64).

Zutreffend trägt die Beschwerde vor, dass auch die Eintragung nicht vom Gesetz als eintragungsfähig bestimmter oder zugelassener Tatsachen und Rechtsverhältnisse grundsätzlich in Betracht kommen kann. So ist, wenn das Gesetz keine zwingende Vorgabe macht, wie eine Veränderung in der Gesellschafterliste darzustellen ist, ein entsprechender Vermerk möglich. Deshalb wird beispielsweise die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft durch Durchstreichen der bisherigen laufenden Nummern und durch Veränderungsnachweise unter den neuen laufenden Nummern zugelassen, wenn dadurch eine hinreichend klare Zuordnung der Geschäftsanteile gewährleistet ist (BGH, NZG 2011, 516, 517 = MittBayNot 2011, 323 sowie für ähnliche Fälle OLG Jena, GmbHR 2010, 598 = NZG 2010, 591).

Im Übrigen ist jedoch mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts bei der Annahme gesetzlich nicht geregelter Eintragungen Zurückhaltung geboten (vgl. BGH, GmbHR 1992, 253, 256 = MittBayNot 1992, 218). Daher steht es nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen (BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10 zitiert nach juris = MittBayNot 2012, 149 (in diesem Heft)). Bei der Frage, welche Vermerke in die Gesellschafterliste eingetragen werden können, ist nämlich auch der Grundsatz der Registerklarheit zu beachten (BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10 zitiert nach juris = MittBayNot 2012, 149 (in diesem Heft); OLG München, ZIP 2009, 1911, 1913 = MittBayNot 2010, 68). Das Registergericht ist daher berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht nur Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern auch Vermerke enthält, die nicht vom Gesetz vorgesehen sind und das Register unübersichtlich machen oder sonst unnötig belasten.

2. Die Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks in einer Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG ist in der Literatur ebenso umstritten wie die – insofern vergleichbare – Aufnahme eines Testamentsvollstreckervermerks beim Anteil eines Kommanditisten im Handelsregister.

a) In dem von der Beschwerde zitierten Aufsatz von *Zinger* und *Urich-Erber* (NZG 2011, 286 ff.) wird darauf hingewiesen, dass es zwar keine gesetzliche Pflicht einer solchen Eintragung in der Gesellschafterliste gibt, da die Anordnung der Testamentsvollstreckung im GmbHG nicht genannt ist. Allerdings sei entweder in Analogie zum Grundbuchrecht (§ 52 GBO) oder unter Heranziehung der handelsrechtlichen Grundsätze eine solche Eintragung konsequent. Zumindest bestünde aber ein Bedürfnis dafür und daher ein Recht zur Eintragung, da andernfalls ein gutgläubiger Erwerb vom nichtberechtigten Erben möglich sei.

Im Gegensatz dazu hält *Wächter* (DB 2009, 159) die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks nicht für zulässig, da Belastungen in der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht vermerkt werden. Auch *Päfgen* (in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, § 40 Rdnr. 27) folgert dies aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, der die Art der offenlegungspflichtigen und offenlegungsfähigen Veränderungen abschließend festlege.

b) Auch im Fall der Anordnung einer Testamentsvollstreckung für Erben, die als Gesellschafter einer OHG oder KG nachrücken, ist die Zulässigkeit eines entsprechenden Eintrags in der Gesellschafterliste sehr umstritten. Relevant erscheint hier vor allem das Meinungsbild hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit eines Vermerks über die Testamentsvollstreckung am Anteil eines Kommanditisten ob der ähnlichen beschränkten Haftung wie beim Gesellschafter einer GmbH.

Soweit ein solcher Vermerk für zulässig erachtet wird (z. B. *Ulmer*, NJW 1990, 81 ff.; *Muscheler*, Die Haftung des Testamentsvollstreckers, 1994, 478; *Schlegelberger/Schmidt*, HGB, 5. Aufl., § 139 Rdnr. 50), wird dies vor allem mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer entsprechenden Publizität begründet.

Dagegen lehnt die wohl herrschende Meinung die Eintragung eines solchen Vermerks beim Anteil des Kommanditisten ab (KG, MittBayNot 1996, 53 m. w. N.). So sei zum einen mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts bei der Zulassung von gesetzlich nicht geregelten Eintragungen Zurückhaltung geboten. Zudem bestünde kein Bedürfnis für eine solche Eintragung, da das Handelsregister keine Aussage über etwaige Beschränkungen der Verfügungsbefugnis enthalte. Zum Schutz des Rechtsverkehrs sei der Vermerk daher nicht erforderlich. Auch sei ein solcher Vermerk nicht notwendig zur Vornahme oder Mitwirkung bei Entscheidungen in Angelegenheiten der KG, da ein Kommanditist keine Entscheidungsbefugnisse hat, die für das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten Bedeutung haben könnten.

3. Der Senat schließt sich der Ansicht an, dass eine Aufnahme des Testamentsvollstreckervermerks in der Gesellschafterliste nicht möglich ist, da zum einen keine ausreichende rechtliche Grundlage, zum anderen auch keine Notwendigkeit für einen solchen Vermerk besteht.

a) Auch wenn das GmbHG die Testamentsvollstreckung nicht zu den eintragungspflichtigen Tatsachen erklärt, kann nicht auf § 52 GBO in analoger Anwendung zurückgegriffen werden.

Schon eine planwidrige Regelungslücke kann nicht bejaht werden. Das GmbHG schließt nämlich – worauf die Beschwerde hinweist – die Möglichkeit nicht aus, nicht eintragungspflichtige Tatsachen in die Gesellschafterliste aufzunehmen, wenn sich dies erforderlich zeigt. Im Übrigen wurde, worauf der BGH (BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10, zitiert nach juris = MittBayNot 2012, 149 (in diesem Heft)) hinweist, eine § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Regelung, nach der eine Verfügungsbefugnis dem Erwerber gegenüber nur wirksam ist, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich ist, in § 16 Abs. 3 GmbHG gerade nicht übernommen.

Im Übrigen könnte eine Lücke, sollte sie bejaht werden, auch nicht mit der analogen Anwendung des § 52 GBO geschlossen werden, denn es bestehen wesentliche Unterschiede zwischen dem einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitskontrolle unterzogenen Inhalt des Grundbuchs und dem daran anknüpfenden guten Glauben und der privat geführten Gesellschafterliste; ein Gleichlauf scheidet daher aus (vgl. BT-Dr. 16/6140 zu Nr. 15).

b) Soweit die Aufnahme des Testamentsvollstreckers in die Gesellschafterliste unter Berufung darauf gestützt wird, dass unter Umständen Vermerke über Tatsachen zumindest eintragungsfähig seien, und auf ein entsprechendes Erfordernis für den Rechtsverkehr verwiesen wird, überzeugen diese Argumente nicht.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist – worauf *Zinger* und *Urich-Erber* (NZG 2011, 286, 289) richtig hinweisen – eine bloße Verfügungsbeschränkung. Der Inhalt der Gesellschafterliste ermöglicht aber zwar den Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten, schützt jedoch gerade nicht den guten Glauben in Bezug auf die Existenz des Geschäftsanteils, seine Lastenfreiheit (BT-Drs. 16/6140 zu Nr. 15; *Wicke*, § 16 Rdnr. 15, 16) und auch nicht auf die Verfügungsbefugnis des Gesellschafters und die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen (BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10, zitiert nach *juris* = MittBayNot 2012, 149 (in diesem Heft); OLG München, FGPrax 2011, 139, 140 = MittBayNot 2011, 326).

Da ein Erwerber damit keinen guten Glauben an die Befugnis des Erben haben kann, seinen Geschäftsanteil zu übertragen, ist ein Vermerk, der diesen guten Glauben ausschließen soll, daher nicht erforderlich.

c) Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, die, bei der Abwägung des Bedürfnisses des Rechtsverkehrs an einem entsprechenden Vermerk einerseits und dem Grundsatz der Registerklarheit andererseits, für einen solchen Vermerk sprechen.

So sieht der Senat auch kein Erfordernis aufgrund von angeblichen Kompetenzen des Testamentsvollstreckers gegenüber Dritten. Der Gesellschafter einer GmbH hat nämlich keine Entscheidungsbefugnisse, die für das Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten Bedeutung haben könnten. Gerade darauf käme es aber an, wenn die Publizitätsfunktion der Gesellschafterliste ein Erfordernis der Eintragung darstellen soll.

d) Auch ist keine entsprechende Anwendung der handelsrechtlichen Vorschriften geboten, wie von *Zinger* und *Urich-Erber* (NZG 2011, 286 ff.) gefordert. Mit der Aufnahme in die Gesellschafterliste nach GmbHG ist die Eintragung des Kommanditisten im Handelsregister vergleichbar. Aber auch dort gebietet die Publizität gerade keine Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks, wie das KG (MittBayNot 1996, 53, 54) zutreffend ausführt. Die Gründe, die das KG dort anführt, entsprechen denen, die nach Auffassung des Senats auch gegen eine Eintragungsfähigkeit in der Gesellschafterliste sprechen.

e) Da zu besorgen ist, dass die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in der Gesellschafterliste zur Unübersichtlichkeit derselben führen kann, wogegen Vorteile für den Rechtsverkehr nicht evident sind, ist dem Grundsatz der Registerklarheit der Vorzug zu geben. Eine Eintragungsfähigkeit eines Testamentvollstreckervermerks in der Gesellschafterliste ist daher abzulehnen.

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 Art. 2, 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 Satz 2 lit. c, 5; ZVG § 15; InsO §§ 49, 80; ZPO §§ 724, 750 (*Erfordernis der Titelum-schreibung auf einen englischen Trustee bei Zwangsvollstreckung in ein deutsches Grundstück nach Eröffnung eines englischen Insolvenzverfahrens*)

- Die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren (ABl. EG 2000 Nr. L 160 S. 1) gehen in ihrem Anwendungsbereich den Vorschriften des in §§ 335 ff. InsO geregelten deutschen Internationalen Insolvenzrechts vor; deshalb richten sich die Befugnisse des Insolvenzverwalters nach dem Recht des Staates, in welchem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.**
- Nach der Eröffnung des englischen Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines deutschen Schuldners darf die Zwangsversteigerung eines zur Masse gehörenden, in Deutschland belegenen Grundstücks, grundsätzlich nur angeordnet werden, wenn zuvor die vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels auf den englischen Insolvenzverwalter umgeschrieben und diesem zugestellt worden ist.**

BGH, Beschluss vom 3.2.2011, V ZB 54/10

Der Beteiligte zu 2 ist Eigentümer eines Grundstücks in L. Im Jahr 2008 wurde durch den Croydon County Court, England, das Insolvenzverfahren („bankruptcy“) über sein Vermögen eröffnet und der Beteiligte zu 3 zum Insolvenzverwalter („trustee“) bestellt. Die Eröffnung des Verfahrens wurde in das Grundbuch eingetragen.

Ohne vorherige Titelum-schreibung beantragte die Beteiligte zu 1 im September 2009 aufgrund eines zu ihren Gunsten bestehenden Grundpfandrechts die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Das AG hat den Antrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Beteiligte zu 1 die Anordnung der Zwangsversteigerung erreichen.

Aus den Gründen:

II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts sind die Voraussetzungen für die Versteigerungsanordnung nicht gegeben. Notwendig seien eine Umschreibung des Vollstreckungstitels auf den Beteiligten zu 3 und eine Zustellung an diesen, weil durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Wechsel in der Verfügungsbefugnis über das Grundstück stattgefunden habe. Das gelte auch bei einem ausländischen Insolvenzverfahren, denn es sei nicht ersichtlich, dass der ausländische Insolvenzverwalter schlechter gestellt sein solle als der inländische.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

(...)

2. Auch die weiteren Einwände der Beteiligten zu 1 sind nicht begründet. Der Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung ist zu Recht zurückgewiesen worden, weil der Vollstreckungstitel bislang nicht auf den Beteiligten zu 3 umgeschrieben und diesem danach zugestellt worden ist.

a) Die Anordnung der Zwangsversteigerung nach § 15 ZVG (i. V. m. § 869 ZPO) erfordert – wie jede andere Maßnahme der Zwangsvollstreckung – das Vorliegen der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen. Erforderlich sind daher eine vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels (§ 724 Abs. 1 ZPO) und dessen Zustellung an den Schuldner (§ 750 Abs. 1 ZPO).

b) Daran ändert sich nichts, wenn über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist und der Gläubiger wegen eines dinglichen Befriedigungsrechts, aufgrund dessen ihm nach § 49 InsO ein Absonderungsrecht zusteht, die Zwangsversteigerung eines dem Schuldner gehörenden Grundstücks betreibt. Allerdings bedarf es in diesem Fall vor der Anordnung der Zwangsversteigerung zunächst entsprechend § 727 ZPO (i. V. m. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO) einer Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Insolvenzverwalter sowie einer den Anforderungen des § 750 Abs. 2 ZPO genügenden Zustellung an diesen (vgl. Senat, Beschluss vom 14.4.2005, V ZB 25/05, DNotZ 2005, 840, 841 m. w. N.; OLG Hamm, OLGZ 1965, 298, 300 f.; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 727 Rdnr. 28 m. w. N.; *Stöber*, ZVG, 19. Aufl., § 15 Anm. 23.9 m. w. N.). Das hat seinen Grund darin, dass allein der Insolvenzverwalter wegen der nach § 80 Abs. 1 InsO auf ihn übergegangenen Verwaltungs- und Verfügungsrechte Adressat einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme sein kann (Senat, Beschluss vom 14.4.2005, V ZB 25/05, a. a. O.).

c) Diese Anforderungen gelten auch in dem hier vorliegenden Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beteiligten zu 2 durch ein englisches Gericht.

aa) Allerdings lässt sich das Erfordernis, die vollstreckbare Ausfertigung auf den Insolvenzverwalter umzuschreiben und diesem zuzustellen, nicht auf die Vorschrift in § 80 InsO stützen. Denn die Stellung des Insolvenzverwalters beurteilt sich, auch soweit in Deutschland belegenes Vermögen des Schuldners betroffen ist, nach englischem Recht.

(1) Welche Rechtsvorschriften auf das grenzüberschreitende Insolvenzverfahren zur Anwendung gelangen, richtet sich nach den Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren (ABl. EG 2000 Nr. L 160 S. 1) in der zuletzt durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 210/2010 des Rates vom 25.2.2010 (ABl. EU 2010 Nr. L 65 S. 1) geänderten Fassung (nachfolgend Europäische Insolvenzverordnung oder EuInsVO). Diese gehen in ihrem Anwendungsbereich den Vorschriften des in §§ 335 ff. InsO geregelten deutschen Internationalen Insolvenzrechts vor (*MünchKommInsO/Reinhart*, 2. Aufl., vor §§ 335 ff. Rdnr. 84 m. w. N.; vgl. auch OLG Stuttgart, ZInsO 2007, 611, 614). Der räumliche Anwendungsbereich der Verordnung ist eröffnet (vgl. ihren 32. Erwägungsgrund). Auch die sachlichen Anwendungsvoraussetzungen gemäß Art. 1 Abs. 1 EuInsVO sind gegeben. Bei dem über das Vermögen des Beteiligten zu 2 eröffneten Verfahren der „bankruptcy“ handelt es sich um eines der in Art. 2 Buchstabe a EuInsVO i. V. m. Anhang A der Verordnung genannten Insolvenzverfahren. Der Beteiligte zu 3 gehört als „trustee“ zu den in Art. 2 Buchstabe b EuInsVO i. V. m. Anhang C der Verordnung bezeichneten Verwaltern.

(2) Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe c EuInsVO richten sich die jeweiligen Befugnisse des Insolvenzverwalters nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung, vorliegend also nach englischem Recht. Die Regelung des § 80 InsO käme daher gemäß Art. 28 EuInsVO nur insoweit zur Anwendung, als in Deutschland ein weiteres (Sekundär-)Insolvenzverfahren i. S. v. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO eröffnet und hierfür ein zusätzlicher (Sekundär-)Insolvenzverwalter bestellt worden wäre, dessen Befugnisse sich – entsprechend der die universale Geltung des Hauptverfahrens einschränkenden Wirkung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (EuGH, ZIP 2010, 187, 188 Rdnr. 22) – ausschließlich auf das im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland belegene Vermögen des Beteiligten zu 2 erstrecken würden. Dass ein solches Verfahren

hier eröffnet wurde, geht aus der Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht hervor. Auch der darin in Bezug genommene Grundbuchvermerk weist für das von dem Versteigerungsantrag betroffene Grundstück lediglich die Eröffnung des englischen (Haupt-)Insolvenzverfahrens aus.

bb) Der Umstand, dass sich die Befugnisse des Beteiligten zu 3 hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundstücks nach englischem Recht bestimmen, schließt indes die Notwendigkeit einer Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht aus. Denn auch das englische Recht verleiht dem Insolvenzverwalter eine Rechtsstellung, aufgrund derer sich die von der Beteiligten zu 1 beabsichtigte Zwangsversteigerung gegen den Beteiligten zu 3 richtet.

(1) Zu einer dahingehenden rechtlichen Beurteilung ist der Senat befugt, obwohl das Beschwerdegericht die Anwendbarkeit englischen Rechts nicht in Erwägung gezogen hat. Denn es handelt sich nicht um eine dem Rechtsbeschwerdegericht gemäß §§ 576 Abs. 3 560 ZPO grundsätzlich entzogene Nachprüfung der Feststellungen des Beschwerdegerichts über das Bestehen und den Inhalt einer nach § 576 Abs. 1 ZPO nicht revisiblen ausländischen Norm, sondern um die Anwendung einer in den Vorinstanzen übersehenen Vorschrift auf einen festgestellten Sachverhalt (vgl. Senat, Urteil vom 30.4.1957, V ZR 75/56, BGHZ 24, 159, 164; vom 23.10.1963, V ZR 146/57, BGHZ 40, 197, 201; BGH, Urteil vom 12.11.2003, VIII ZR 268/02, NJW-RR 2004, 308, 310 m. w. N. – jeweils zur Revision). Darauf, ob die für das Revisionsverfahren geltende Vorschrift in § 545 ZPO in der durch das FGG-Reformgesetz (vom 17.12.2008, BGBl. I, S. 2586) geänderten Fassung nunmehr eine revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit des ausländischen Rechts eröffnet (offen gelassen von BGH, Urteil vom 12.11.2009, Xa ZR 76/07, NJW 2010, 1070, 1072 Rdnr. 21 m. w. N.) und sich hieraus auch Auswirkungen für den Prüfungsumfang des Rechtsbeschwerdegerichts ergeben (bejahend *Zöller/Geimer*, ZPO, 28. Aufl., § 293 Rdnr. 28; verneinend *Lohmann* in *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 2. Aufl., § 576 Rdnr. 4), kommt es nicht an.

(2) Nach sec. 306 (2) des englischen Insolvency Act 1986 geht in der Insolvenz des Schuldners dessen Eigentum auf den Insolvenzverwalter über („any property which is [...] comprised in the bankrupt's estate vests in the trustee“), ohne dass es eines besonderen Übertragungsakts bedarf („without any conveyance, assignment or transfer“; vgl. *Sealy/Milman*, Annotated Guide to the Insolvency Legislation, 7. Aufl., Anm. zu sec. 306: „automatic vesting“). Der Verwalter tritt im Zeitpunkt seiner Bestellung (sec. 306 [1]: „on his appointment taking effect“) hinsichtlich des gesamten beweglichen und unbeweglichen Vermögens in die Rechtsnachfolge des Schuldners ein (*Florian*, Das englische internationale Insolvenzrecht, 1989, 37). Das englische Recht verschafft somit dem Insolvenzverwalter eine Rechtsposition, die über die in § 80 InsO begründete Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach deutschem Recht hinausgeht (*Ahrens*, Rechte und Pflichten ausländischer Insolvenzverwalter im internationalen Insolvenzrecht, 2002, 113).

(3) Zwar wird im Schrifttum vertreten, dass in Deutschland belegenes Schuldnervermögen von der Rechtswirkung der Vorschrift in sec. 306 (2) Insolvency Act 1986 nicht erfasst werde, weil dem deutschen Recht ein Eigentumsübergang kraft Insolvenzeröffnung oder Verwalterbestellung fremd sei (vgl. *Lüer* in *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., §§ 237, 238 Rdnr. 78; *Aderhold*, Auslandskonkurs im Inland, 1992, 230; v. *Oertzen*, Inlandswirkungen eines Auslandskonkurses, 1990, 83, a. A. *Ahrens*, a. a. O., 113 f.). Ob sich diese Auffassung auch nach dem Inkrafttreten der Europäischen Insolvenzverordnung im Hinblick auf die durch Art. 4 Abs. 2 Satz

2 Buchstabe c EuInsVO angeordnete Anwendung des Recht des Staates der Verfahrenseröffnung auf die Befugnisse des Insolvenzverwalters sowie den Umstand, dass die Verordnung keine Sonderanknüpfung für die eigentumsrechtliche Situation des in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Schuldnervermögens enthält, aufrechterhalten lässt, bedarf indes keiner Entscheidung. Denn auch soweit ein Eigentumsübergang verneint wird, steht jedenfalls die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis über den Vermögensgegenstand dem englischen Insolvenzverwalter zu (*Lüer* in *Kuhn/Uhlenbruck*, a. a. O.; *Aderhold*, a. a. O.; v. *Oertzen*, a. a. O., 84).

(4) Dessen Rechtsmacht bleibt somit nicht hinter derjenigen zurück, die bei einem auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkten Insolvenzverfahren nach § 80 InsO dem deutschen Insolvenzverwalter zukommt. Das gilt auch in Ansehung einer Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung, die von einem absonderungsberechtigten Gläubiger nach der Insolvenzeröffnung durchgeführt wird. Diese ist somit aufgrund des Wechsels in der Verfügungsbefugnis über den betroffenen Vermögensgegenstand gegen den englischen Insolvenzverwalter gerichtet. Auf ihn ist die vollstreckbare Ausfertigung daher umzuschreiben, weil das Vollstreckungsorgan gemäß § 750 Abs. 1 ZPO nur gegen die in dem Vollstreckungstitel genannten Personen Zwangsmaßnahmen ergreifen darf (BGH, Beschluss vom 29.5.2008, IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12, 15 f. Rdnr. 14 m. w. N.).

d) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 auch nicht aus Art. 5 Abs. 1 EuInsVO.

aa) Nach dieser Vorschrift wird das dingliche Recht eines Gläubigers an einem unbeweglichen Gegenstand des Schuldners, der sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Gebiet eines von dem Eröffnungsstaat verschiedenen Mitgliedstaats befindet, von der Eröffnung des Verfahrens nicht berührt. Welche Rechtsfolgen sich hieraus ergeben, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt (ausführlich zum Streitstand zuletzt etwa *MünchKommInsO/Reinhart*, a. a. O., Art. 5 EuInsVO Rdnr. 13; *Plappert*, *Dingliche Sicherungsrechte in der Insolvenz*, 2008, 265 ff. – jeweils mit zahlreichen Nachweisen). Der Streit dreht sich im Kern um die Frage, ob die von der Vorschrift erfassten dinglichen Rechte, wozu nach Art. 5 Abs. 2 Buchstabe a EuInsVO auch ein Grundpfandrecht zählt, unter Abweichung von Art. 4 EuInsVO insgesamt dem Recht des Belegenheitsstaates unterliegen und daher auch den durch dessen Insolvenzrecht vorgesehenen Einschränkungen unterworfen sind oder ob diese Rechte – so die wohl herrschende Ansicht – keinerlei insolvenzrechtlichen Beschränkungen unterliegen. Einer Antwort hierauf bedarf es indes nicht. Unter Zugrundelegung der zuletzt genannten Auffassung sind die dinglichen Rechte im Ergebnis so zu behandeln, als ob das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre (*MünchKommInsO/Reinhart*, a. a. O.; ebenso *Braun/Liersch*, *InsO*, 4. Aufl., § 351 Rdnr. 10 zu der im Wesentlichen gleich lautenden Vorschrift in § 351 InsO). Hierauf beruft sich die Beteiligte zu 1, allerdings in erster Linie aufgrund der Regelung in § 351 InsO.

bb) Darum geht es jedoch nicht. Insolvenzzrechtliche Einschränkungen, denen ein dingliches Recht ausgesetzt sein kann, sind lediglich solche, die das Recht des Gläubigers betreffen, ungeachtet der Insolvenz des Schuldners aus dem Sicherungsgut Befriedigung zu suchen. Es handelt sich um Eingriffe in die Befugnis des Gläubigers, das dingliche Recht im Sicherungsfall, ggf. im Wege der Einzelzwangsvollstreckung, zu verwerten und den sich aus der Verwertung ergebenden Erlös einzubehalten, soweit dies zur Tilgung der gesicherten Forderung erforderlich ist (vgl. *Duursma-Kepplinger* in

Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, *EuInsVO*, 2002, Art. 5 Rdnr. 12; *Plappert*, a. a. O., S. 284; ähnlich *Herchen*, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995*, S. 80). Damit ist die Notwendigkeit, einen hinsichtlich des dinglichen Rechts errichteten Vollstreckungstitel vor dem Beginn der Vollstreckungsmaßnahme auf den Insolvenzverwalter umzuschreiben und diesem zuzustellen, nicht zu vergleichen. Sie ergibt sich allein aus den vollstreckungsrechtlichen Folgen der Befugnis des Insolvenzverwalters, über das Schuldnervermögen zu verfügen. Hierzu enthält Art. 5 EuInsVO keine Regelung.

cc) Auch der Normzweck rechtfertigt keine andere Beurteilung. Nach dem 25. Erwägungsgrund zur Europäischen Insolvenzverordnung soll durch die von dem Recht des Eröffnungsstaates abweichende Sonderanknüpfung für dingliche Rechte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass diese für die Gewährung von Krediten von erheblicher Bedeutung sind; die Begründung, Gültigkeit und Tragweite eines solchen dinglichen Rechts sollen sich deshalb regelmäßig nach dem Recht des Belegenheitsortes bestimmen und von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt werden. Der europäische Verordnungsgeber wollte mithin – ungeachtet der Reichweite der in Art. 5 EuInsVO getroffenen Regelung (siehe oben unter aa) – das Vertrauen des Sicherungsnehmers darauf schützen, dass sich die ihm gewährte Sicherheit auch für den Fall der Eröffnung eines EU-ausländischen Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers nach derjenigen Rechtsordnung beurteilt, die ihrer Errichtung zugrunde lag. Dieser Schutz betrifft indes ebenfalls nur den Inhalt des Rechts, nicht aber die vollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen, unter denen es geltend zu machen ist.

dd) Soweit die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung auf den ausländischen Insolvenzverwalter sowie die nachfolgend im Ausland vorzunehmende Zustellung für den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger mit einer zusätzlichen finanziellen und zeitlichen Belastung verbunden sind – wovon allerdings regelmäßig auszugehen sein wird –, bleibt diese – entgegen der in der Rechtsbeschwerdebegründung vertretenen Ansicht – für die rechtliche Bewertung ohne Bedeutung. Denn es ist nicht ersichtlich, dass sich der Mehraufwand in einer Weise auf die Werthaltigkeit des Titels auswirkt, die es rechtfertigt, das in §§ 727, 750 Abs. 1 ZPO zum Ausdruck kommende Interesse an einer eindeutigen Identifizierbarkeit der an der Zwangsvollstreckung Beteiligten durch das Vollstreckungsorgan dahinter zurücktreten zu lassen. Die Beeinträchtigung des Gläubigers geht nicht über dasjenige hinaus, womit er auch in sonstigen Fällen – etwa wenn der Titelschuldner verstirbt und durch eine im Ausland ansässige Person beerbt wird – zu rechnen hat.

(...)

Anmerkung:

1. Umschreibung hinsichtlich des dinglichen Titels

Der Beschluss des BGH vom 3.2.2011 ist nicht sonderlich überraschend und im Ergebnis auch zu begrüßen. Für den mit einer solchen Klauselumschreibung befassten Notar ergeben sich aus dem Beschluss aber einige weiterführende Fragen, denen hier nachgegangen werden soll.

Grundsätzlich muss der Gläubiger eines Grundpfandrechtes, der aus diesem vollstrecken will, im Falle der ausländischen Insolvenz des Eigentümers den Titel gegen den Insolvenzverwalter umschreiben lassen.

Notwendig ist nach dem erwähnten Beschluss allerdings ein Vergleich der Stellung des ausländischen Insolvenzverwalters mit der Stellung eines deutschen Insolvenzverwalters. Hat der ausländische Insolvenzverwalter eine dem deutschen Insolvenzverwalter vergleichbare Stellung, ist dieser der von der Zwangsversteigerung Betroffene, sodass die Vollstreckungsklausel gegen ihn umzuschreiben ist.

Der BGH führt aus, dass sich die Befugnisse des Insolvenzverwalters gemäß Art. 4 Abs. 2 EuInsVO nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung richten. Sind die Befugnisse des jeweiligen Insolvenzverwalters wie im vorliegenden Fall mit den Befugnissen des deutschen Insolvenzverwalters vergleichbar, ist eine Klauselumschreibung angebracht. Die Vorschrift des Art. 5 EuInsVO, welche bestimmt, dass dingliche Rechte eines Gläubigers an einem unbeweglichen Gegenstand, welche sich in einem anderen Mitgliedsstaat befinden, von der Verfahrenseröffnung nicht berührt werden, stehe dem nicht entgegen. Es sei zwar umstritten, was letztlich aus dieser Vorschrift folge: Nach einer Ansicht seien die Grundpfandrechte den insolvenzrechtlichen Beschränkungen des Belegenheitsstaates unterworfen; nach anderer Ansicht seien diese Grundpfandrechte hingegen gar keinen insolvenzrechtlichen Beschränkungen unterworfen.

Die Notwendigkeit der Klauselumschreibung folge hingegen aus der Befugnis des Insolvenzverwalters, über das Schuldnervermögen zu verfügen (wie soll er das können, wenn das Grundpfandrecht keinerlei insolvenzrechtlichen Beschränkungen unterliegt?).

Insolvenzrechtliche Beschränkungen der Gläubigerrechte seien damit aber nicht verbunden. Denn damit seien nur solche Beschränkungen gemeint, die es dem Gläubiger verwehren würden, trotz der Insolvenz Befriedigung aus dem Sicherungsgut zu suchen. Das sei bei der bloßen Klauselumschreibung nicht der Fall, so der BGH. Auch die mit dieser Umschreibung verbundenen Mühen des Gläubigers, insbesondere die Beschaffung der erforderlichen Nachweise, der Übersetzung und der Zustellung ins Ausland, seien nicht ausreichend, das Interesse an einer genauen Identifizierung der an der Vollstreckung beteiligten Personen zu überwinden.

Diese Vorgaben erfordern eine rechtliche Prüfung, die ein Notar, der zukünftig mit der Umschreibung der Vollstreckungsklausel beauftragt wird, auch mit einer gut ausgestatteten Bibliothek nicht ohne weiteres schaffen dürfte. Schließlich haben Notare mit dem Insolvenzrecht anderer Staaten nur sehr am Rande zu tun. Der Notar muss prüfen, ob ein ausländisches Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, ob dieses anzuerkennen ist und ob der ausländische Insolvenzverwalter eine dem deutschen Insolvenzverwalter vergleichbare Stellung innehat. Vergleichbarkeit muss dabei m. E. nach nur sehr ungefähr gegeben sein; im entschiedenen Fall war es für den BGH unbeachtlich, dass nach englischem Recht das Eigentum des Insolvenzschuldners auf den *trustee* (Insolvenzverwalter) übergeht.

Da es sich bei der Klauselumschreibung um ein Verfahren nach der ZPO handelt, dürfte es möglich sein, den Antragsteller gemäß § 293 ZPO zur Mitwirkung bei der Informationsbeschaffung über den Inhalt des ausländischen Insolvenzrechts anzuhalten.

2. Umschreibung hinsichtlich des persönlichen Titels?

Persönliche Titel bleiben von den Erwägungen rund um Art. 5 EuInsVO unberührt. Ihr Schicksal hängt damit vom jeweils anwendbaren Insolvenzrecht ab.

3. Nachweis der Verwaltereigenschaft

Gemäß Art. 19 EuInsVO wird die Bestellung zum Verwalter durch eine beglaubigte Abschrift der Entscheidung, durch die der Verwalter bestellt worden ist oder durch eine andere Bescheinigung des zuständigen Gerichts, nachgewiesen. Damit dürften für den Gläubiger keine größeren Nachweisprobleme bestehen, denn in aller Regel liegt dieser Beschluss ja dem deutschen Insolvenzgericht bzw. dem Grundbuchamt vor, da sonst kein Insolvenzvermerk in das deutsche Grundbuch eingetragen werden kann. Eine Übersetzung dieses Beschlusses kann der Notar verlangen; weitere Förmlichkeiten wie z. B. eine Apostille hingegen nicht. Die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch reicht hingegen nicht aus, ebenso wenig wie diese Eintragung bei inländischen Insolvenzverfahren eine Klauselumschreibung gestattet.

4. Bestätigung als europäischer Vollstreckungstitel?

Eine solche Bestätigung ist nicht notwendig, soweit es um die Vollstreckung in inländische Grundstücke geht, denn hier ist das deutsche Vollstreckungsgericht zuständig, welches den Titel selbst überprüfen kann.

5. Inländisches Sekundärinsolvenzverfahren als Ausweg des Gläubigers

Ggf. kann der Gläubiger die Einleitung eines Sekundärinsolvenzverfahrens nach den Art. 27 ff. EuInsVO verlangen.¹ Dadurch wird ein deutscher Insolvenzverwalter für die im Inland belegenen Vermögenswerte des Schuldners zuständig, gegen den dann die Vollstreckungsklausel umgeschrieben werden kann. Die bloße Belegenheit eines Grundstückes im Inland ist dafür nicht ausreichend, notwendig ist vielmehr eine Niederlassung des Insolvenzschuldners im Inland.

6. Andere ausländische Insolvenzverfahren – ähnliche Behandlung?

Auch für die Insolvenzverfahren, welche nicht nach der EuInsVO zu beurteilen sind, dürfte dieser Beschluss die Richtung vorgeben. Für Insolvenzverfahren, welche nicht aus den EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Dänemarks² stammen, gelten die §§ 336 ff. InsO. § 351 InsO sieht mit ganz ähnlichem Wortlaut ebenfalls vor, dass Rechte, welche einen Anspruch auf Aussonderung oder auf abgesonderte Befriedigung gewähren, von der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens unberührt bleiben. Das ist bei eingetragenen Grundpfandrechten der Fall. Da aber auch in solchen Verfahren die Interessenlage identisch mit der vom BGH entschieden ist, ist auch hier eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den ausländischen Insolvenzverwalter notwendig. Auch in solchen Verfahren ist der Nachweis der Verwalterbestellung gemäß § 347 InsO dadurch zu führen, dass eine beglaubigte Abschrift der Bestallungsurkunde vorgelegt wird. Auch hier kann der Notar eine Übersetzung verlangen.

Unüberwindbare Hürden sollte dieser Beschluss wohl nicht aufstellen, vielmehr ist es erfreulich, dass der BGH hier letztlich keinen wesentlichen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Insolvenzverfahren macht.

Notar *Matthias Bierhenke*, Abensberg

¹ *Wilhelm*, BB 2011, 1491.

² Vgl. Erwägungsgrund 33 der EuInsVO.

Beurkundungs- und Notarrecht

12. BGB §§ 823, 824, 1004 (*Ehrenrührige Äußerungen über Dritte gegenüber einem Notar*)

Ehrenrührige Äußerungen über Dritte, die gegenüber einem Notar abgegeben werden, sind privilegierte Äußerungen. Für eine Unterlassungsklage fehlt insofern grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis.

OLG Dresden, Beschluss vom 5.8.2011, 4 W 0624/11

Der Kläger hat die Beklagten als Gesamtschuldner im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Behauptung in Anspruch genommen, gegenüber Dritten außerhalb von rechtsförmlichen Verfahren die Behauptung aufzustellen, der Kläger habe eine Urkundenfälschung begangen, indem er nachträglich über zuvor beglaubigte Unterschriften die Rücknahme eines Antrags nach dem Vermögensgesetz eingesetzt habe. Das LG hat die einstweilige Verfügung erlassen. Auf den Widerspruch der Beklagten hat es Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt, in der die Beklagten, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter Verwahrung gegen die Kostenlast, die einstweilige Verfügung als für sich verbindlich anerkannt haben. Das Verfügungsverfahren haben beide Parteien sodann für erledigt erklärt. Das LG hat in dem angefochtenen Beschluss die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger auferlegt, weil die Beklagten von vornherein keine Handlungen beabsichtigt hätten, die über den Regelungsgehalt der anerkannten Verfügung hinausgingen. Dass sie sich geweigert hätten, vorprozessual eine Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, ändere hieran nichts, weil die entsprechende Aufforderung zu weit gefasst gewesen sei.

Mit der sofortigen Beschwerde vom 21.6.2011 gegen den ihm am 17.6.2011 zugestellten Beschluss vertritt der Kläger die Auffassung, die angefochtene Entscheidung sei fehlerhaft, weil nach dem Verhalten der Beklagten von einer Wiederholungs-, zumindest aber von einer für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ausreichenden Erstbegehungsgefahr auszugehen sei, weil die Beklagten in ihren Schreiben an den Notar D ihre ehrkränkenden Behauptungen hartnäckig weiterverfolgt hätten, so dass für einen objektiven Betrachter ersichtlich gewesen sei, dass diese Vorwürfe auch gegenüber Dritten erhoben werden würden. Die Beklagten wären auch bei einem zu weitgehenden Unterlassungsbegehren zumindest verpflichtet gewesen, eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abzugeben.

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des LG Leipzig vom 25.5.2011 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

II.

(...)

3. Auch gegenüber der Beklagten zu 2. kommt ein Unterlassungsanspruch jedoch nicht in Betracht. Unabhängig von der Frage, ob die zugrundeliegende ehrenrührige Tatsachenbehauptung wahr ist, besteht für eine Unterlassungsklage, mit der die Wiederholung dieser Behauptung gegenüber dem Notar D untersagt werden soll, kein Rechtsschutzbedürfnis (a). Für eine Klage auf Unterlassung dieser Behauptung gegenüber Dritten fehlt es an der erforderlichen Begehungs- und Wiederholungsgefahr (b).

a) Ebenso wie Äußerungen gegenüber dem eigenen Rechtsanwalt (vgl. hierzu OLG Koblenz, OLGR 2008, 539; *Wenzel-Burkhardt*, Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Aufl., 10.28 m. w. N.) sind auch ehrenrührige Äußerungen über Dritte, die gegenüber dem eigenen Notar abgegeben werden, von jeder Rechtsverfolgung ausgeschlossen und damit privilegiert. Das Verhältnis des Mandanten zum Notar ist nämlich ebenso wie das zu seinem Rechtsanwalt von besonderer Vertraulichkeit geprägt und damit nach Außen abgeschirmt. Nach § 18 Abs. 1

BNotO ist der Notar zur Verschwiegenheit verpflichtet, die sich auf alles bezieht, was ihm bei Ausübung seines Amtes bekannt geworden ist. Äußerungen innerhalb eines von besonderer Verschwiegenheit geprägten Bereiches können aber nicht zum Gegenstand einer Unterlassungsklage gemacht werden, nach Auffassung des BGH fehlt für eine solche Klage das Rechtsschutzbedürfnis (BGH, NJW 1992, 1314; *Wenzel-Burkhardt*, a. a. O., 10.29). Von dieser Verschwiegenheitspflicht waren auch die streitgegenständlichen Behauptungen umfasst, weil sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Beurkundungsvorgang vom 27.11.1995 standen. Es handelte sich auch nicht um Äußerungen ohne Sachbezug zu dem Mandatsverhältnis, die von der Privilegierung nicht umfasst sind (vgl. insoweit BGH, NJW 2000, 2217; OLG München, NJW-RR 2001, 765), schon weil sie nicht nur einen Vorwurf an den Kläger, sondern auch an den Notar selbst enthielten. Dass sie gegenüber dem Notar erst 15 Jahre nach der zugrundeliegenden Beglaubigung der Unterschriften und damit weit nach Ende des Beurkundungsvorganges aufgestellt wurden, ändert hieran nichts. Die Pflicht des Notars zur Verschwiegenheit bleibt nämlich auch nach dem Erlöschen des Amtes bestehen (§ 18 Abs. 4 BNotO).

b) Entgegen der Auffassung des Klägers boten die o. a. Schreiben der Beklagten zu 1. auch keinen Anlass zu der Vermutung, die Beklagten würden sich in vergleichbarer Weise auch gegenüber Dritten äußern. Weder enthalten die vorgelegten Schreiben eine entsprechende Androhung noch ist dem glaubhaft gemachten Vorbringen des Klägers die konkrete und unmittelbare Gefahr eines solchen Verstoßes zu entnehmen. Von einer Erstbegehungsgefahr kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn eine solche Äußerung gegenüber Dritten ernsthaft und greifbar zu befürchten ist bzw. als unmittelbar bevorstehend droht. Ebenso wenig wie die Recherche eines Journalisten über ein bestimmtes Thema (vgl. OLG Hamburg, AfP 2000, 188; *Wenzel-Burkhardt*, a. a. O., 12.35 m. w. N.) eine solche Begehungsgefahr begründet, rechtfertigt vorliegend aber das mehrfache „Nachfassen“ des Beklagten zu 1. gegenüber dem Notar D die Befürchtung, die Behauptung solle auch gegenüber Dritten aufgestellt werden. Entgegen der Auffassung des Klägers folgt eine solche Befürchtung auch nicht daraus, dass sich die Beklagten zu ihrer Rechtsverteidigung im vorliegenden Verfügungsverfahren der Rechtmäßigkeit ihres Handelns berührt und eine bindende Unterlassungserklärung erst in der mündlichen Verhandlung vor dem LG abgegeben haben (vgl. OLG Frankfurt, ZUM-RD 2008, 128). Auch aus dem Umstand, dass sich die Beklagten unstreitig geweigert haben, vorprozessual eine eingeschränkte Unterlassungserklärung abzugeben, lässt sich eine solche Erstbegehungsgefahr nicht ableiten, weil der Kläger hier keinen Anspruch auf eine solche Unterlassungserklärung hatte. Dass die Auffassung des LG, eine zu weitreichende Unterlassungsforderung löse generell keine Verpflichtung aus, zumindest eine eingeschränkte Erklärung abzugeben, und könne daher zurückgewiesen werden, ohne Gefahr zu laufen, im Verlauf eines Rechtsstreits mit dessen Kosten belastet zu werden, auch außerhalb des Wettbewerbsrechts nicht zutrifft (vgl. nur *Wenzel-Burkhardt*, a. a. O., 12.9), wirkt sich mithin auf die im Rahmen des § 91a ZPO zu treffende Entscheidung nicht aus.

(...)

Kostenrecht

13. KostO §§ 36, 38, 18, 156, 44 (*Notarkosten: Vorliegen einer Durchführungserklärung*)

1. **Bei Zusammenbeurkundung einer Grundschuldbestellung mit Löschungserklärungen über im Grundbuch vorrangig eingetragene Rechte liegen verschiedene Gegenstände gemäß § 44 Abs. 2 KostO vor.**
2. **Eine gegenstandsgleiche Durchführungserklärung zur Grundschuldbestellung liegt für die Löschungserklärung nur vor, wenn auch der zugrundeliegende schuldrechtliche Darlehensvertrag mitbeurkundet wird, der eine Löschungsverpflichtung des Eigentümers enthält.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.7.2011, 20 W 50/06

Mit UR-Nr. ... /04 des Kostengläubigers vom ... 2004 bestellte der Kostenschuldner der OI Bank eine Grundschuld ohne Brief über 70.000 € an seinem im Grundbuch von ... , Blatt ... eingetragenen Grundstück. Unter Ziffer 1 der Urkunde heißt es:

„Die Grundschuld soll Rang nach folgenden Voreintragungen haben:

Abteilung II nach Nr. ...

Abteilung III = ... Rangstelle.

Sie kann jedoch zunächst an rangbereitetester Stelle eingetragen werden.“

In der gleichen Urkunde bewilligte und beantragte der Kostenschuldner die Eintragung der Grundschuld. Darüber hinaus bewilligte er, die Löschung der Pos. Abteilung III Nr. ... in das Grundbuch einzutragen.

Mit der verfahrensgegenständlichen Kostenberechnung vom ... 2004 stellte der Kostengläubiger dem Kostenschuldner eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO nach einem Geschäftswert von 70.000 € für die Beurkundung einseitiger Erklärungen in Rechnung. Neben Auslagen für Fotokopien und Entgelt für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen stellte der Kostengläubiger dem Kostenschuldner für die Beurkundung des Löschantrags gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO eine halbe Gebühr aus einem Geschäftswert gemäß § 18 Abs. 1 KostO von 71.580 €, mithin 88,50 €, in Rechnung. Letztere Gebühr beanstandete die Bezirksrevisorin in ihrer Eigenschaft als Prüfungsbeauftragte am 15.3.2005 unter Hinweis auf eine Entscheidung des LG Kassel vom 30.1.1997, 3 T 9/97, denn Löschantragbewilligungen und Grundschuldbestellungen bildeten einen einheitlichen Gegenstand, sodass eine gesonderte Gebühr für die Beurkundung der Löschantragbewilligung nicht anfallt. Auf Weisung der Bezirksrevisorin hat der Kostengläubiger mit Schriftsatz vom 4.11.2005 die Entscheidung des LG beantragt.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das LG die Kostenberechnung des Kostengläubigers dahingehend abgeändert, dass die oben aufgeführte Gebühr für die Beurkundung des Löschantrags gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO nebst anteiliger Umsatzsteuer entfällt, und hat dementsprechend die Kostenberechnung neu gefasst. Das LG hat die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen diesen am 19.1.2006 zugestellten Beschluss hat der Kostengläubiger mit am 13.2.2006 eingegangenen Schriftsatz weitere Beschwerde eingelegt. Die Dienstaufsicht i. S. d. § 156 Abs. 6 KostO a. F. ist der weiteren Beschwerde entgegengetreten. Der Kostenschuldner hat sich – ebenso wie im Verfahren vor dem LG – nicht geäußert.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde des Notars als Kostengläubiger ist gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO a. F., Art. 111 Abs. 1 FGG-RG, kraft Zulassung im angefochtenen Beschluss des LG statthaft. Sie ist auch ansonsten zulässig. Der Notar ist durch die Herabsetzung seiner Kostenberechnung durch das LG beschwert; das Erreichen einer Beschwerdesumme ist nicht er-

forderlich (*Hartmann*, Kostengesetze, 38. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 51; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 156 Rdnr. 83).

In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg. Entgegen der Rechtsauffassung des LG ist es nicht zu beanstanden, dass der Notar vorliegend in seiner bezeichneten Kostenberechnung eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO in Ansatz gebracht hat.

Entsprechend der von der Dienstaufsicht in ihrer Verfügung vom 7.3.2006 zitierten Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 166, 189) ist zunächst festzuhalten, dass § 44 KostO regelt, wie zu verfahren ist, wenn mehrere selbständige rechtsgeschäftliche Erklärungen in einer Verhandlung beurkundet werden. Haben die Erklärungen verschiedene Gegenstände, findet – in Abhängigkeit der maßgeblichen Gebührensätze – entweder eine Zusammenrechnung der Gegenstandswerte (§ 44 Abs. 2 a KostO) oder eine nach Gegenständen getrennte Berechnung der Gebühren (§ 44 Abs. 2 b KostO) statt. Betreffen die Erklärungen dagegen denselben Gegenstand, wird die Gebühr nur einmal von dem Wert dieses Gegenstands nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO), sofern nicht die Berechnung nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO für den Kostenschuldner günstiger ist. Der Begriff des Gegenstands bezeichnet dabei nicht die Sache, die von den beurkundeten Erklärungen wirtschaftlich betroffen wird, sondern das Rechtsverhältnis, welches sich aus den Erklärungen der Beteiligten ergibt. Derselbe Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO ist gegeben, wenn sich die Erklärungen auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder – sofern mehrere Rechtsverhältnisse vorliegen – wenn sich aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in einem engen inneren Zusammenhang steht. Selbständige Rechtsgeschäfte, die zur Erfüllung, zur sonstigen Durchführung oder zur Sicherung eines anderen selbständigen Rechtsgeschäfts mit diesem zusammen vorgenommen werden, sind demnach gegenstandsgleich (so BGHZ 166, 189 unter Hinweis auf BGHZ 153, 22; vgl. auch *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 15 ff.; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., Rdnr. 7 ff.). Mit dem LG ist danach also im Grundsatz davon auszugehen, dass alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO betreffen. Im Mittelpunkt jeder Prüfung, ob mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse denselben Gegenstand haben, steht deswegen die Frage ihres inneren Zusammenhangs. Je mehr das mitbeurkundete weitere Rechtsverhältnis von dem Hauptgeschäft abhängt, desto eher ist Gegenstandsgleichheit anzunehmen. Auch wenn die Vertragspartner zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zieles mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise verbunden haben, dass ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht, besteht ein enger innerer Zusammenhang und damit Gegenstandsgleichheit (so BGHZ 153, 22 m. w. N. auch zur Rechtsprechung des Senats).

Für die hier maßgeblichen, in der vorliegenden notariellen Urkunde konkret enthaltenen zwei selbständigen Erklärungen, nämlich die Grundschuldbestellung und die Bewilligung bzw. Eigentümerzustimmung zur Löschung der bereits eingetragenen Grundschuld in Abt. III Nr. ..., vermag sich der Senat nicht der Rechtsauffassung des LG anzuschließen, dass es sich bei der mitbeurkundeten Bewilligung der Löschung lediglich um ein der Durchführung der Grundschuldbestel-

lung untergeordnetes, ihr dienendes Geschäft handelt. Damit kann der Senat auch nicht von demselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO ausgehen.

Nach weit verbreiteter Auffassung in der Literatur (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 23, 223; *Tiedtke*, ZNotP 2005, 253; ZNotP 2006, 54; ZNotP 2006, 245; vgl. auch *Tiedtke/Diehn*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdnr. 891; *Notarkasse*, Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1214; *Ländernotarkasse*, NotBZ 2010, 302; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort Grundschild, Ziffer 1.2.2 – Gegenstandsverschiedenheit, S. 521, und Stichwort mehrere Erklärungen, Ziffer 3.3.2 – Hypothekenbestellung, S. 711; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., Rdnr. 8, 10, 11, 15; vgl. zum inneren Zusammenhang – für eine andere rechtliche Gestaltung – auch Senat, DNotZ 1987, 379) kann eine solche Durchführungserklärung im vom LG angenommenen Sinn mit der daran anknapfenden kostenrechtlichen Konsequenz der Anwendung des § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nur dann angenommen werden, wenn diese Erklärung mit der diesbezüglichen Verpflichtungserklärung zusammen beurkundet wird. Werden – wie hier – mit der einseitigen Grundschildbestellung die zur Rangherstellung erforderlichen Löschungserklärungen des Eigentümers mitbeurkundet, so sind diese nicht mehr Durchführungserklärung, weil die Verpflichtung hierzu allenfalls in dem nicht beurkundeten Darlehensvertrag und nicht in der einseitigen Grundschildbestellung begründet wird. Hierin liegt auch der maßgebliche Unterschied zu in Kaufverträgen mitbeurkundeten Löschanträgen (vgl. *Filzek*, a. a. O., § 44 Rdnr. 4, 10). Wegen § 44 Abs. 3 KostO ist auch die vom LG offensichtlich angenommene kostenrechtliche Diskrepanz zum Rangrücktritt erklärlich (vgl. dazu *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 23 a; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 54; ZNotP 2006, 245; *Notarkasse*, a. a. O., Rdnr. 1205; *Filzek*, a. a. O., § 44 Rdnr. 8; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand August 2006, § 44 Rdnr. 60 Anm. 30; Senat, DNotZ 1987, 416). Diesen grundsätzlichen Erwägungen schließt sich der Senat an.

Soweit das LG demgegenüber auf das aus der notariellen Urkunde ersichtliche Ziel abstellt, dass die Grundschild als erst-rangig bestellt sei, und es demgemäß hier als maßgeblich erachtet, dass ohne die Löschungserklärung des Eigentümers der Zweck der hier vorgenommenen Beurkundung, die Verschaffung gerade einer erstrangigen Grundschild, nicht erreicht werden könne, vermag der Senat diese Rechtsauffassung nicht zu teilen. Es handelt sich bei der Löschungserklärung des Eigentümers weder um ein Erfüllungsgeschäft oder Sicherungsgeschäft dazu (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 28), noch um eine – hier vom LG angenommene – Durchführungserklärung. Abgesehen davon, dass das der Bestellung der Grundschild als einseitigem Rechtsgeschäft zugrundeliegende Ziel offensichtlich auf einem anderweitigem Rechtsverhältnis gründet, erfordert die Grundschildbestellung auch in der hier vorliegenden konkreten Form (erstrangig) keine Lastenfreistellung. Wie das LG an anderer Stelle selbst feststellt, wäre das genannte Ziel auch auf anderem Weg, etwa durch eine Rangrücktrittserklärung, erreichbar gewesen. Damit dient zwar der Löschantrag bzw. die Löschanbewilligung indirekt der rangrichtigen Eintragung des neuen Rechts, der Grundschild. Da das andere Recht (= Abt. III Nr. ...) hierdurch aber ganz verloren geht, steht im Vordergrund vielmehr der selbständige Charakter dieses Löschantrags (so auch *Filzek*, a. a. O., § 44 Rdnr. 8). Der oben beschriebene enge innere Zusammenhang liegt nicht vor. Hierfür und gegen die bezeichnete Rechtsauffassung des LG spricht überdies der weitere Umstand, dass

die Grundschild hier nach Ziffer 1 der notariellen Urkunde zunächst an rangbereitetester Stelle eingetragen werden konnte, was das LG durchaus erkennt, dem jedoch keine maßgebliche Bedeutung beimisst. Auch darin zeigt sich aber der selbständige und nicht lediglich der Durchführung der Grundschildbestellung dienende Charakter des Löschantrags.

Ausgehend hiervon konnte neben der hier nicht verfahrensgegenständlichen Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO auch eine halbe Gebühr – in der Notarkostenberechnung als solche nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO für die Beurkundung des Löschantrags aufgeführt – durch den Kostengläubiger in Ansatz gebracht werden (vgl. dazu auch *Filzek*, a. a. O., § 38 Rdnr. 20; § 44 Rdnr. 9; *Ländernotarkasse*, NotBZ 2010, 302). Seine diesbezügliche Berechnung nach § 44 Abs. 2 KostO ist nicht beanstandet worden und lässt auch Fehler nicht erkennen. Damit erweist sich die erhobene Beanstandung, die Gegenstand der Anweisungsbeschwerde ist, als unbegründet; auf den Antrag des Kostengläubigers ist die betroffene Kostenberechnung zu bestätigen (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 156 Rdnr. 62).

Hinweis der Schriftleitung:

Das OLG Frankfurt bestätigt mit dieser Entscheidung die Auffassung der Notarkasse (Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1345).

Steuerrecht

14. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1 (*Zur Erbschaftsteuerpflicht der Abfindung an einen weichenden Erbprätendenten*)

Hat ein Erblasser mehrere Testamente errichtet, in denen er jeweils verschiedene Personen als Alleinerben eingesetzt hat, und ist die Wirksamkeit des zuletzt errichteten Testaments wegen behaupteter Testierunfähigkeit des Erblassers zwischen den potentiellen Erben streitig, ist die Abfindung, die der weichende Erbprätendent aufgrund eines Prozessvergleichs vom zuletzt eingesetzten Alleinerben dafür erhält, dass er die Erbenstellung des Alleinerben nicht mehr bestreitet, kein der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 3 ErbStG (Änderung der Rechtsprechung).

BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist der Neffe der 1913 geborenen und im April 2004 verstorbenen Erblasserin (E). In den Testamenten vom 18.4.1986 und vom 25.1.1997 hatte sie jeweils den Kläger als Alleinerben eingesetzt und Vermächtnisse zugunsten anderer Personen verfügt. Am 16.6.2002 verfasste sie ein weiteres eigenhändiges Testament, in dem sie ihr Sparguthaben an ihre Freundin (N) bzw. deren Tochter (K) vermachte. N war zum Zeitpunkt des Ablebens der E bereits verstorben.

Der Kläger beantragte beim zuständigen AG die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben nach E ausweist. Er war der Auffassung, das Testament vom 16.6.2002 sei unwirksam, weil E wegen Altersdemenz nicht mehr testierfähig gewesen sei. Das AG wies den Antrag mit Beschluss vom 29.6.2005, 13 VI 224/04, zurück. Zur Begründung führte es aus, E habe das zugunsten des Klägers im Jahr 1997 errichtete Testament durch das spätere Testament vom 16.6.2002 wirksam widerrufen. E sei zu diesem Zeitpunkt noch testierfähig gewesen. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, dass sie bereits im Juni 2002 an Altersdemenz gelitten habe. Das Sparguthaben sei ihr wesentliches Vermögen gewesen, sodass in dem Testament vom 16.6.2002 eine Erbeinsetzung zugunsten der N und der K zu sehen sei.

Der vor dem LG fortgeführte Rechtsstreit zwischen dem Kläger und K endete mit einem Vergleich. K verpflichtete sich, an den Kläger 45.000 € zu zahlen. Im Gegenzug nahm der Kläger seine Beschwerde gegen die Entscheidung des AG zurück und verpflichtete sich seinerseits, keinen neuen Erbscheinantrag zu stellen sowie keine Einwände gegen die Wirksamkeit des Testaments vom 16.6.2002 und die sich daraus ergebende Erbenstellung der K zu erheben.

Am 21.11.2006 wurde der K ein Erbschein erteilt, der sie als Alleinerbin auswies.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) erfasste die Abfindungszahlung als erbschaftsteuerpflichtigen Erwerb und setzte gegen den Kläger zuletzt mit Bescheid vom 30.4.2007 Erbschaftsteuer in Höhe von 7.155 € fest.

Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Das FG ging davon aus, dass der Kläger die Abfindung durch Erbanfall i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes vor 2009 (ErbStG) erworben habe. Diese Vorschrift nenne zwar nicht ausdrücklich die Abfindungszahlung an einen weichen potentiellen Erben. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sei jedoch ein Erbvergleich der Besteuerung zugrunde zu legen (vgl. BFH-Urteile vom 1.2.1961, II 269/58 U, BFHE 72, 358, BStBl III 1961, 133, und vom 6.12.2000, II R 28/98, BFH/NV 2001, 601). Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2009, 1479 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Mit der Abfindung sei ein Lebenssachverhalt der Besteuerung unterworfen worden, für den es keinen gesetzlichen Tatbestand gebe. Er – der Kläger – sei nicht Erbe oder Miterbe der E geworden. Die Abfindung beruhe auch nicht auf einem Vermächtnis der E oder auf einem Pflichtteilsanspruch. Sie sei vielmehr eine Gegenleistung für seinen Verzicht auf das eingelegte Rechtsmittel und auf die Weiterführung eines aus Sicht der Erbin lästigen Prozesses. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und der Erbschaftsteuerbescheide in Gestalt der Einspruchsentscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Die Abfindung des Klägers unterliegt entgegen der Auffassung des FG nicht der Erbschaftsteuer. Hat ein Erblasser mehrere Testamente errichtet, in denen er jeweils verschiedene Personen als Alleinerben eingesetzt hat, und ist die Wirksamkeit des zuletzt errichteten Testaments wegen behaupteter Testierunfähigkeit des Erblassers zwischen den potentiellen Erben streitig, ist die Abfindung, die der Nichterbe aufgrund eines Prozessvergleichs vom zuletzt eingesetzten Alleinerben dafür erhält, dass er die Erbenstellung des Alleinerben nicht mehr bestreitet, kein Erwerb von Todes wegen.

1. Der Erbschaftsteuer unterliegt der Erwerb von Todes wegen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Erwerb von Todes wegen der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 des BGB, durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) oder aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303 ff. BGB). Weitere Tatbestände sind in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 4 und Abs. 2 ErbStG geregelt.

a) Die Vorgänge, die als Erwerb von Todes wegen in Betracht kommen, sind in § 3 ErbStG abschließend aufgezählt (vgl. BFH, Urteil vom 6.3.1991, II R 69/87, BFHE 163, 394, BStBl II 1991, S. 412; zustimmend *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 4; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 15. Aufl., § 3 Rdnr. 6; *Wälzholz* in Viskorf/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 3. Aufl., § 3 ErbStG Rdnr. 1; *Fischer* in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 2 ff.). Nicht im Katalog des § 3 ErbStG genannte Erwerbsgründe unterliegen nicht der Erbschaftsteuer. Für die Annahme eines Erwerbs von Todes we-

gen reicht es auch nicht aus, dass der Erwerb lediglich im Zusammenhang mit einem Erbfall steht.

b) Der Erwerb i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG durch Erbanfall ist allein der durch Erbfolge eingetretene (dingliche) Vermögenszuwachs (vgl. BFH, Urteil vom 1.4.1992, II R 21/89, BFHE 167, 562, BStBl II 1992, S. 669). Der Erwerb „aufgrund“ eines Erbfales wird durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht erfasst (vgl. BFH-Urteil in BFHE 163, 394, BStBl II 1991, S. 412).

c) Danach ist die Abfindung, die der Kläger aufgrund des mit der Alleinerbin K geschlossenen Vergleichs zur Beendigung des Rechtsstreits erhalten hat, kein Erwerb des Klägers von Todes wegen. Der Kläger hat die Abfindung nicht durch Erbanfall i. S. d. § 1922 BGB erworben. Denn er ist weder gesetzlicher noch testamentarisch eingesetzter Erbe der E geworden. In ihrem zuletzt errichteten Testament vom 16.6.2002 hat die E verfügt, dass ihr Sparguthaben, das ihr wesentliches Vermögen war, N bzw. K zukommen solle. Die Wirksamkeit dieses Testaments wird nach Abschluss des Prozessvergleichs weder vom Kläger noch vom FA bestritten. Damit scheidet eine Erbenstellung des Klägers aus.

Die Abfindung beruht auch nicht auf einem Vermächtnis der E nach § 2147 BGB. Denn E hatte im Testament vom 16.6.2002 nicht bestimmt, dass der Kläger von ihrem Sparguthaben 45.000 € erhalten soll. Die weiteren Tatbestände des § 3 ErbStG sind ebenfalls nicht erfüllt.

2. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Erbvergleich können eine Steuerbarkeit der Abfindung als Erwerb von Todes wegen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht begründen.

a) Nach einer schon vom Reichsfinanzhof (RFH) begründeten und vom BFH übernommenen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist das Ergebnis eines ernsthaft gemeinten Vergleichs, der die gütliche Regelung streitiger Erbverhältnisse zum Ziel hat, der Erbschaftbesteuerung zugrunde zu legen (vgl. BFH-Urteile vom 24.7.1972, II R 35/70, BFHE 106, 555, BStBl II 1972, S. 886; vom 22.11.1995, II R 89/93, BFHE 179, 436, BStBl II 1996, S. 242; BFH, Beschluss vom 19.9.2000, II B 10/00, BFH/NV 2001, 163). Ein Erbvergleich in diesem Sinne ist auch die einvernehmliche Beseitigung etwa bestehender Ungewissheiten über einzelne Erbteile oder über die den Erben zufallenden Beträge. Zwar sind die Bedachten grundsätzlich nicht berechtigt, nach dem Erbfall durch freie Vereinbarung die Bestimmung des Steuerpflichtigen und des Umfangs der steuerpflichtigen Bereicherung zu beeinflussen. Dies gilt aber dann nicht, wenn bei Streit oder Ungewissheit darüber, ob und in welchem Umfang ein Erwerb oder ein Erbfall vorliegt, die Bedachten einen ernstgemeinten Erbvergleich schließen (BFH, Beschluss vom 25.8.1998, II B 45/98, BFH/NV 1999, 313).

Die erbschaftsteuerrechtliche Anerkennung des sog. Erbvergleichs stellt eine nicht weiter verallgemeinerungsfähige Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass weder die Miterben noch sonst am Nachlass beteiligte Personen berechtigt sind, den Kreis der steuerpflichtigen Personen oder den Umfang der steuerpflichtigen Bereicherung nach dem Erbfall durch freie Vereinbarung eigenmächtig neu zu bestimmen (vgl. BFH, Urteil vom 1.7.2008, II R 71/06, BFHE 222, 63, BStBl II 2008, S. 874, m. w. N.). Der Vergleich i. S. d. § 779 BGB ist nur schuldrechtlicher Natur, so dass durch ihn ein Erbrecht mit dinglicher Wirkung nicht begründet werden kann (vgl. MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 779 Rdnr. 7; *Creze-lius*, FR 2007, 613; v. *Proff*, ZEV 2010, 348). Ein solcher Vergleich kann nur insoweit Verbindlichkeit im Besteue-

rungsverfahren beanspruchen, als er seinen letzten Rechtsgrund noch im Erbrecht findet (vgl. BFH-Urteil in BFHE 222, 63, BStBl II 2008, S. 874). Aufgrund des Erbvergleichs ist erbschaftsteuerrechtlich so zu verfahren, als ob der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine entsprechende Regelung getroffen hätte.

Dadurch werden zugleich die Grenzen der Besteuerung des Erwerbs aufgrund eines Erbvergleichs deutlich. Kann dieser Erwerb tatsächlich nicht auf einen erbrechtlichen Rechtsgrund (Erbanfall nach § 1922 BGB, Vermächtnis nach §§ 2147 ff. BGB, geltend gemachter Pflichtteilsanspruch nach §§ 2303 ff. BGB) zurückgeführt werden, so unterliegt er nicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Dementsprechend ist eine Abfindung, die der in einem widerrufenen Testament als Alleinerbe eingesetzte Erbprätendent aufgrund eines Prozessvergleichs vom rechtswirksam eingesetzten Alleinerben dafür bekommt, dass er dessen Erbenstellung nicht mehr bestreitet, nicht als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer zu unterwerfen (vgl. *Benne*, FR 2004, 1102, unter C.; *Billig*, UVR 2010, 253, unter II.1.).

b) Soweit der BFH (vgl. Urteil in BFHE 72, 358, BStBl III 1961, S. 133) und der RFH (vgl. Urteil vom 30.1.1919, II A 14/18, RFHE 1, 1) zu mit dem Streitfall vergleichbaren Sachverhalten entschieden haben, die Abfindung aufgrund des Erbvergleichs unterliege als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer, wird daran nicht mehr festgehalten. Der RFH ist davon ausgegangen, die Abfindungssumme sei mit Rücksicht auf ein behauptetes Erbrecht gefordert und zugestanden und die Anerkennung des Alleinerben nur unter der Voraussetzung der materiellen Befriedigung des behaupteten (gesetzlichen) Erbanspruchs ausgesprochen worden. Die Abfindungssumme sei also von den Beteiligten als eine Bereicherung aus dem Nachlass gedacht und gewollt gewesen. Die Abfindung könne nur als Vermächtnis angesehen werden und sei daher als solches zu versteuern.

Die Annahme eines Vermächtnisses zugunsten des verzichtenden Erbprätendenten ist aber nur dann möglich, wenn sich hierfür Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung des Erblassers finden lassen oder anderweitig ein entsprechender Erblasserwille feststellbar ist, der von den Beteiligten vollzogen wird. Hat der Erblasser jedoch in mehreren Testamenten jeweils verschiedene Personen als Alleinerben eingesetzt und beanspruchen deshalb beide für sich das Alleinerbrecht, so kann die in einem Prozessvergleich vereinbarte Abfindung des weichenden Erbprätendenten, die er dafür erhält, dass er die Erbenstellung des anderen Erbprätendenten als Alleinerben nicht mehr bestreitet, nicht als ein vom Erblasser stammendes Vermächtnis angesehen werden. Denn der Erblasser hatte in seinen Testamenten jeweils verschiedene Personen als Alleinerben eingesetzt, ohne den Nachlass auf einen Erben und einen Vermächtnisnehmer „aufzuteilen“. Der Erbvergleich zwischen den Erbprätendenten kann den insoweit fehlenden Erblasserwillen, ein Vermächtnis zu verfügen bzw. gleichzeitig Verfügungen zugunsten mehrerer Personen zu treffen, nicht ersetzen. Die Abfindung des weichenden Erbprätendenten ist damit nicht ein Erwerb vom Erblasser, sondern ein Erwerb vom Alleinerben.

c) Im Streitfall kann die Abfindung des Klägers nicht als Vermächtnis der E angesehen werden. Denn die E hatte in ihren Testamenten vom 18.4.1986 und vom 25.1.1997 zunächst den Kläger jeweils als Alleinerben eingesetzt. Diese Erbensetzung war zum Zeitpunkt des Ablebens der E jedoch nicht mehr wirksam (vgl. § 2258 BGB), weil E in dem zuletzt errichteten Testament vom 16.6.2002 bestimmt hatte, dass ihr wesentliches Vermögen, das Sparguthaben, an N bzw. K

fallen solle. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass E dem Kläger einen Teil ihres Sparguthabens zuwenden wollte. Die aufgrund des Vergleichs erhaltene Abfindung ist daher kein Erwerb von Todes wegen.

3. Eine analoge Anwendung des § 3 ErbStG auf Abfindungen, die aufgrund eines Vergleichs für den Verzicht auf die Geltendmachung eines streitigen erbrechtlichen Anspruchs gewährt werden, scheidet aus. Der gesetzliche Tatbestand ist nicht lückenhaft. Im Gesetz kommt durch die Aufzählung der Erwerbe von Todes wegen klar zum Ausdruck, dass die Regelung des § 3 ErbStG abschließend ist. Andere als die dort im Einzelnen genannten Erwerbe sollen nicht als Erwerb von Todes wegen erfasst werden. Dies schließt es zugleich aus, den Regelungsbereich des § 3 ErbStG im Wege der Rechtsanalogie zu erweitern.

4. Da das FG von anderen Grundsätzen ausgegangen ist, ist die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die Erbschaftsteuerbescheide und die Einspruchsentscheidung sind ebenfalls aufzuheben. Die Abfindung des Klägers ist kein der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen. Die in den Erbschaftsteuerbescheiden weiter erfassten Gegenstände (Teppiche und Schmuck) im Wert von 3.000 € führen für sich genommen nicht zu einem steuerpflichtigen Erwerb.

Anmerkung:

1. Die Entscheidung

Der Sachverhalt des Besprechungsurteils dürfte Notaren vertraut sein: Die – offenbar kinderlose – Erblasserin hat im Alter von nahezu 90 Jahren ihr Testament geändert und statt des vormals eingesetzten Neffen eine Freundin – jedenfalls nach Auslegung des Nachlassgerichtes – zur Alleinerbin eingesetzt. Wenig später verstarb die Erblasserin; im Erbscheinsverfahren zweifelte der Neffe die Testierfähigkeit der Erblasserin bei der Abfassung des letzten Testamentes an. Zur vergleichsweisen Beilegung des Streites zahlte die Freundin (nunmehr als Erbin anerkannt) an den Neffen (vormaliger Erbprätendent) einen Geldbetrag.

Der BFH musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, ob dieser Geldbetrag beim Neffen der Erbschaftsteuer nach § 3 ErbStG unterliegt. Er hat diese Frage – im Gegensatz zur Vorinstanz – verneint. Interessant sind daran neben der Begründung des BFH (2.) auch die anschließenden Fragen, welche anderweitigen steuerlichen Konsequenzen die Entscheidung auslöst (3.) und inwiefern die Entscheidung zu einer Neuausrichtung der Besteuerung von Erbvergleichen überhaupt führt (4.).

2. Die Begründung des BFH

Der BFH orientiert sich in seinen mitgeteilten Entscheidungsgründen streng formal am Wortlaut des § 3 ErbStG.

a) Er stellt fest, dass der Prätendent kein Erbe sei und daher der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht erfüllt werde. Diese Argumentation ist logisch nicht über jeden Zweifel erhaben, denn zur Frage der Erbfolge gibt es nur den Beschluss eines Nachlassgerichtes, hingegen nicht einmal ein zwischen den Beteiligten rechtskräftiges Urteil.¹ Man kann bei lebensnahem Verständnis davon ausgehen, dass die Erbin dem Vergleich zugestimmt hat, um das weitere Verfahren in der Beschwerdeinstanz, das unter Umständen auch zu einer Be-

¹ Zur Frage, inwiefern Zivilurteile überhaupt für die Besteuerung bindend sind, vgl. *Benne*, FR 2004, 1102, 1103.

schlussaufhebung hätte führen können, zu vermeiden. Verfahren über die Feststellung der Testierfähigkeit sind stets mit erheblichen Unsicherheiten belastet, zumal im konkreten Fall wohl tatsächlich eine Demenz vorlag und lediglich der Eintrittszeitpunkt strittig war. Mit anderen Worten: Die Tatsache, dass die nunmehrige Erbin sich unangefochten als solche bezeichnen darf, beruht ebenso auf dem Vergleich wie die Zahlung an den Prätendenten. Indem der BFH dieses Ergebnis des Vergleichs der Besteuerung als Tatsache zugrunde legt (II. 1. c) der Gründe), verstößt er gegen seine hernach (II. 2 der Gründe) aufgestellte These, wonach „dingliche Wirkungen“ eines solchen Vergleichs der Besteuerung gerade nicht zugrunde gelegt werden dürfen.

b) Mit besagter These versucht der BFH, die erbschaftsteuerlichen Wirkungen eines sog. Erbvergleichs zu begrenzen. Er beruft sich dabei auf die Entscheidung BFH II R 71/06.² Diese Bezugnahme ist irreführend, denn in der genannten Entscheidung hat der BFH klargestellt, dass ein Erbvergleich nur ein Vergleich über erbrechtliche Fragen (nicht über die Höhe einer Erblasserschuld) ist.³ Nun ist aber die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers und damit der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung durchaus eine erbrechtliche Frage (vgl. § 2229 BGB).

c) Ein besserer Begründungsansatz findet sich dagegen unter II.2. b) der Gründe. Danach soll eine durch Erbvergleich begründete Zahlung nur dann als Vermächtnis anzusehen sein, wenn die letztwillige Verfügung oder der feststellbare Erblasserwille eine solche Auslegung zulassen. Im Fall hatte die Erblasserin durchaus einmal den Willen, ihrem Neffen etwas zuzuwenden. Ob sie diesen Willen (in erbrechtlich relevanter Weise) geändert hat, war gerade Gegenstand der Unsicherheit, die durch den Vergleich beseitigt wurde. Richtig ist, dass die Auslegung „Erbeinsetzung der Freundin, beschwert mit einem Vermächtnis zugunsten des Neffen“ unter keinem Gesichtspunkt erbrechtlich gangbar wäre: Entweder gilt das erste Testament oder das zweite. Allerdings gibt es auch andere Gestaltungen, bei denen erbrechtlich nicht gangbare Lösungen der Besteuerung zugrunde gelegt werden, z. B. wenn die Beteiligten eine eindeutig unwirksame letztwillige Verfügung (etwa eine mündliche Erbeinsetzung) tatsächlich vollziehen.⁴ Dies gilt nicht nur bei Umsetzung „1:1“ der unwirksamen Verfügung, sondern auch bei Teilerfüllung.⁵

Vor diesem Hintergrund ist die Lösung des BFH als wortlautgetreue Gesetzesanwendung akzeptabel, wenn auch keineswegs zwingend: Sie beruht auf der These, dass einer Besteuerung – auch im Rahmen einer tatsächlichen Verständigung – nur solche Sachverhalte zugrunde gelegt werden dürfen, die eine reale Möglichkeit darstellen.⁶ Dieses Verständnis ist aber zu eng, wie folgende Überlegung zeigt: Ist nicht aufzuklären, welcher von zwei Unfallbeteiligten „grünes Licht“ an der Ampel hatte, so können sich die Beteiligten darauf verständigen, den Schaden zu teilen. Dieser Vergleich könnte (steuerliche Relevanz unterstellt) der Besteuerung zugrunde gelegt werden, obwohl – vom Fall des mysteriösen „feindlichen Grün“ einmal abgesehen – klar ist, dass dieses Ergebnis (beide waren gleichermaßen schuld) mit Sicherheit nicht der Realität entspricht. Denn das Ergebnis befindet sich in der

Bandbreite der tatsächlichen Möglichkeiten, auch wenn es nicht selbst eine reale Möglichkeit repräsentiert. Eine steuerlich unbeachtliche „Fiktion“ würde hingegen dann vorliegen, wenn die Unschuld eines Beteiligten mit Sicherheit feststeht, und man sich dennoch darauf einigt, dass auch dieser einen Teil des Schadens trägt.

3. Anderweitige steuerliche Folgen

Damit ist aus Sicht des BFH geklärt, dass es sich bei der Geldzahlung nicht um einen erbschaftsteuerpflichtigen Erwerb des Prätendenten vom Erblasser handelt, mehr hatte der BFH nicht zu befinden. Für den Berater schließt sich allerdings die Frage an, ob diesem steuerlichen Vorteil nicht andernorts eintretende Nachteile entgegenstehen.

a) Der Nachlass der Erblasserin ist in der Summe nicht kleiner geworden; da ihn der Prätendent nicht erworben hat, liegt in voller Höhe ein der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb der Erbin vor (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Die Zahlung an den Prätendenten ist nicht als Vermächtnis oder sonstige erbrechtliche Last abziehbar (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG), sodass lediglich die Abzugsmöglichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG bleibt. Zahlungen, die der Ersatzerbe an den Haupterben für dessen Ausschlagung leistet, sind „Kosten für die Erlangung des Erwerbs“; Aufwendungen für eine Prozessführung um das Erbrecht sind Nachlassregelungskosten (sog. Erbfallkosten).⁷ Daher sind die Kosten für eine Abwendung des Prozesses, einschließlich der Abfindung an den Prätendenten, ebenfalls unter dieser Norm zu erfassen, und zwar unabhängig davon, ob sie beim Prätendenten steuerpflichtig sind.⁸

b) Der Prätendent hat die Zuwendung nicht vom Erblasser erhalten. Sie könnte theoretisch der Schenkungsteuer als Zuwendung von der Erbin unterliegen. Im konkreten Fall liegt dies eher fern, da die Beteiligten den Vergleich als Prozessgegner geschlossen hatten und daher die Zahlung nicht als freigiebige Zuwendung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) einzustufen ist. Dies kann in Fällen, in denen die Beteiligten einander näher stehen und der Vergleich eher der Vermögensverteilung als der Streitbeilegung dient, durchaus anders sein.⁹ Hier lauert Gefahr bei der Abfassung von Erbvergleichen, da häufig das Verwandtschaftsverhältnis der Beteiligten zum Erblasser steuerlich günstiger ist als das der Beteiligten (z. B. Geschwister) untereinander.

c) Wenn der Zufluss beim Prätendenten nicht der Erbschaft- oder Schenkungsteuer unterliegt, dann liegt die Annahme einer Einkommensteuerpflicht nicht fern. Denkbar wäre hier insbesondere die Steuerpflicht nach § 22 Nr. 3 EStG. Die Kasuistik zu dieser Norm ist einigermaßen bunt. So wird hier das vom Erpresser erlangte Lösegeld besteuert,¹⁰ ebenso die Entgelte für den Verzicht auf Rechtsbehelfe gegen verwaltungsrechtliche Genehmigungen oder in WEG-Streitigkeiten, während die Gegenleistung für den Verzicht auf erbrechtliche Ansprüche steuerfrei ist.¹¹

Zwischen diesen Polen ist der Besprechungsfall wohl angesiedelt. Nimmt man die Ausgangsposition des II. Senates wörtlich, wonach dem Prätendenten gerade kein erbrechtlicher Anspruch zustand, auf den er hätte verzichten können,

² BFHE 222, 63 = ZEV 2008, 549.

³ Ebenso BFH II R 82/05, BStBl II 2008, S. 629 = ZEV 2008, 302, zum Vergleich über die Höhe von nachlasszugehörigen Forderungen.

⁴ *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 56 ff.

⁵ BFH II R 16/80, BStBl. II 1982, S. 28; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 65.

⁶ So insbesondere *Benne*, FR 2004, 1102, 1105.

⁷ *Troll/Gebel/Jülicher*, § 10 ErbStG Rdnr. 214, 231.

⁸ *Benne*, FR 2004, 1102, 1108 f.

⁹ Zur Abgrenzung vgl. *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 107.

¹⁰ FG Münster, EFG 66, 409.

¹¹ BFH X R 140/88, BStBl. II 1990, S. 1026; BFH IX R 96/97, BStBl. II 2001, S. 391; BFH X R 132/95, BStBl. II 2000, S. 82.

so liegt die Bejahung der Einkommensteuerpflicht nahe.¹² Zumindest der Finanzverwaltung fehlt meist das Verständnis für eine „Keinmalbesteuerung“ realer Zuflüsse.

4. Zur Besteuerung des Erbvergleiches

Die erhoffte steuerliche Anerkennung bildet aus Sicht der Beteiligten häufig eine wesentliche Grundlage für ihre Bereitschaft zum Abschluss eines Erbvergleichs. Insofern wäre es (auch rechtspolitisch) bedauerlich, wenn der BFH hier die Grenzen zu eng zieht. Die Entscheidungsgründe legen dazu zweierlei nahe:

- Der Erbvergleich kann – keine Neuigkeit – überhaupt nur anerkannt werden, soweit er erbrechtliche Fragen zum Gegenstand hat (siehe oben 2. b)). Dies sollte der Gestalter klar herausstellen, insbesondere indem die erbrechtlich fraglichen Punkte im Vergleich selbst klar benannt werden.
- Schwieriger ist die erbrechtliche Einschränkung auf die „denkbare Auslegungsvariante“ (oben 2. c)). Hier sollte

¹² Ebenso *Knoll*, *SteuK* 2011, 331; *Benne*, *FR* 2004, 1102, 1108; anders – zu § 16 EStG – BFH vom 14.3.1996, IV R 9/95, *BStBl. II* 1996, S. 310 = *DStR* 1996, 917.

der Gestalter, wenn die erbschaftsteuerliche Anerkennung gewünscht ist, darauf hinwirken, dass das Ergebnis des Vergleiches als Ergebnis einer möglichen Testamentauslegung dargestellt wird. Der Vertrag sollte also – wenn seine steuerliche Anerkennung gewollt ist – eher als Auslegungsvertrag formuliert werden, denn als Abfindungsvertrag.

5. Fazit

Mit der besprochenen Entscheidung weicht der BFH ohne Not und ohne stringente Begründung eine langjährige Rechtsprechung¹³ auf. Dies mag im Einzelfall für den Betroffenen günstig sein (je nachdem, wie die unter 3. besprochenen Fragen zu entscheiden wären), führt insgesamt aber zu weniger steuerlicher Rechtssicherheit bei der Abfassung von Erbvergleichen. Umso wichtiger ist es daher, dass der Berater die Beteiligten dazu anhält, die steuerliche Anerkennung entweder im Vorfeld (z. B. durch eine verbindliche Auskunft) zu klären oder für den Fall der Nichtanerkennung Rücktrittsrechte vorzusehen.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

¹³ Vgl. schon *RFHE* 1,1; *RStBl* 1938, S. 929; *RStBl* 1942, S. 1063.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Heinz Meisch, Fürstenfeldbruck, verstorben am 5.1.2012

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2012:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Dr. Bernhard)	dem Notar Dr. Manuel Straßer (bisher in Eltmann)
---	--

Mit Wirkung vom 1.3.2012:

Rosenheim	der Notarassessorin Verena Schlittenbauer (bisher in München Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)
-----------	--

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2012:

Eva-Maria Bernauer, Prien a. Chiemsee
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller)

Marcel Neumair, München
(Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig),
vom 1.2.2012 bis 30.6.2012 im Sonderurlaub

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Johannes Hecht, Hengersberg, wurde mit Wirkung vom 20.10.2011 promoviert

Mit Verfügung des Bayer. StMJV vom 20.1.2012 werden der Gemeindeteil Frohndorf der Gemeinde Eckental dem Amtsbereich der Notarstellen in Erlangen sowie die Gemeindeteile Großengsee, Ittling, Strahlenfels, Wildenfels und Winterstein der Gemeinde Simmelsdorf dem Amtsbereich der Notarstellen in Lauf a. d. Pegnitz zugeordnet.

Notarassessor Christian Kalleder, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. Rieger/Koller), scheidet zum 1.2.2012 aus

Notarassessorin Dr. Kerstin Rohde, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.2.2012 in Berlin (BNotK)

Amtfrau Irene Witzel i. N., Arnstein (Notarstelle Stein), ab 1.2.2012 in Werneck (Notarstelle Stein)

Oberinspektorin i. N. Karin Huber, Simbach (Notarstelle Dr. Mayer), ab 16.2.2012 in Neumarkt-St. Veit (Notarstelle Wurm)

Amtmann i. N. Thomas Brunner, München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner), ab 1.3.2012 in Landshut (Notarstellen Suttner/Trautner)

Oberinspektorin Babara Wasner, München (Notarstellen Huwendiek/Dr. Knapp), ab 1.3.2012 in München (Notarstellen Barth/Brunner)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Ute Müller, Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/Malchus), zum 31.1.2012 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Paul Hornfeck, Bayreuth (Notarstelle Dr. Dr. Forst), ab 1.3.2012 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Fürth, Notarstelle Stoll
Telefon 0911 6007440
Telefax 0911 60074444
E-Mail: info@notarin-stoll.de

Gunzenhausen, Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder
Marktplatz 17, 91710 Gunzenhausen
(Berichtigung zur irrtümlich im Heft 1 angegebenen
Adresse Hauptstraße 17)

Haßfurt, Notarstelle Dr. Müller
Hauptstraße 70, 97437 Haßfurt
Telefon 09521 60596-0
Telefax 09521 6059610
E-Mail: post@notarin-mueller.de
Homepage: www.notarin-mueller.de

Riedenburg, Notarstelle Herbst
Kelheimer Straße 19, 93339 Riedenburg

Wörth a. d. Donau, Notarstelle Eicher
Taxisstraße 29, 93086 Wörth a. d. Donau

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,
Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer.

SONSTIGES

„Notariat und Verbraucherschutz“

Tagung der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV) der Universität Bayreuth

29. bis 30.3.2012

Hörsaal 33, Angewandte Informatik (AI), der Universität Bayreuth,
Universitätsstr. 30, 95447 Bayreuth

Die Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV) der Universität Bayreuth veranstaltet in Zusammenarbeit mit der Bundesnotarkammer eine Tagung zum Thema „Notariat und Verbraucherschutz“. Die Veranstaltung findet vom 29. bis 30.3.2012 im Hörsaal 33, Angewandte Informatik (AI), der Universität Bayreuth, Universitätsstr. 30, 95447 Bayreuth, statt.

Als Referenten sind bislang vorgesehen Prof. Dr. *Klaus F. Gärditz*, Notar Prof. Dr. *Peter Limmer*, Prof. Dr. *Nicola Preuß*, Prof. Dr. *Markus Artz*, Notar Dr. *Jens Bormann*, *Richard Frimston*, *Ulf Bergquist*, Notar Dr. *Stefan Görk*, Prof. Dr. *Christian Baldus*, Notar *Till Franzmann*, Notar Prof. *Andrea Fusaro*.

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kostenfrei. Aus organisatorischen Gründen wird darum gebeten, die Teilnahme bis um 8.3.2012 anzuzeigen. Nähere Informationen finden sich unter www.verbraucherrecht.uni-bayreuth.de. Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an *Carmen Langhanke*, Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV), Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth, Telefon 0921/55-6121, Telefax 0921/55-6122, E-Mail: verbraucherrecht@uni-bayreuth.de.

Neuerscheinungen

1. Basty: Der Bauträgervertrag. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2011. 646 S., 119 €
2. Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 35. Aufl., Beck, 2012. 2 393 S., 85 €
3. Bonefeld: Haftungsfallen im Erbrecht. 2. Aufl., zerb, 2011. 282 S., 38 €
4. Demharter: Grundbuchordnung. 28. Aufl., Beck, 2012. 1 184 S., 73 €
5. Driehaus: Erschließungs- und Ausbaubeiträge. 9. Aufl., Beck, 2012. 920 S., 75 €
6. Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger: Internationales Vertragsrecht. 2. Aufl., Beck, 2012. 1 364 S., 199 €
7. Fleischer/Goette: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Gesamtwerk in 3 Bänden. Beck, 2011. 7 500 S., 744 €
8. Hamm/Schwerdtner: Maklerrecht. 6. Aufl., Beck, 2012. 295 S., 44,90 €
9. Hauschild/Kallrath/Wachter: Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht. Beck, 2011. 1 750 S., 169 €
10. Hinz/Junker/von Rechenberg/Sternel: Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2011. 1 090 S., 119 €
11. Kniffka: Bauvertragsrecht. Beck, 2012. 802 S., 109 €
12. Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 2 000 S., 138 € + CD/DVD
13. Lemke: Immobilienrecht. Carl Heymanns, 2011. 1 888 S., 139 €
14. Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 71. Aufl., Beck, 2012. 3 087 S., 109 €
15. Rheinische Notarkammer: Festschrift für Günter Brambring zum 70. Geburtstag. Beck, 2011. 375 S., 109 €
16. Riedel: Praxishandbuch Unternehmensnachfolge. zerb, 2012. 920 S., 99 €

Veranstaltungen des DAI

1. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis (Wegerhoff)
29.2.2012 in Berlin
2. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger)
3.3.2012 in Berlin
3. 11. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Bauträgervertragsrecht, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht (Blank, Block, Bormann, Diehn, Hügel, Krauß)
12.–17.3.2012 in Kiel
Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Münch, Oertel, Schaal, Wegerhoff)
23.–28.4.2012 in Kiel
4. Ausgewählte Fragen zu den Rechten in Abt. II und III (Schaal)
14.3.2012 in Heusenstamm
5. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht (Herrler, Müller)
16.3.2012 in Heusenstamm
23.3.2012 in Bochum
6. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
16.3.2012 in Berlin
7. Sichere erbrechtliche Gestaltungen auf der Grundlage der ErbSt-Richtlinien 2011 (Wälzholz)
17.3.2012 in Berlin
8. Die Grunderwerbsteuer in der notariellen Praxis (Fumi, Gottwald)
17.3.2012 in Köln
9. 10. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitsstagung (Crezelius, Heckschen, Schmidt, Bergmann, Elsing, Hirte, Hommelhoff, Mayer, Schäfer, Priester)
23.–24.3.2012 in Hamburg, Bucerius Law School
10. 10. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Bauträgervertragsrecht, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht (Blank, Block, Bormann, Diehn, Hügel, Krauß)
26.–31.3.2012 in Heusenstamm
Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Münch, Oertel, Schaal, Wegerhoff)
7.–12.5.2012 in Heusenstamm
11. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2012 (Melchior)
18.4.2012 in Bochum
12. Typische Fehler bei der Kostenberechnung (Schmidt, Tiedtke)
28.4.2012 in Heusenstamm
13. Die Notarprüfung (Kühnelt, Blaeschke)
5.5.2012 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.

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F