

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. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Münch: Die Reform des Zugewinnausgleichsrechts 261

Bolkart: Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 268

Volmer: Neue Gestaltungsmöglichkeiten gegen die Überleitung von Versorgungsansprüchen auf die Sozialhilfe 276

Arens: Steuer- und Gestaltungsfragen bei Abfindung von Unterhaltsansprüchen 282

Tagungsberichte

Fischer/Wolf: Aktuelle Fragen des Familienrechts 285

Rechtsprechung

Vereinbarung ruhender Versorgungsleistungen nicht sittenwidrig (BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08) 294

Im Zweifel kein Vermietungsrecht des Wohnungsberechtigten (BGH, Urteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07) 298

Keine eidesstattliche Versicherung bei Verfügung durch eingetragene GbR-Gesellschafter (LG Ingolstadt, Beschluss vom 14.4.2009, 12 T 526/09) 300 mit Anmerkung *Amann* 302

Betreuungsunterhalt nach Vollendung des dritten Lebensjahres (BGH, Urteil vom 18.3.2009, XII ZR 74/08) 303 mit Anmerkung *Grziwotz* 307

Kein Schenkungswiderruf wegen vor der Schenkung begangener ehelicher Untreue (OLG München, Urteil vom 28.1.2009, 20 U 2673/08) 308 mit Anmerkung *Bruch* 311

Keine allgemeine Pflicht des Notars zur Einsicht der Grundakten (BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08) 317 mit Anmerkung *Regler* 319

Geschäftswert Verwalterbestellung (BGH, Beschluss vom 23.10.2008, V ZB 89/08) 321 mit Anmerkung *Diehn* 324

Keine Betreuungsgebühr für die Erstellung einer XML-Datei (OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.2009, 15 Wx 158/08) 325 mit Anmerkung *Sikora* 326

Hinweise für die Praxis

Entwurf der Kostenordnung der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“ (*Diehn*) 333

Inhalt

Aufsätze

Münch: Die Reform des Zugewinnausgleichsrechts **261**

Bolkart: Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit **268**

Volmer: Neue Gestaltungsmöglichkeiten gegen die Überleitung von Versorgungsansprüchen auf die Sozialhilfe **276**

Arens: Steuer- und Gestaltungsfragen bei Abfindung von Unterhaltsansprüchen **282**

Tagungsbericht

Fischer/Wolf: Aktuelle Fragen des Familienrechts **285**

Buchbesprechungen

Basty: Der Bauträgervertrag (*Everts*) **288**

Meikel: Grundbuchordnung (*Krebs*) **288**

Firsching/Graf: Nachlassrecht (*Leiß*) **289**

Wöhrmann: Das Landwirtschaftserbrecht (*Troidl*) **290**

Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen (*Satzl*) **291**

Henn/Frodermann/Jannott: Handbuch des Aktienrechts (*Kroier*) **292**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Vereinbarung ruhender Versorgungsleistungen nicht sittenwidrig (BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08) **294**
2. Umfang einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung (OLG München, Beschluss vom 27.4.2009, 34 Wx 22/09) **296**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Im Zweifel kein Vermietungsrecht des Wohnungsberechtigten (BGH, Urteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07) **298**
4. Voraussetzungen für die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses (LG Hof, Beschluss vom 13.3.2009, 24 T 70/08) **299**
5. Keine eidesstattliche Versicherung bei Verfügung durch eingetragene GbR-Gesellschafter (LG Ingolstadt, Beschluss vom 14.4.2009, 12 T 526/09) **300**
mit Anmerkung *Amann* **302**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

6. Betreuungsunterhalt nach Vollendung des dritten Lebensjahres
(BGH, Urteil vom 18.3.2009, XII ZR 74/08) **303**
mit Anmerkung *Grziwotz* **307**
7. Kein Schenkungswiderruf wegen vor der Schenkung begangener ehelicher Untreue
(OLG München, Urteil vom 28.1.2009, 20 U 2673/08) **308**
mit Anmerkung *Bruch* **311**

Erbrecht

8. Beschwerdeberechtigung des Ersatztestamentsvollstreckers
(OLG München, Beschluss vom 4.2.2009, 31 Wx 84/08) **312**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Existenzvernichtungshaftung bei Liquidationsgesellschaft (*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 9.2.2009, II ZR 292/07) **314**
10. Eintragungsfähigkeit des Sonderzeichens @
(LG München I, Beschluss vom 15.12.2008, 17 HKT 920/09) **315**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. Aus Insolvenzmasse freigegebener Gegenstand unterliegt Vollstreckungsverbot
(BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06) **315**

Beurkundungs- und Notarrecht

12. Keine allgemeine Pflicht des Notars zur Einsicht der Grundakten
(BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08) **317**
mit Anmerkung *Regler* **319**

Kostenrecht

13. Geschäftswert Verwalterbestellung
(BGH, Beschluss vom 23.10.2008, V ZB 89/08) **321**
mit Anmerkung *Diehn* **324**
14. Keine Betreuungsgebühr für die Erstellung einer XML-Datei
(OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.2009, 15 Wx 158/08) **325**
mit Anmerkung *Sikora* **326**

Inhalt (Fortsetzung)

Öffentliches Recht

15. Keine Tilgungswirkung einer zahlungsverjäherten Vorausleistungsforderung
(BVerwG, Urteil vom 19.3.2009, 9 C 10.08) **328**
16. Auslösung eines sanierungsrechtlichen Vorkaufsrechts bei Immobilienkauf zwischen
GbR und beteiligter GmbH (*nur Leitsatz*)
(VG Saarlouis, Beschluss vom 12.2.2009, 5 L 69/09) **329**

Steuerrecht

17. Abfindung von Unterhaltsansprüchen als außergewöhnliche Belastung
(BFH, Urteil vom 19.6.2008, III R 57/05) **329**
18. Gewerblicher Grundstückshandel bei Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 17.12.2008, IV R 72/07) **330**

Hinweise für die Praxis

Entwurf der Kostenordnung der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“
(*Diehn*) **333**

Standesnachrichten **335**

Sonstiges **III**

4 | MittBayNot

Begründet 1864

Julii/August 2009 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Die Reform des Zugewinnausgleichsrechts

Von Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

Von den vielen familienrechtlichen Reformen, die derzeit in Kraft treten oder bereits gelten, ist die Reform des Zugewinnausgleichsrechts¹ die am wenigsten spektakuläre. Sie bringt keine Systemänderungen mit sich wie das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 oder die Reform des Versorgungsausgleichs. Gleichwohl sollen die Änderungen hier dargestellt sein, führen sie doch auch zu einigen Anpassungen für die Vertragspraxis und sind im Rahmen der Beratung wichtig. Die Reform tritt zum 1.9.2009 in Kraft.

I. Zugewinnsgemeinschaft als bewährtes Modell

Zunächst stellt die Begründung des Gesetzentwurfes² fest, dass sich das Modell der hälftigen Teilung des Zugewinns bewährt habe und einen typischen und praxistauglichen Ansatz bildet, wie er auch bei anderen Gemeinschaften zu finden ist. Die Begründung hebt dabei die Vertragsfreiheit im Güterrecht nach § 1408 BGB besonders hervor und sieht in ihr das Korrektiv, das die ansonsten typisierenden Regeln rechtfertigt. Insbesondere für den Bereich der Unternehmen wird die Notwendigkeit von Eheverträgen betont. Dem entsprechend hat der Gesetzentwurf die Zugewinnsgemeinschaft nur in Randbereichen geändert, in denen Unstimmigkeiten schon seit Jahrzehnten kritisiert worden sind.³

II. Negatives Anfangsvermögen und Folgeänderungen

1. Negatives Anfangsvermögen (§ 1374 BGB n. F.)

Zu diesen gehört in erster Linie die bisherige Vorschrift des § 1374 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach das Anfangsvermögen

¹ BT-Drucks. 16/10798, angenommen in der Fassung der BT-Drucks. 16/13027 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses); bei Manuskriptabschluss noch nicht verkündet.

² BR-Drucks. 635/08, S. 15 ff. – sehr kritisch zur Begründung des Gesetzentwurfes *Koch*, FamRZ 2008, 1124, 1129: Das Fehlen jeder argumentativen Herleitung für die Gesetzesänderungen im Entwurf erspare die Auseinandersetzung mit demselben.

³ *Koch*, FamRZ 2008, 1124.

eines Ehegatten nicht negativ sein kann. Das noch geltende Recht hatte so dazu geführt, dass die Tilgung von Schulden während der Ehe keine Auswirkungen auf die Zugewinnberechnung hatte. Dies war ungerecht,⁴ zumal der BGH auch eine Verrechnung negativen Anfangsvermögens mit späterem privilegiertem Erwerb nicht zuließ.⁵ Das Reformgesetz streicht aus diesem Grund § 1374 Abs. 1 Hs. 2 BGB und stellt in einem neuen Abs. 3 klar, dass Verbindlichkeiten bei Berechnung des Anfangsvermögens über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen sind. Damit entspricht es einer Forderung der Praxis.⁶

Durch den neuen Abs. 3 wird deutlich, dass ein negatives Anfangsvermögen auch durch den Erwerb negativen privilegierten Vermögens entstehen kann. Ziel des Gesetzgebers war es, hierdurch sowohl bei End- wie bei Anfangsvermögen negative Beträge in gleichem Umfang abzuziehen, so dass sich der Zugewinn per Saldo nicht verändern soll. Es gehört jedoch nicht viel Phantasie dazu, sich auszumalen, dass in der Vertragspraxis versucht werden könnte, über negative vorweggenommene Erbfolgen im Vorfeld einer Trennung unterhalb der Grenze der Illoyalität des § 1375 BGB wegen des Eingreifens der Vermögenswertbegrenzung des § 1378 Abs. 2 BGB den Zugewinn zu verringern.

⁴ Vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 944 ff.

⁵ DNotZ 1996, 458.

⁶ 15. DFGT, C. III., FamRZ 2003, 1906, 1908.

Mit der Einführung des neuen § 1374 Abs. 3 BGB dürfte auch einer vom BGH zum alten Recht abgelehnten Saldierung des Anfangsvermögens nach Abs. 1 und 2 nichts mehr im Wege stehen.⁷

Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB wird nicht geändert,⁸ obwohl sie gedanklich von einem Anfangsvermögen von Null ausgeht. Daher ist es bei negativem Anfangsvermögen zwar nicht mehr erforderlich, ehevertraglich auch die Verringerung dieses Negativsaldos als Zugewinn zu definieren,⁹ es sollte jedoch ein Vermögensverzeichnis erstellt werden, um später die Vermutung erschüttern zu können. Über die Darlegungs- und Beweislast nach neuem Recht wird zur Zeit noch gestritten.¹⁰ Es dürfte jedoch sachgemäß sein, angesichts der Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB demjenigen Ehegatten, der ein negatives Anfangsvermögen des anderen Ehegatten behauptet, dafür die Beweislast aufzubürden. Bei einer Mischung von Aktiv- und Passivposten wäre dann der Ehegatte für sein eigenes Aktivvermögen und der andere Ehegatte, der negatives Anfangsvermögen behauptet, für die Verbindlichkeiten seines Partners beweisbelastet. Die Schlussfolgerung, dass das Endvermögen gleich dem Zugewinn sei, stimmt jedenfalls nicht mehr, da es zwar negatives Endvermögen gibt, aber – wie sogleich dargelegt wird – keinen negativen Zugewinn.

2. Negatives Endvermögen (§ 1375 BGB n. F.)

Als Folgeänderung lässt § 1375 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. auch ein negatives Endvermögen zu. Dadurch wird erreicht, dass ein Schuldenabbau eines bei der Scheidung noch immer – aber weniger – verschuldeten Ehegatten als Zugewinn erfasst wird.

In den Fällen negativen Endvermögens kommt es zu einem Zugewinnausgleich aber nur, wenn der nach wie vor verschuldete Ehepartner ausgleichsberechtigt ist, da er aufgrund der Kappung nach § 1378 Abs. 2 BGB keinen Zugewinn zahlen muss, wenn zwar sein Zugewinn höher war, aber kein positives Endvermögen vorhanden ist.

3. Kein negativer Zugewinn

Einen negativen Zugewinn gibt es hingegen nach wie vor nicht. Denn es soll vermieden werden, dass ein Ehegatte über den Zugewinn für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten mit haftet und dessen Gläubiger begünstigt werden.¹¹

Hierüber scheinen aber unterschiedliche Ansichten zu bestehen. Während nämlich einerseits in der Literatur Beispiele mit fehlendem Anfangsvermögen und später negativem Endvermögen zu einem negativen Zugewinn führen,¹² wird andererseits betont, das Erwirtschaften von Verlusten werde nicht als negativer Zugewinn einbezogen.¹³ Letzteres entspricht auch der Gesetzesbegründung¹⁴ und dürfte richtig sein, da die

⁷ So ausdrücklich die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, notar 2008, 15, 16; Krause, ZFE 2009, 55, 56.

⁸ Kritisch hierzu Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, notar 2008, 15, 17.

⁹ Vgl. zu üblichen Eheverträgen in diesen Fällen Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 946.

¹⁰ Nachweise bei Krause, ZFE 2009, 55, 56; Hoppenz, FamRZ 2008, 1889, 1891.

¹¹ BR-Drucks. 635/08, S. 18 = BT-Drucks. 16/10798, S. 14.

¹² Kogel, FF 2008, 185, 187 f. mit Berechnungsbeispiel, der im Übrigen dafür plädiert, wegen der eintretenden Verkomplizierung bei der bisherigen Rechtslage zu bleiben.

¹³ Büte, FuR 2008, 105, 108; Krause, ZFE 2009, 55, 57; Hoppenz, FamRZ 2008, 1889, 1890.

¹⁴ BR-Drucks. 635/08, S. 18.

Ehegatten eben grundsätzlich nach §§ 1363 ff. BGB auf eigenes Risiko wirtschaften.

III. Änderung des Stichtages zur Berechnung der Ausgleichsforderung

Während schon das bisherige Recht als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens und damit auch des Zugewinns die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags annahm, greift § 1384 BGB in seiner neuen Fassung weiter und erklärt diesen Zeitpunkt auch für die Höhe der Ausgleichsforderung als maßgeblich.

Damit wird der Stichtag für die Berechnung der nachfolgend geschilderten Vermögenswertbegrenzung der Zugewinnausgleichsforderung nach vorne verlegt, so dass eine Vermögensverringerung zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung nicht mehr zu einer Reduzierung der Ausgleichsforderung über die Vermögenswertbegrenzung führt. Dies war nach bisher geltendem Recht problematisch, weil solchen oft gezielten Vermögensminderungen nicht über § 1375 Abs. 2 BGB begegnet werden konnte.¹⁵ Damit räumt die Reform einen wesentlichen Kritikpunkt am bisherigen Zugewinnausgleich aus.

IV. Vermögenswertbegrenzung

1. Beibehaltung des bisherigen § 1378 Abs. 2 BGB

Durch die Möglichkeit negativen Anfangs- und Endvermögens nach neuem Recht kann es vorkommen, dass ein Ehegatte einer Zugewinnausgleichsforderung ausgesetzt ist, die sein gesamtes Vermögen aufzehrt. Ein solcher Ehegatte soll nach der Gesetzesbegründung¹⁶ geschützt werden, indem weiterhin eine Vermögenswertbegrenzung beibehalten wird.

Zunächst war im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen, dass Grenze des Ausgleichsanspruchs die Hälfte des nach Abzug der Verbindlichkeiten noch vorhandenen Vermögens sein solle. Damit sollte sichergestellt sein, dass es gemäß dem Grundgedanken des Zugewinnausgleichs zu einer höchstens hälftigen Teilung des vorhandenen positiven Vermögens kommt. Zumindest die Hälfte seines Endvermögens hätte also der ausgleichspflichtige Ehegatte behalten können. An dieser zunächst beabsichtigten Regelung wurde jedoch Kritik geäußert. Sie führe dazu, dass für einen Ausgleichsberechtigten, der selbst keinen oder kaum Zugewinn erzielt habe, eine Partizipation an der Schuldentilgung des ausgleichspflichtigen Ehegatten wieder ausgeschlossen werde – eine Auswirkung gerade zulasten der nicht oder nur gering verdienenden Ehefrauen.¹⁷

Auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses hin¹⁸ ist diese Regelung jedoch nicht Gesetz geworden. Es bleibt vielmehr bei der bisherigen Vermögenswertbegrenzung auf das gesamte vorhandene Vermögen, das nach Abzug aller Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstands (mitzulesen ist der neue § 1384 BGB; bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages) vorhanden ist.

Damit kann es in Fällen negativen Anfangsvermögens dazu kommen, dass ein ausgleichspflichtiger Ehegatte sein gesamtes Endvermögen für den Zugewinnausgleich einsetzen muss,

¹⁵ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 97, 107.

¹⁶ BR-Drucks. 635/08, S. 30.

¹⁷ Koch, FamRZ 2008, 1124, 1127.

¹⁸ BT-Drucks. 16/13027 – dieser folgte insoweit inhaltlich der Stellungnahme des Bundesrates in BR-Drucks. 635/08 (Beschluss).

ohne dass ihm positives Vermögen verbleibt. In den Fällen negativen Anfangsvermögens wird dies nicht immer gewünscht sein. Hier ist daher ggf. ehevertraglich Abhilfe zu schaffen.

2. Berechnungszeitpunkt Rechtshängigkeit

Ferner ist der Ausgleichsberechtigte durch die geschilderte Vorverlegung des Stichtages der Endvermögensberechnung im Rahmen der Neufassung des § 1384 BGB insoweit geschützt, als der Kappungswert nach Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags nicht mehr durch illoyale Vermögensminderungen sinken kann, weil dieser Wert mit der Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags festgeschrieben wird – im Gegensatz zum bisherigen Recht, das auf die Beendigung des Güterstandes und damit auf die Scheidung abstellte.

Problematisch kann für einen Ausgleichsverpflichteten ein unverschuldeter Vermögensverfall nach Rechtshängigkeit werden – man denke nur an die Volatilität von Börsenwerten. Hier würde bei Fälligkeit der Zugewinnausgleichsforderung, die nach wie vor gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB erst bei Rechtskraft der Scheidung gegeben ist, unter Umständen eine völlig andere Vermögenslage bestehen, die allein zulasten des Ausgleichspflichtigen geht.¹⁹

3. Zuzüglich illoyaler Vermögensminderung

Zudem soll es nicht mehr möglich sein, durch illoyale Vermögensminderungen bis zur Rechtshängigkeit (besonders gefährlich war hier die Zeit zwischen Trennung und Rechtshängigkeit) die Vermögenswertbegrenzung zu einer Reduzierung der Zugewinnausgleichsforderung zu nutzen. Daher wird die in § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. gegebene Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht. War zunächst beabsichtigt, den Kappungswert nur um die Hälfte des nach § 1375 Abs. 2 BGB dem Endvermögen hinzuzurechnenden Betrages zu erhöhen, so ist nach der Empfehlung des Rechtsausschusses nunmehr der volle Betrag der illoyalen Vermögensminderung dem positiven Endvermögen hinzuzurechnen. Dieser Betrag, der nach § 1375 Abs. 2 BGB dem Endvermögen hinzuzurechnen ist, erhöht also die tatsächliche Ausgleichsforderung in vollem Umfang. Das kann bedeuten, dass der illoyale Ehegatte sein gesamtes vorhandenes Vermögen zum Zugewinnausgleich verwenden oder sich sogar wegen dieser Hinzurechnung verschulden muss.²⁰ Auf diese Konsequenz weist die Begründung des Rechtsausschusses ausdrücklich hin.²¹

Zusätzlich wird der Schutz vor illoyalen Vermögensminderungen auch effektiv gestaltet. § 1379 BGB n. F., wie er durch den Rechtsausschuss gestaltet wurde, sieht nunmehr einen Auskunftsanspruch auch für den Zeitpunkt der Trennung vor. Damit korrespondiert eine neue Beweislastregel in § 1375 Abs. 2 Satz 2 BGB, die ebenfalls auf Empfehlung des Rechtsausschusses eingeführt wurde. Ist das Endvermögen geringer als das Vermögen, das nach der Auskunft zum Trennungszeitpunkt vorhanden war, so muss dieser Ehegatte nachweisen, dass die Verminderung nicht auf Handlungen des Satz 1 zurückzuführen ist. Anderenfalls wird schon die Verminderung dem Endvermögen hinzugerechnet.²²

¹⁹ Kogel, FF 2008, 185, 191.

²⁰ BR-Drucks. 635/08, S. 33.

²¹ BT-Drucks. 16/13027, S. 10, 11.

²² Diese Konsequenz wird ausdrücklich in der Begründung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13027, S. 10 betont. Gelingt keine „nachvollziehbare Darlegung“ der Vermögensminderung, wird die Differenz dem Endvermögen zugerechnet.

Diese verbesserte Stellung des Ehegatten geht – wenn sie denn durchsetzbar ist, denn eine Verschuldung für den Zugewinn nach Aufbrauchen aller positiven Werte müsste ja von jemandem finanziert werden – letztlich zulasten der anderen Gläubiger, so dass § 1378 Abs. 2 BGB seine zentrale Funktion des Gläubigerschutzes verliert.²³

4. Korrespondenzänderung bei § 1390 BGB

Korrespondierend wird auch § 1390 BGB geändert. Der Anspruch gegen den Empfänger einer illoyalen Zuwendung wird von einem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten in einen Anspruch auf eine Zahlung umgewandelt, der dann besteht, wenn die Ausgleichsforderung das gesamte noch vorhandene Endvermögen des illoyalen Ausgleichsverpflichteten übersteigt, weil dann die Durchsetzung gegen den Ausgleichsverpflichteten gefährdet ist. Der Anspruch soll aber auch bei nur geringfügigem Übersteigen in voller Höhe bestehen.²⁴ Der illoyale Ehegatte und der Zuwendungsempfänger haften als Gesamtschuldner.

V. Vorzeitiger Zugewinn und Sicherung des Zugewinnanspruchs

1. Prozessuale Änderungen

Nach bisherigem Recht musste zunächst eine Gestaltungs-klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich erhoben werden, mit deren Rechtskraft Gütertrennung eintrat. Zwar konnte eine Leistungsklage hiermit verbunden werden, aber eine Entscheidung über diese konnte erst nach rechtskräftigem Gestaltungsurteil fallen. Erst mit Eintritt der Gütertrennung bestanden zudem die für die Leistungsklage erforderlichen Auskunftsansprüche.

Nach dem neuen § 1385 BGB²⁵ hat der Ehegatte nunmehr bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Zahlung des Zugewinnausgleichs, den er zusammen mit dem Anspruch auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft geltend machen kann, so dass es künftig möglich sein wird, sofort Leistungsklage zu erheben. Dieser Anspruch kann dann nach § 916 ZPO durch Arrest gesichert werden, so dass als Folge der umstrittenen § 1389 BGB aufgehoben wurde.

Nach § 1386 BGB bleibt aber auch die Möglichkeit, sich allein auf die Gestaltungs-klage zu beschränken. Auch dies hat die Vorverlegung des Berechnungszeitpunkts nach § 1387 BGB zur Folge. Bedeutsam ist dies insbesondere für den ausgleichspflichtigen Ehegatten, der keinen Zahlungsanspruch hat. Auch er mag im Einzelfall illoyale Vermögensminderungen seines Ehegatten befürchten.

2. Erweiterung der Voraussetzungen für den vorzeitigen Zugewinnausgleich

Der neue § 1385 BGB erweitert zugleich die Voraussetzungen für den vorzeitigen Zugewinnausgleich, um auch hier effektiveren Rechtsschutz zu schaffen. Besonders bedeutsam ist, dass es nunmehr genügt, dass Handlungen nach § 1365 BGB oder § 1375 Abs. 2 BGB zu befürchten sind. Hier erlaubt die Neufassung bereits im Vorfeld eines Verstoßes gegen § 1365 BGB oder einer illoyalen Vermögensminderung die Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich. Damit verschiebt sich zugleich der Berechnungszeitpunkt für die Höhe des End-

²³ Koch, FamRZ 2008, 1124, 1127.

²⁴ Kogel, FF 2008, 185, 192.

²⁵ Zum neuen Recht: von Eichel, ZFE 2008, 206; Krause, ZFE 2008, 406.

vermögens und der Ausgleichsforderung (also auch für die Vermögenswertbegrenzung) auf die Erhebung der Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, § 1387 BGB. Damit kann die Auswirkung einer illoyalen Vermögensminderung auf den Zugewinn verhindert werden. Für die Praxis wird entscheidend sein, wann die Gerichte von einer solchen „Befürchtung“ einer Handlung nach §§ 1365, 1375 Abs. 2 BGB ausgehen.

Ferner kann auch bei schuldhafter Nichterfüllung wirtschaftlicher Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, ein vorzeitiger Zugewinn verlangt werden, wenn sich die Nichterfüllung über längere Zeit erstreckt.

VI. Ehwohnung und Haushaltsgegenstände

Das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts hat zugleich die Vorschriften zur endgültigen Wohnungszuweisung und des Hausrats insoweit grundlegend geändert, als die bisherige Sonderregelung in der HausratsVO vollständig aufgehoben und die Materie wieder in das BGB integriert wurde. § 1568 a BGB regelt nunmehr die Wohnungszuweisung – die allerdings nicht mehr als solche bezeichnet wird, sondern als Überlassung der Ehwohnung²⁶ – und § 1568 b BGB die Zuweisung von Hausrat, das Gesetz spricht hier jetzt von Haushaltsgegenständen. Das Verfahren richtet sich nach §§ 200 ff. FamFG.

1. Grundsätze und Voraussetzungen richterlicher Entscheidung

Nach § 1 HausratsVO a. F. konnte der Richter auf Antrag die Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung regeln, wenn sich die Ehegatten nicht einig waren. Nach § 2 HausratsVO hatte der Richter nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere aber des Kindeswohls und der Erfordernisse des Gemeinschaftslebens zu entscheiden.²⁷

Diese Billigkeitsentscheidung der HausratsVO a. F. wird nunmehr ersetzt durch ein System von Anspruchsgrundlagen. Allerdings wurde das strenge System der Anspruchsgrundlagen, das noch den Referentenentwurf prägte, in der Gesetzesfassung insoweit aufgeweicht, als § 1568 a BGB einen Anspruch auf Wohnungsüberlassung neben den dort vorgesehenen Gründen zusätzlich auch dann gewährt, wenn die Überlassung der Wohnung „aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht“. Auch wenn die Billigkeit damit im Gewand einer Anspruchsgrundlage erscheint, kehrt man damit doch wieder einen Schritt weit zu den bisherigen Rechtsgrundsätzen zurück.

§ 1568 a BGB gewährt nunmehr einem Ehegatten einen Anspruch auf Überlassung der Ehwohnung,

- wenn er auf deren Nutzung in stärkerem Maße angewiesen ist als der andere Ehegatte oder
- wenn die Überlassung aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht.

²⁶ Auch das erst zum 1.9.2009 in Kraft tretende FamFG wird insoweit in seinen §§ 200 ff. schon vor seinem Inkrafttreten wieder geändert.

²⁷ Die Billigkeitsentscheidung ist wohl auf den Erlass 1944 als Kriegsverordnung zurückzuführen (vgl. BR-Drucks. 536/08, S. 21), wo auch die Erfordernisse des Gemeinschaftslebens noch eine ganz andere Bedeutung gehabt haben mochten. Die Entstehungszeit war der Verordnung aber insoweit nicht abträglich, als die Probleme der Wohnungszuweisung geblieben sind und die HausratsVO durch spätere Gesetze in den Willen des aktuellen Gesetzgebers aufgenommen wurde, Neumann, FamRB 2008, 191.

Für die Frage, wann ein Ehegatte in stärkerem Maße auf die Wohnungsnutzung angewiesen ist als der andere, soll berücksichtigt werden:

- das Wohl der im Haushalt lebenden Kinder und
- die Lebensverhältnisse der Ehegatten.

Dies knüpft an die bisherigen Voraussetzungen nach § 2 HausratsVO a. F. an und soll sicherstellen, dass wie bislang alle Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung finden können. Insoweit sollte die Neufassung keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung bringen.²⁸

2. Wohnung im Alleineigentum oder Miteigentum mit Dritten

§ 1568 a Abs. 2 BGB, der inhaltlich dem § 3 HausratsVO a. F. entspricht, gibt dem Eigentümer oder sonstigen dinglich Berechtigten an der Ehwohnung den Vorrang bei der Frage der Nutzung der Ehwohnung. Eine Nutzungszuweisung an den Nichteigentümer-Ehegatten kommt nur in Betracht, wenn sie erforderlich ist, um für diesen eine unbillige Härte zu vermeiden.²⁹ Dies ist etwa dann anerkannt, wenn der Nichteigentümer-Ehegatte für sich und die von ihm betreuten gemeinsamen Kinder keine Wohnung finden kann, die für ihn erschwinglich ist.³⁰

Eine Änderung der Eigentumsverhältnisse kann nach § 1568 a BGB nicht bewirkt werden.

3. Familienwohnheim in Miteigentum

Ebenso wie die HausratsVO regelt § 1568 a BGB das Miteigentum nicht gesondert. Die Rechtsprechung wendet in diesen Fällen die allgemeine Vorschrift des § 1568 a Abs. 1 BGB und nicht die erschwerten Überlassungsvoraussetzungen des § 1568 a Abs. 2 BGB an.³¹ Insofern dürfte sich zur Rechtslage nach der HausratsVO nichts geändert haben.

4. Regelung des Mietverhältnisses

Ein Schwerpunkt der Neuregelung nach § 1568 a BGB gegenüber der Vorgängerregelung des § 5 HausratsVO a. F. liegt in der Neufassung der Regelung über die Umgestaltung oder Neubegründung eines Mietverhältnisses nach § 1568 a Abs. 3 bis 5 BGB. Hierdurch sollte zum einen der Umstellung der richterlichen Entscheidung auf ein Anspruchssystem Rechnung getragen werden, aber auch eine Angleichung an die zahlreichen Neuordnungen im Bereich des Mietrechts der letzten Jahre erreicht werden. Damit ist an vielen Punkten die bisher schon angenommene familienrechtliche Überlagerung des Mietrechts³² aus dem Blickfeld geraten, was zu Problemen führt.

a) Ausscheiden aus dem Mietverhältnis

§ 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB gibt erstmals die dem Eintrittsrecht beim Tod eines Mieters nach §§ 563, 563 a BGB nachgebildete Möglichkeit, dass die Ehegatten nur aufgrund ihrer Einigung ohne eine richterliche Anordnung mittels einer Mitteilung dieser Einigung über die Überlassung der Ehwohnung an den Vermieter bewirken können, dass damit der zur

²⁸ BR-Drucks. 635/08, S. 43 f.

²⁹ Nicht entscheidend ist hingegen, ob der Eigentümer die Wohnung selbst dringend braucht, OLG Oldenburg, FamRZ 1998, 571.

³⁰ OLG Köln, FamRZ 1996, 492.

³¹ BayObIG, FamRZ 1974, 22; OLG Celle, FamRZ 1992, 465, 466; Götz/Brudermüller, Die Gemeinsame Wohnung, 2008, Rdnr. 207 jeweils zur Rechtslage nach der HausratsVO.

³² Hierzu etwa Götz/Brudermüller, Die Gemeinsame Wohnung, Rdnr. 3, 41.

Überlassung verpflichtete Ehegatte aus dem Mietverhältnis ausscheidet. Derjenige Ehegatte, dem die Wohnung überlassen wird, führt dann entweder das Mietverhältnis alleine weiter, wenn es bisher mit beiden Ehegatten bestand, oder er wird anstelle des ausscheidenden Ehegatten alleiniger Mieter.

Der Vermieter kann nach § 563 Abs. 4 BGB außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn in der Person des übernehmenden Ehegatten ein wichtiger Grund vorliegt. Allein die bloße Befürchtung, der verbliebene Ehegatte könne die Miete nicht zahlen, wird noch nicht zur Kündigung berechtigen, sonst wäre der Sinn des § 1568 a BGB ins Gegenteil verkehrt,³³ anders mag dies bei Zahlungsunfähigkeit sein.³⁴

Die Anregung des Bundesrates,³⁵ im Falle einer solchen außerordentlichen Kündigung nach § 1568 a Abs. 3 BGB dem Vermieter auch gegen den ausgeschiedenen Ehegatten Ansprüche aus dem Mietvertrag zu geben, wurde nicht umgesetzt.

Als zweite Möglichkeit für den Fall, dass sich die Ehegatten nicht einig sind, verbleibt nach wie vor nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 2 BGB die gerichtliche Umgestaltung des Mietverhältnisses mit Rechtskraft der Endentscheidung im Wohnungszuweisungsverfahren.³⁶ Auch in diesem Falle steht dem Vermieter das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB zu.

Nach verschiedenen Diskussionen sieht die verabschiedete Gesetzesfassung trotz der insoweit durchaus begründeten Empfehlung des Bundesrates³⁷ in § 1568 a BGB Sicherungsanordnungen zugunsten des Vermieters entsprechend § 5 Abs. 1 Satz 2 HausratsVO a. F. nicht mehr vor, so dass dem ausscheidenden Ehegatten die Leistung einer Kaution, aber auch die Mithaftung für Mietausfälle nicht mehr auferlegt werden kann.³⁸

Ansonsten kommt eine inhaltliche Umgestaltung des bestehenden Mietvertrages nach § 1568 a Abs. 3 BGB nicht in Betracht.

b) Neubegründung eines Mietverhältnisses

Die Neubegründung eines Mietverhältnisses nach § 1568 a Abs. 5 BGB kommt vor allem bei der Zuweisung an den Nichteigentümer-Ehegatten oder bei Bewohnen der Wohnung ohne Mietvertrag (Kündigung³⁹, Überlassung durch Eltern) in Betracht.

Während § 5 Abs. 2 HausratsVO die richterliche Mietfestsetzung nach billigem Ermessen vorsah – und damit auch die Berücksichtigung der nachehelichen wirtschaftlichen Verflechtungen und Verhältnisse der Ehegatten erlaubte⁴⁰ – ist nunmehr der Anspruch auf Begründung eines Mietverhältnisses nach dem Wortlaut des § 1568 a Abs. 5 BGB an die ortsübliche Vergleichsmiete geknüpft. Ob es daneben wirklich noch eine Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaft-

lichen Verhältnisse geben kann, wie die Gesetzesbegründung meint,⁴¹ erscheint angesichts des klaren Gesetzeswortlauts zweifelhaft.

Eine zeitliche Befristung des Mietvertrages kann verlangt werden

- bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 575 Abs. 1 BGB oder
- wenn die Begründung eines unbefristeten Mietverhältnisses unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters unbillig ist.

Wie bisher auch nach der zuweilen übersehenen Vorschrift des § 12 HausratsVO enthält § 1568 a Abs. 6 BGB eine Ausschlussfrist von einem Jahr ab Rechtskraft der Scheidung für Eingriffe in die Rechte Dritter aufgrund des § 1568 a BGB.

5. Nutzungsentuschädigung

Unter Geltung der HausratsVO konnte nach allgemeiner Ansicht wie beim Getrenntleben nach § 1361 b Abs. 3 BGB auch nach der Scheidung eine Nutzungsentuschädigung verlangt werden, auch wenn § 3 HausratsVO dies nicht ausdrücklich vorsah; nach einer im Vordringen befindlicher Meinung sollte dies auch bei freiwilligem Auszug gelten.⁴² Eine Nutzungsentuschädigung entfiel hingegen immer dann, wenn der Nutzungsvorteil unterhaltsrechtlich wirklich Berücksichtigung gefunden hatte.

Der Regierungsentwurf zur Neuregelung des § 1568 a BGB sah hingegen Nutzungsentuschädigungsansprüche nicht vor, da er die Regelung durch ein Mietverhältnis mit ortsüblicher Miete als ausreichend erachtete. Daraus wurde sogleich die Schlussfolgerung gezogen, es entfalle damit künftig die Grundlage für eine Analogie, da keine ungeplante Gesetzeslücke bestehe.⁴³ Der Bundesrat wies zu Recht darauf hin,⁴⁴ dass Abs. 2 und Abs. 5 des § 1568 a BGB nicht verknüpft sind und daher durchaus Fälle vorstellbar erscheinen, in denen es nicht zum Abschluss eines Mietvertrages komme. Aus diesem Grunde wollte er die Nutzungsentuschädigung nun positivrechtlich auch für die Wohnungsüberlassung nach der Scheidung in § 1568 a BGB geregelt wissen.

Der Gesetzgeber ist jedoch einen anderen Weg gegangen und hat nicht nur dem Nutzenden einen Anspruch auf Begründung eines Mietverhältnisses gegeben, sondern auch der zur Vermietung berechtigten Person. Dies sieht der Rechtsausschuss⁴⁵ als ausreichend an, um zur Begründung eines Mietverhältnisses und damit zu einem mietrechtlichen Anspruch zu kommen, den er gegenüber einem familienrechtlichen Nutzungsentuschädigungsanspruch präferiert.

6. Haushaltsgegenstände

Haushaltsgegenstände, die nach §§ 1361 a, 1568 b BGB verteilt werden, unterliegen nicht dem Zugewinnausgleich. Sie sind also weder im Anfangs- noch im Endvermögen zu erfassen.⁴⁶

³³ Vgl. Krause, ZFE 2008, 448, 449.

³⁴ Roth, FamRZ 2008, 1388, 1389.

³⁵ BR-Drucks. 635/08 (Beschluss).

³⁶ Nach § 148 FamFG werden Entscheidungen in Folgesachen nicht vor der Rechtskraft des Scheidungsauspruchs rechtskräftig.

³⁷ BR-Drucks. 635/08 (Beschluss), S. 4.

³⁸ Die Praxis begrenzte dies auf Zeiträume von drei bis fünf Jahren und Mietausfälle bis etwa 12 oder 18 Monatsmieten, *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl. 2004, Kap. 4, Rdnr. 92 ff.

³⁹ BR-Drucks. 635/08, S. 46.

⁴⁰ Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl. 2009, § 5 HausratsVO Rdnr. 6.

⁴¹ BR-Drucks. 635/08, S. 46.

⁴² Vgl. detailliert zum Ganzen: OLG München, FamRZ 2007, 1655 m. abl. Anm. *Wever*.

⁴³ Roth, FamRZ 2008, 1388, 1389.

⁴⁴ BR-Drucks. 635/1/08, S. 10.

⁴⁵ BT-Drucks. 16/13027, S. 11.

⁴⁶ Büte, Zugewinnausgleich, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 121; Gernhuber, FamRZ 1984, 1053, 1054; a. A. für Erfassung im Anfangsvermögen: Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht/Boden, 2. Aufl. 2008, § 18 Rdnr. 140; Koch, FamRZ 2003, 197, 199; OLG Celle, FamRZ 2000, 226.

Mit der Neukonzeption der Verteilung von Haushaltsgegenständen ist § 9 HausratsVO a. F. ausdrücklich nicht mehr übernommen worden, weil man hierin einen zu starken Eingriff in das Eigentum sah. Gegenstände im Alleineigentum eines Ehegatten müssen also nicht mehr im Rahmen der Verteilung von Haushaltsgegenständen nach Scheidung an den anderen Ehegatten herausgegeben werden.

Somit unterfallen also Haushaltsgegenstände im Alleineigentum eines Ehegatten dem Zugewinnausgleich, weil sie nicht im Anwendungsbereich des § 1568 b BGB liegen.⁴⁷ Die Sonderregelung für Haushaltsgegenstände im Rahmen der Scheidung gilt daher nur noch für solche, die in Miteigentum der Ehegatten stehen. Die gesetzliche Vermutung gemeinsamen Eigentums gibt es weiterhin, sie ist nun in § 1568 b Abs. 2 BGB geregelt.

§ 1568 b BGB hat nicht die Zuweisungsvorschrift des § 8 Abs. 1 HausratsVO a. F. aufgenommen, nach welcher der Richter die Haushaltsgegenstände gerecht und zweckmäßig zu verteilen hatte. Damit ist die Gesamtverteilung nach Billigkeit wohl aufgegeben.⁴⁸ Vielmehr hat der Gesetzgeber § 1568 b BGB über die Haushaltsgegenstände an die Vorschrift des § 1568 a BGB über die Ehwohnung angelehnt und eine parallele Vorschrift geschaffen. Demnach gewährt § 1568 a BGB nunmehr einem Ehegatten einen Anspruch auf Überlassung derjenigen Haushaltsgegenstände,

- auf deren Nutzung er in stärkerem Maße angewiesen ist als der andere Ehegatte oder
- deren Überlassung aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht.

Für die Frage, wann ein Ehegatte in stärkerem Maße auf die Nutzung bestimmter Haushaltsgegenstände angewiesen ist als der andere soll berücksichtigt werden:

- das Wohl der im Haushalt lebenden Kinder und
- die Lebensverhältnisse der Ehegatten.

Ein Anspruch besteht nicht nur auf Überlassung zur Nutzung, sondern auf Übereignung der entsprechenden Haushaltsgegenstände, § 1568 b Abs. 1 BGB. Die Übereignung erfolgt allerdings nicht mehr durch richterlichen Zuweisungsakt. Wie § 8 Abs. 3 Satz 2 HausratsVO gewährt auch § 1568 b Abs. 3 BGB einen Anspruch auf Ausgleichszahlung. Dieser Anspruch wird ggf. durch gerichtliche Entscheidung nach § 209 Abs. 1 FamFG umgesetzt. Der Gesetzgeber des § 1568 b BGB stellt sich dabei eine für jeden übertragenen Gegenstand errechnete Ausgleichszahlung zum Verkehrswert vor, der am Ende mit den Ausgleichsansprüchen des anderen Ehegatten verrechnet werden mag.⁴⁹ Unter der HausratsVO a. F. wurde hingegen die Gesamtverteilung betrachtet und demjenigen, der insgesamt weniger erhalten hatte, eine Ausgleichszahlung nach Billigkeit zugesprochen.

Wer verbissene Streitigkeiten um Haushaltsgegenstände erlebt hat, dem will dies als weltfremdes Programm erscheinen. Man hätte stattdessen akzeptieren können, dass die Verteilung der Haushaltsgegenstände einem Sonderrecht unterliegt, das nicht bis zur letzten Verkehrswertberechnung wie beim Güterstand ausgereizt werden muss. Die Folge wird zukünftig ein verstärkter Streit um Ausgleichszahlungen sein, die bisher eher die Ausnahme waren.⁵⁰

Irritierend ist die Begründung des Regierungsentwurfs, soweit es dort heißt, eine Sonderregelung liege in § 1568 b BGB nur vor, soweit auch von ihr Gebrauch gemacht würde. Wenn nicht, dann soll das Ehegüterrecht zur Anwendung gelangen. Dem ist mit *Götz/Brudermüller*⁵¹ entgegenzuhalten, dass dies zu einem nicht notwendigen Verlust an Praktikabilität führt. Macht ein Ehegatte vorhandene Ausgleichsansprüche nach § 1568 b BGB nicht geltend, sollte es damit sein Bewenden haben.

VII. Sonstige Änderungen

1. Abschaffung des § 1370 BGB

Die Vorschrift über Surrogate von Haushaltsgegenständen wurde zu Recht abgeschafft, denn ihre wirtschaftliche Bedeutung ist gering. Zudem haben insbesondere bei Ersatz technischer Geräte die Neuanschaffungen häufig einen ganz anderen Wert als die mit in die Ehe eingebrachten Altgeräte, so dass eine Surrogation auch wirtschaftlich nicht gerechtfertigt wäre.⁵²

Die Vorschrift gilt nach der Übergangsregelung des Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts aber weiterhin für diejenigen Haushaltsgegenstände, die bis zum 1.9.2009 angeschafft worden sind.

2. Neuregelung von Auskunftsansprüchen

Bisher gab es im Rahmen des Zugewinnausgleichs weder einen Auskunftsanspruch hinsichtlich des Anfangsvermögens noch einen generellen Anspruch auf Vorlage von Belegen. Die Neuregelung des § 1379 BGB gewährt nun diese Ansprüche.

Die Formulierung, dass Auskunft über das Vermögen verlangt werden kann, soweit dies für die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens maßgeblich ist, bedeutet, dass aufgrund der neuen Möglichkeit negativen Anfangsvermögens eine Auskunftspflicht auch über das negative Anfangsvermögen besteht. Dies ist gerade im Lichte der bereits geschilderten fehlenden Anpassung der Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB wichtig.⁵³ Außerdem bezieht sich die Auskunftspflicht auch auf das nach § 1375 Abs. 2 BGB dem Endvermögen und nach § 1378 Abs. 2 BGB der Ausgleichsforderung hinzuzurechnende Vermögen aus illoyaler Vermögensminderung. Ein solcher Auskunftsanspruch war bisher nur recht schwierig über § 242 BGB herleitbar.⁵⁴

Neu hinzugekommen ist durch den Rechtsausschuss ein Auskunftsanspruch auch hinsichtlich des Vermögens, das bei Trennung vorhanden ist. Damit will der Gesetzgeber einer illoyalen Vermögensminderung vorbeugen. Dieser Auskunftsanspruch ist insbesondere von Bedeutung für die neue Beweislastregel des § 1375 Abs. 2 Satz 2 BGB: Danach wird die Vermögensminderung zwischen Trennungszeitpunkt und Stichtag der Endvermögensberechnung dem Endvermögen wieder hinzugerechnet, wenn nicht nachvollziehbar dargelegt werden kann, dass es sich nicht um eine illoyale Vermögensminderung handelt.

Die Pflicht zur Vorlage von Belegen führt zu einer Harmonisierung mit dem Auskunftsanspruch des § 1605 BGB im

⁴⁷ BGH, FamRZ 1991, 1166, 1168.

⁴⁸ Roth, FamRZ 2008, 1388, 1390.

⁴⁹ So ausdrücklich BR-Drucks. 635/08, S. 49, 50 mit Beispielen.

⁵⁰ Roth, FamRZ 2008, 1388, 1390.

⁵¹ FamRZ 2008, 3025, 3031.

⁵² *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 4, Rdnr. 140 ff.

⁵³ Auf Probleme einer geänderten Beweislast weist *Kogel*, FF 2008, 185, 186 hin.

⁵⁴ Vgl. *Palandt/Brudermüller*, § 1379 Rdnr. 3.

Unterhaltsrecht und soll die Rechtsverfolgung erleichtern. Zudem wird der Zeitpunkt des Auskunftsrechts vorverlegt. Ein Auskunftsanspruch besteht nunmehr schon bei vorzeitigem Zugewinnausgleich oder vorzeitiger Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft. Dies ist vor allem deshalb notwendig, weil künftig mit dem Ansinnen auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft zugleich eine Leistungsklage auf vorzeitigem Zugewinnausgleich nach § 1385 BGB verbunden werden kann.

3. Änderung des Betreuungsbehördengesetzes

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass mit Artikel 11 dieses Reformgesetzes auch § 6 Abs. 2 des Betreuungsbehördengesetzes geändert wurde, so dass nunmehr die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörde als „öffentlich“ definiert wird. Dies soll nach der Begründung des Rechtsausschusses bewirken, dass die so beglaubigte Vollmacht auch für Grundbuchzwecke anerkannt wird.⁵⁵

VIII. Auswirkung auf die Vertragsgestaltung

Überdenkt man zusammenfassend die Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung so wird sich Folgendes sagen lassen:

1. Vermögensverzeichnisse

Es wird in noch viel mehr Fällen als bisher ratsam sein, ein Vermögensverzeichnis zu erstellen oder wenigstens die Werte für das Anfangs- und Endvermögen festzulegen. Mit der Einführung des negativen Anfangsvermögens sind erstmals auch die Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Anfangsvermögens bedeutsam, wenn kein positives Vermögen vorhanden ist. Die beibehaltene Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB wird ansonsten nach Jahrzehnten oft kaum mehr zu entkräften sein.

Mit der neuen Rolle, die der Stichtag der Trennung spielt (eigener Auskunftsanspruch in § 1379 BGB, Beweislastregel bei Vermögensminderung nach diesem Zeitpunkt nach § 1375 Abs. 2 Satz 2 BGB), mag es sinnvoll sein, bei einer Trennungs- bzw. Scheidungsvereinbarung auch ein Vermögensverzeichnis auf den Trennungszeitpunkt zu erstellen oder besser sogleich Regelungen zum Zugewinn zu treffen, welche einen späteren Streit um eine Vermögensminderung überflüssig machen.

2. Handlungen unter Verstoß gegen § 1365 BGB

Bedeutsam ist ferner, dass § 1365 BGB eine neue Gewichtung bekommen hat. Schon die Befürchtung einer Handlung unter Verstoß gegen § 1365 BGB führt nach § 1385 BGB n. F. zu einem vorzeitigem Zugewinnausgleich. Dies sollte bei der Vorbesprechung einer Veräußerung im Trennungsstadium

mitberücksichtigt werden. Hier mag schon der Vertragsentwurf einer Veräußerung ohne Zustimmung eine solche Handlung befürchten lassen.

3. Verschuldung bei Heirat

Mit der Schaffung negativen Anfangsvermögens sind keine Eheverträge mehr nötig, die den Zugewinn unter Berücksichtigung des negativen Anfangsvermögens definieren.

Zu bedenken ist für Ehegatten in dieser Situation, dass nach der Neufassung des § 1378 Abs. 2 BGB durch den Rechtsausschuss derjenige Ehegatte, der während der Ehe Schuldentilgung betreibt, möglicherweise durch den Zugewinnausgleich sein gesamtes positives Endvermögen einbüßt. Dies mag unter dem Gesichtspunkt der Halbteilung gerecht sein, wird aber vielfach von dem verschuldeten Ehegatten nicht gewollt sein.

Will man dies vertraglich ausschließen, so ist Vorsicht geboten, bei der Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB anzusetzen und etwa diese im Sinne der ursprünglichen Regelung des Regierungsentwurfes abzuändern, denn die Bestimmung des § 1378 Abs. 2 BGB wird aufgrund ihrer Gläubigerschutzfunktion als unabdingbar angesehen.⁵⁶ Stattdessen könnte man in diesen Fällen die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung nach oben begrenzen durch die Hälfte des beim Stichtag vorhandenen positiven Endvermögens.

4. Beachtung des negativen Anfangsvermögens

Bei Regelungen einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft ist nunmehr die Auswirkung des negativen Anfangsvermögens mit zu bedenken. So muss man etwa aufpassen, dass die gebräuchliche Herausnahme des Anfangsvermögens aus dem Zugewinn, die bisher wirtschaftlich nur die Wertsteigerung von Anfangsvermögen erfasste, nun nicht ein vorhandenes negatives Anfangsvermögen ausklammert und daher die Schuldentilgung wieder aus dem Zugewinn herausnimmt.

VIII. Gesamtbewertung

Insgesamt handelt es sich um eine Reform, die mit der Schaffung eines negativen Anfangsvermögens einem Gerechtigkeitsdefizit abhilft und mit verschiedenen Neuregelungen illoyale Vermögensminderungen nach Trennung effektiv verhindern will. Bei der Wohnungszuweisung fehlen die Möglichkeiten der richterlichen Sicherungsanordnungen, die der Bundesrat zu Recht vorgeschlagen hatte. Für die Notariatspraxis ist dies nach den grundsätzlichen Neuerungen im Unterhalts- und Versorgungsausgleichsrecht sowie im Scheidungsverfahrensrecht mit dem neuen FamFG nunmehr die letzte der vorgesehenen Reformen.

⁵⁵ BT-Drucks. 16/13027, S. 12.

⁵⁶ Erman/Gamillscheg, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1378 Rdnr. 16.

Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Von Notarassessor *Johannes Bolkart*, Berlin

Am 1.9.2009 tritt das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) in Kraft. Es enthält umfangreiche Neuregelungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des familiengerichtlichen Verfahrens. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick und zeigt einzelne für die notarielle Praxis relevante Gesichtspunkte auf.

I. Einleitung

Das FamFG bildet das Kernstück des 112 Artikel umfassenden FGG-Reformgesetzes vom 17.12.2008.¹ Das FamFG löst mit Inkrafttreten sowohl das FGG als auch das sechste Buch der ZPO („Verfahren in Familiensachen“) ab.

Der Gesetzgeber hat sich dabei zum Ziel gesetzt, den bisher nur rahmengesetzartig geregelten „Allgemeinen Teil“ des FGG durch eine geschlossene Kodifikation zu ersetzen und sämtliche Verfahren in Familiensachen in einem einheitlichen Verfahrensgesetz zu bündeln. Beide Regelungsbereiche zeichneten sich bislang nicht durch Nutzerfreundlichkeit aus; die allgemeinen Regeln des FGG-Verfahrens wegen ihrer Lückenhaftigkeit, die Regeln des Verfahrens in Familiensachen wegen ihrer Verworrenheit. Das FamFG soll die Rechtsanwendung in diesen Bereichen erleichtern. Inhaltlich beschränkt sich das FamFG auf punktuelle Änderungen. Eine grundlegende Neuausrichtung nimmt es nicht vor. Dem entsprechend dürfte sich der Aufwand in Grenzen halten, der erforderlich ist, um die notariellen Arbeitstexte an die neue Rechtslage anzupassen.

*Heinemann*² hat bereits umfangreich in das FGG-RG eingeführt. Der Überblick über das Gesetz kann hier also auf das Wesentlichste beschränkt werden; stattdessen werden einzelne, für die notarielle Praxis besonders bedeutsame Regelungen etwas näher beleuchtet.

II. Aufbau des FamFG

Das FamFG ist in neun Bücher eingeteilt, von denen Buch 1 die allgemeinen, die Bücher 2 bis 8 die besonderen und Buch 9 die Schlussvorschriften enthält. Herzstück des Besonderen Teils sind – der Name des Gesetzes lässt es vermuten – die Regelungen über das Verfahren in Familiensachen – Buch 2. Hier werden Vorschriften des familiengerichtlichen Verfahrens konzentriert, die bislang auf unterschiedlichste Gesetze verstreut waren. Im Übrigen befasst sich der Besondere Teil des FamFG zum Teil mit Materien, die bislang schon in den besonderen Vorschriften des FGG geregelt waren, wie Betreuungs- (§§ 271 ff. FamFG), Nachlass- (§§ 342 ff. FamFG) und Registersachen (§§ 374 ff.); einige Themenbereiche, wie insbesondere das Aufgebotsverfahren (§§ 433 ff. FamFG), das Verfahren zur Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§§ 348 ff. FamFG) und bestimmte Vorschriften des Erbscheinsverfahrens (§§ 352 f. FamFG) wurden aus anderen Gesetzen exkorporiert und aus systematischen Erwägungen³ in das FamFG überführt.

¹ Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit („FGG-RG“), BGBl I, S. 2586.

² DNotZ 2009, 6.

³ Zum Aufgebotsverfahren BT-Drucks. 16/6308, S. 171.

III. Allgemeiner Teil des FamFG

1. Allgemeines

Wie eingangs erwähnt, soll der Allgemeine Teil des FamFG die bislang rudimentären Regelungen in §§ 1 bis 34 FGG durch eine in sich geschlossene Kodifikation der allgemeinen Regeln im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersetzen. Inhaltlich kodifiziert der Allgemeine Teil des FamFG einerseits bislang schon geltendes ungeschriebenes Recht; so etwa in §§ 29 f. FamFG, die das eingeschränkte Wahlrecht des Gerichts zwischen Streng- und Freibeweisverfahren regeln.⁴ Zum anderen finden sich aber auch Neuerungen, wie etwa in §§ 38 f. FamFG, die nunmehr grundsätzlich für Endentscheidungen Beschlussform anordnen und den diesbezüglichen Mindestinhalt festschreiben. Besonders hervorgehoben seien folgende Neuerungen:

2. Sachlicher Anwendungsbereich, Gerichtsverfassungs- und Rechtsmittelrecht

§ 1 FamFG bestimmt – insoweit in Übereinstimmung mit § 1 FGG –, dass das Gesetz für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt, soweit sie durch Bundesgesetz den Gerichten zugewiesen sind. Darüber hinaus unterstellt § 1 FamFG nun auch die Familiensachen umfassend dem sachlichen Anwendungsbereich des FamFG. Familiensachen sind in § 111 FamFG (abschließend) aufgezählt, die wichtigsten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit weist § 23 a Abs. 2 GVG⁵ (nicht abschließend, § 23 a Abs. 2 Nr. 11 GVG) dem Anwendungsbereich des FamFG zu. § 23 a Abs. 2 Nr. 8 GVG bestimmt nun ausdrücklich, dass Grundbuchsachen zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zählen.⁶ Allerdings werden die grundbuchverfahrensrechtlichen Regelungen durch das FGG-RG nicht in das FamFG inkorporiert. Die GBO bleibt als weitgehend abgeschlossene Verfahrensordnung außerhalb des FamFG bestehen; ein Rückgriff auf die Regelungen im Allgemeinen Teil des FamFG kommt – entsprechend dem bisherigen systematischen Verhältnis von GBO und FGG⁷ – nur in Betracht, soweit die Regelungen in der GBO Lücken aufweisen.

Neu ist, dass § 13 Hs. 1 GVG künftig die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Zivilsachen zuordnet und sie damit dem Anwendungsbereich des GVG unterstellt. Eigene

⁴ Zur bisherigen Rechtslage *Bumiller/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 8. Aufl. 2006, § 8 Rdnr. 3.

⁵ Soweit hier und nachfolgend ohne nähere Angabe Gesetze zitiert sind, die sowohl vor als auch nach dem 1.9.2009 existieren und die durch das FGG-RG geändert wurden, beziehen sich die Zitate auf den Rechtszustand ab 1.9.2009. Bezugnahmen auf den Rechtszustand vor dem 1.9.2009 werden mit „b. F.“ (bisherige Fassung) gekennzeichnet.

⁶ Was zwar bisher auch schon galt, aber nicht ausdrücklich geregelt war; siehe *Bauer/von Oefele/Bauer*, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2006, AT I Rdnr. 41.

⁷ Hierzu *Bauer/von Oefele/Bauer*, Grundbuchordnung, AT I Rdnr. 41.

gerichtsverfassungsrechtliche Regelungen innerhalb des FamFG (vgl. etwa die bisherigen Bestimmungen über Gerichtssprache, Sitzungspolizei, Beratung und Abstimmung sowie über die Bestimmung des zuständigen Rechtsmittelgerichts in §§ 8 f., 19 Abs. 2, 28 Abs. 1 und 2 FGG) werden damit überflüssig. § 170 Abs. 1 Satz 1 GVG schreibt für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit künftig ausdrücklich⁸ Nichtöffentlichkeit vor.

Einschneidende Änderungen bringt der Allgemeine Teil des FamFG im Rechtsmittelrecht. Der bisher dreistufige Instanzenzug wird grundsätzlich auf zwei Stufen verkürzt. Bislang steht gegen erstinstanzliche Entscheidungen gemäß § 19 FGG die grundsätzlich unbefristete Beschwerde zum LG zur Verfügung und gegen Beschwerdeentscheidungen des LG gemäß §§ 27 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 FGG die weitere Beschwerde zum OLG. Nur in Divergenzfällen kann es zu einer Entscheidung durch den BGH aufgrund entsprechender Vorlage des OLG gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 FGG kommen. Künftig findet gegen erstinstanzliche Entscheidungen das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statt. Sie ist grundsätzlich auf einen Monat befristet (§ 63 Abs. 1 FamFG). Zuständig ist gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG das OLG; nur in Freiheitsentziehungs- und Betreuungssachen bleibt die Rechtsmittelzuständigkeit wegen der hier besonders erforderlichen Ortsnähe⁹ beim LG, §§ 72 Abs. 1 Satz 2, 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG. Gegen die Beschwerdeentscheidung ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG, § 133 GVG einheitlich die Rechtsbeschwerde zum BGH statthaft, allerdings i. d. R. nur dann, wenn sie das Beschwerdegericht wegen grundsätzlicher Bedeutung oder zur Rechtsfortbildung oder -vereinheitlichung zugelassen hat. Abweichend von der Rechtslage bei der Revision (§ 544 ZPO), an deren Stelle die Rechtsbeschwerde in bestimmten Familiensachen funktional tritt, ist eine Nichtzulassungsbeschwerde unstatthaft.¹⁰ Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen¹¹ ordnen §§ 70 Abs. 2 Satz 2, 74 a FamFG nunmehr auf Vorschlag des Rechtsausschusses¹² eine Bindung an die Zulassungsentscheidung an, erlauben es dem BGH aber, die Rechtsbeschwerde ohne mündliche Verhandlung einstimmig zurückzuweisen, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht vorliegen und keine Erfolgsaussichten bestehen.

Das Rechtsmittelsystem in Grundbuchsachen bleibt zwar formal weiterhin selbständig in der GBO geregelt, wird jedoch inhaltlich im Wesentlichen entsprechend den allgemeinen Vorschriften des FamFG angepasst. Insbesondere ist künftig auch in Grundbuchsachen Beschwerdegericht das OLG (§ 72 GBO) und tritt gemäß § 78 Abs. 1 GBO die Rechtsbeschwerde als echtes Parteirechtsmittel zum BGH an die Stelle der bisherigen Divergenzvorlage (§ 79 Abs. 2 GBO b. F.). Abweichend vom allgemeinen Rechtsmittelrecht ist die Beschwerde in Grundbuchsachen allerdings auch künftig unbefristet und kann gemäß § 73 Abs. 1 GBO auch beim iudex ad quem eingelegt werden.

Die Neuregelungen des Rechtsmittelrechts sind aus notarieller Sicht im Wesentlichen¹³ zu begrüßen. Dass das LG als Zwischeninstanz wegfällt, lässt sich verkraften. Es wurde

ohnehin teilweise nur als „Durchlauferhitzer“ auf dem Weg zum OLG gesehen.¹⁴ Der Gesichtspunkt der Ortsnähe spielt bei den in der notariellen Praxis zahlenmäßig überwiegenden Grundbuch- und Registersachen keine Rolle.¹⁵ Hier das LG zu überspringen und gleich das OLG zum Zug kommen zu lassen, liegt nahe und spart Geld.¹⁶ Die Einführung der Rechtsbeschwerde zum BGH als echtes Parteirechtsmittel dürfte dazu führen, dass die Rechtsvereinheitlichungs- und -fortbildungsfunktion des Gerichts künftig auch in Grundbuch- und Registersachen stärker zur Geltung kommen wird. Vor allem Teilbereiche des Registerrechts sind partikularrechtlich zersplittert. Nicht selten führen deshalb Anmeldungen außerhalb des vertrauten Amtsbezirks zu unerfreulichen Überraschungen. Ein verstärkter Einsatz des BGH lässt hier auf spürbare Verbesserungen hoffen.

3. Beteiligte

Ein Kernanliegen des Gesetzgebers ist es, im FamFG den Kreis der Beteiligten möglichst exakt zu definieren. Das Gesetz unterscheidet zwischen Ist- (§ 7 Abs. 1 FamFG), Muss- (§ 7 Abs. 2 FamFG) und Kann-Beteiligten (§ 7 Abs. 3 FamFG).¹⁷ Stets sind als Beteiligte die Personen hinzuziehen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG). In Antragsverfahren ist der Antragsteller stets Beteiligter (§ 7 Abs. 1 FamFG). Daneben können (§ 7 Abs. 3 FamFG) und müssen (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) weitere Personen hinzugezogen werden, soweit dies in besonderen Vorschriften vorgesehen ist.

Die genaue Festlegung der beteiligten Personen soll die Wahrung von Verfahrensrechten, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sichern.¹⁸ Allerdings ist der einfache Gesetzgeber nicht befugt, den Kreis der anhörungsberechtigten Personen i. S. d. Art. 103 Abs. 1 GG zu definieren.¹⁹ Insoweit kommen der Vorschrift des § 7 FamFG und den in den besonderen Vorschriften enthaltenen Beteiligtenkatalogen (§§ 172, 188, 204, 212, 219, 274, 315, 345, 412, 418 FamFG) in erster Linie die Funktion von Checklisten zu.

Das bisherige Recht unterscheidet ungeschrieben zwischen Beteiligten im formellen und materiellen Sinn.²⁰ Die Rechtsstellung des Beteiligten im formellen Sinn beruht auf einer Verfahrenshandlung, die des Beteiligten im materiellen Sinn auf der Beziehung des Verfahrens zu einer materiellen Rechtsposition. Das FamFG kennt nur noch Beteiligte im formellen Sinn.²¹ Die Rechtsstellung des Ist-Beteiligten folgt aus seiner eigenen Verfahrenshandlung (Antragstellung), die des Muss- und Kann-Beteiligten aus einer Verfahrenshandlung des Gerichts (Hinzuziehung). Zwar wird sich die Hinzuziehung in aller Regel durch materielle Rechtsbetroffenheit rechtfertigen. Letztere allein genügt jedoch nicht zur Begründung der

¹⁴ Vgl. *Krafka*, FGPrax 2007, 51, 53.

¹⁵ So auch *Krafka*, FGPrax 2007, 51, 53, für den Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts.

¹⁶ BT-Drucks. 16/6308, S. 2.

¹⁷ Terminologisch anders *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 7, der auch den Antragsteller im Antragsverfahren (§ 7 Abs. 1 FamFG) als Muss-Beteiligten bezeichnet. Das widerspricht allerdings sowohl der Gesetzessystematik als auch der in der Gesetzesbegründung verwendeten Terminologie; vgl. zum Letzteren BT-Drucks. 16/3608, S. 178 f.

¹⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 165.

¹⁹ Siehe zuletzt BVerfG, NJW 2009, 138, 139.

²⁰ *Bumiller/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Vor § 13 Rdnr. 1 ff.

²¹ Unklar insoweit *Jacoby*, FamRZ 2007, 1703, 1704 („§ 7 Abs. 2 Nr. 1 [FamFG knüpft] an den materiellen Beteiligtenbegriff an“), und *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 8 („der sog. ‚materielle Beteiligtenbegriff‘ bleibt für die Beurteilung des Kreises der ‚Muss-Beteiligten‘ maßgebend“).

⁸ Bisher § 8 FGG e contrario; siehe *Bumiller/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, §§ 8, 9 Rdnr. 17.

⁹ BT-Drucks. 16/6308, S. 319.

¹⁰ In Familiensachen hat die Nichtzulassungsbeschwerde allerdings schon bisher nur geringe Bedeutung, § 26 Nr. 9 EGZPO.

¹¹ BT-Drucks. 16/6308, S. 26 und 209.

¹² BT-Drucks. 16/9733, S. 45 und 290.

¹³ Kritisch zur abweichenden Rechtsmittelzuständigkeit bei der betreuungsgerichtlichen Genehmigung einerseits und der familiengerichtlichen Genehmigung andererseits *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 11.

Beteiligtenstellung. Diese Sichtweise wird durch Systematik²² und Begründung²³ des Gesetzes bestätigt. Der streng formelle Beteiligtenbegriff relativiert insbesondere die grundsätzliche Fristgebundenheit²⁴ der Beschwerde. Denn die Beschwerdeberechtigung ergibt sich gemäß § 59 Abs. 1 FamFG unabhängig von der formellen Beteiligung allein aus der materiellen Rechtsbetroffenheit, während § 63 Abs. 3 FamFG die Beschwerdefrist nur zulasten (formell) Beteiligter anlaufen lässt. Daraus folgt: Wer von einer Entscheidung in seinen Rechten betroffen ist, aber nicht formell am Verfahren beteiligt wurde, kann die Entscheidung unbefristet anfechten. Zwar ordnet § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG an, dass die Beschwerdefrist fünf Monate nach Erlass der Entscheidung anläuft, wenn eine Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden kann. Die Vorschrift kann aber nicht entsprechend angewendet werden, wenn eine beschwerdeberechtigte Person überhaupt nicht formell am Verfahren beteiligt wurde.²⁵ § 63 Abs. 3 FamFG orientiert sich ausweislich der Gesetzesbegründung an § 517 ZPO.²⁶ § 517 Hs. 2 ZPO lässt wie § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG bei Bekanntgabemängeln die Rechtsmittelfrist fünf Monate nach Entscheidungsverkündung anlaufen. Damit legt § 517 Hs. 2 ZPO den Parteien des Zivilprozesses die Last auf, sich über den Fortgang des Verfahrens auf dem Laufenden zu halten.²⁷ Eine solche „Informationslast“²⁸ kommt aber nicht in Betracht, wenn eine Person überhaupt keine Kenntnis von dem Verfahren hat, das ihre Rechte beeinträchtigt. Dass sich § 63 Abs. 3 FamFG an § 517 ZPO orientiert, ist überhaupt gewagt. Im Zweiparteien-Zivilprozess wird die formelle Beteiligtenstellung einfach dadurch erlangt, dass eine Partei Klage gegen eine andere Partei erhebt. Im Mehrbeteiligten-Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit werden Muss- und Kann-Beteiligte jedoch erst und nur dann (formell) Beteiligte, wenn sie vom Gericht zum Verfahren „hinzugezogen“ werden. Wird dabei eine beschwerdeberechtigte Person nicht ordnungsgemäß beteiligt, tritt keine Rechtskraft ein. Wie noch auszuführen sein wird,²⁹ kann dies zu sehr unerfreulichen Auswirkungen bei den gerichtlichen Genehmigungen gemäß §§ 1643, 1821 f., 1908 i Abs. 1 Satz 1 und 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB führen.

4. Vertretungsbefugnis

§ 10 Abs. 2 FamFG entspricht inhaltlich dem bisherigen § 13 Abs. 2 FGG, der seinerseits auf das Gesetz zur Neuregelung

²² „ist ... Beteiligter“ (§ 7 Abs. 1 FamFG) einerseits, „sind hinzuzuziehen“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) andererseits.

²³ BT-Drucks. 16/6308, S. 204: „[§ 59 Abs. 1] bestimmt, dass es für die Beschwerdeberechtigung auf die Beeinträchtigung eigener Rechte ankommt. Auf die Beteiligtenstellung in erster Instanz kommt es demgegenüber nicht an. Mithin ist es unerheblich, ob der Beschwerdeberechtigte tatsächlich Beteiligter des erstinstanzlichen Verfahrens war oder aufgrund seiner Rechtsbetroffenheit hätte hinzugezogen werden müssen.“ Außerdem BT-Drucks. 16/6308, S. 178: „Bei der Neugestaltung der Begrifflichkeit ist deshalb eine Lösung zu finden, die die Mitwirkungsfunktionen der Beteiligten bei größtmöglicher Einheitlichkeit des Beteiligtenbegriffs in Anlehnung an andere Verfahrensordnungen – insbesondere die ZPO – stärker als bisher von materiellrechtlichen Elementen trennt und deutlicher an das formelle Recht anlehnt. Dies hat den Vorteil, dass die Mitwirkungsfunktionen der Beteiligten an formelle Akte angeknüpft werden können, die durch sie selbst oder das Gericht vorgenommen werden.“

²⁴ Dazu oben unter III. 2.

²⁵ A. A. wohl inzident *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 18.

²⁶ BT-Drucks. 16/6308, S. 206.

²⁷ MünchKommZPO/*Rimmelspacher*, 3. Aufl. 2007, § 517 Rdnr. 1.

²⁸ MünchKommZPO/*Rimmelspacher*, § 517 Rdnr. 1.

²⁹ Unten IV. 3.

des Rechtsberatungsrechts³⁰ zurückgeht. Die Vorschrift bestimmt, dass im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur bestimmte Personen vertretungsbefugt sind, wie beispielsweise Rechtsanwälte, Beschäftigte und Familienangehörige. Das verunsichert die Praxis. Insbesondere im Hinblick auf Register-, Erwerbs-, Veräußerungs-, Finanzierungs-, Vollzugs- und Vorsorgevollmachten scheint § 10 Abs. 2 FamFG in vielen Fällen ohne Grund bisher absolut praxisübliche und bewehrte Vorgehensweisen zu versperren. Richtigerweise folgt aus der Wertung des § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG, wonach Notare stets zur Vertretung befugt sind, bereits de lege lata, dass die Beschränkungen des § 10 Abs. 2 FamFG nicht gelten, wenn die Vertretererklärung vom Notar entworfen wurde. Ähnliches wird nun voraussichtlich auch gesetzlich klargestellt.³¹ Der (noch gar nicht in Kraft getretene) § 378 FamFG und der § 15 GBO sollen dahin geändert werden, dass künftig bei Grundbuch- und Registererklärungen wie Anträgen, Bewilligungen und Anmeldungen die Beschränkungen des § 10 Abs. 2 FamFG entfallen, wenn die Vertretererklärung unterschriftsbeglaubigt oder beurkundet ist. Diese Klarstellung ist zu begrüßen.

IV. Familien- und Betreuungssachen

1. Allgemeines

Familiensachen sind künftig in Buch 2 des FamFG umfassend geregelt und in § 111 FamFG abschließend aufgezählt. Buch 2 des FamFG speist sich aus Vorschriften, die bisher in den verschiedensten Gesetzen zu finden waren, nämlich z. B. der ZPO, dem FGG, der HausratsV oder dem GewSchG. Insbesondere wurde das sechste Buch der ZPO vollständig aufgehoben und in das FamFG überführt. Grundlegende strukturelle Änderungen des Verfahrens sind insoweit nicht vorgesehen. Scheidung und Folgesachen werden auch künftig im Verbund behandelt (§ 137 Abs. 1 FamFG). Trotz der formalen Verortung im FamFG lassen sich die Familiensachen wie bisher nach dem Grad der zugelassenen Beteiligtenherrschaft ordnen und zwar bei absteigender Reihenfolge in Familienstreitsachen (§ 112 FamFG; z. B. Geltendmachung von nahehelichem Unterhalt), Ehesachen (§ 121 FamFG; z. B. Ehescheidung) und sonstige Familiensachen (z. B. Bestellung eines Vormunds, § 151 Nr. 4 FamFG). Auf die sonstigen Familiensachen wird das FamFG „pur“ angewendet. Für Familienstreitsachen und Ehesachen sieht das Gesetz in § 113 FamFG ähnlich der bisherigen Rechtslage ein Mischverfahren vor, so dass ein Hin- und Herwandernlassen des Blicks zwischen ZPO und FamFG in diesem Bereich erforderlich bleibt.

2. Gerichtsverfassung

Auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung ergeben sich in Familiensachen deutliche Veränderungen. Das Vormundschaftsgericht wird abgeschafft. Seine Aufgaben werden zwischen dem Familiengericht und dem neu geschaffenen Betreuungsgericht aufgeteilt. Hierdurch und durch weitere Maßnahmen

³⁰ Vom 12.12.2007, BGBl I, S. 2840.

³¹ Art. 8 Nr. 1 lit. y), 9 Abs. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und kostenrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 16/12717. Das Gesetz wird derzeit (Stand: 19.5.2009) im Vermittlungsausschuss beraten.

wird der Zuständigkeitsbereich des Familiengerichts erheblich erweitert (sog. „Großes Familiengericht“³²).

Für den Bereich der notariellen Praxis wird die Rechtsanwendung durch die Neuregelungen stark vereinfacht. So ist etwa im Bereich der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger bisher zu differenzieren. Für die Genehmigungen gemäß §§ 112 Abs. 1 Satz 1, 113 Abs. 3 Satz 1 BGB ist das Vormundschaftsgericht zuständig. Haben die Eltern den Minderjährigen vertreten, ist das Familiengericht zuständig, die erforderliche gerichtliche Genehmigung zu dem Rechtsgeschäft gemäß § 1643 Abs. 1 und 2 BGB erteilen. Bei Vertretung durch einen Vormund obliegt wiederum dem Vormundschaftsgericht dessen Bestellung und die Erteilung der erforderlichen Genehmigung (§§ 1774 Satz 1, 1821 ff. BGB b. F.). Im Bereich der Ergänzungspflegschaft wird die gerichtliche Genehmigung vom Vormundschaftsgericht erteilt (§§ 1915 Abs. 1 Satz 1, 1821 ff. BGB); im Hinblick auf die Frage, welche Entscheidungen bei der Bestellung des Ergänzungspflegers jeweils das Familien- und das Vormundschaftsgericht zu treffen haben, ist die Rechtslage ganz verworren.³³

Das wird mit Inkrafttreten des FGG-RG einfacher. Die Zuständigkeiten von Familiengericht und Betreuungsgericht können dann im notariellen Alltag *cum grano salis* nach einer einfachen Regel abgegrenzt werden: Das Betreuungsgericht ist zuständig für alle Maßnahmen, die die gesetzliche Vertretung Volljähriger betreffen. Den Rest erledigt das Familiengericht.

Das Betreuungsgericht ist also künftig insbesondere dafür zuständig, einem Volljährigen einen Betreuer zu bestellen (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die von dem Betreuer vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu genehmigen (§§ 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1821 ff. BGB). Zwar bestimmen §§ 1821 ff. BGB künftig die Zuständigkeit des Familiengerichts und ordnet § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB deren sinngemäße Anwendung an. Soweit sein Wortlaut auch die Zuständigkeitsregelungen aus §§ 1821 ff. BGB in Bezug nimmt, ist § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB jedoch ersichtlich teleologisch zu reduzieren.

In den notarrelevanten Bereichen ist das Familiengericht künftig insbesondere zuständig für

- die Genehmigung von Rechtsgeschäften, die Eltern, Ergänzungspfleger oder ein Vormund als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen vorgenommen haben (§§ 1643 Abs. 1 und 2, 1821 ff., 1915 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2, 1411 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 BGB),
- das Erteilen oder Ersetzen von Genehmigungen gemäß §§ 112 Abs. 1 Satz 1, 113 Abs. 3 Satz 1 BGB,
- die Beseitigung güterrechtlicher Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365 Abs. 2, 1426, 1430, 1452 Abs. 1 BGB) und
- Adoptionssachen (§ 186 FamFG); hier ist das Familiengericht insbesondere zuständig, die Annahme als Kind auszusprechen und hierzu erforderliche Einwilligungen zu ersetzen, und zwar jeweils unabhängig davon, ob es sich um eine Minder- oder Volljährigenadoption handelt.

In Verfahren, die Minderjährige betreffen, nimmt die Aufgaben des Verfahrenspflegers (§ 50 FGG) künftig ein sog. „Verfahrensbeistand“ wahr, § 158 FamFG. In Betreuungs- und Unterbringungssachen verbleibt es bei der schon bisher (§§ 67, 70 b FGG) verwendeten Bezeichnung „Verfahrenspfleger“, §§ 276, 317 FamFG.

³² BT-Drucks. 16/6308, S. 168.

³³ Siehe *Palandt/Diederichsen*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 1909 Rdnr. 5 mit § 1697 Rdnr. 1 und 2.

Im Hinblick auf die Erweiterung der familiengerichtlichen Zuständigkeit erscheint schließlich die Vorschrift des § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG erwähnenswert. Sie bestimmt (i. V. m. § 111 Nr. 10 FamFG, § 23 b Abs. 1 GVG), dass das Familiengericht über alle „Ansprüche zwischen miteinander verheirateten oder ehemals miteinander verheirateten Personen oder zwischen einer solchen und einem Elternteil im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe“ entscheidet. Damit ist dem FamFG anders als bisher auch das sog. „Nebengüterrecht“³⁴ zur Entscheidung zugewiesen, also insbesondere die (Rück-)Abwicklung von Ehegatten- oder Schwiegerelternzuwendungen, Ehegatteninnengesellschaften, Miteigentümergeinschaften und Gesamtschuldverhältnissen.³⁵

3. Gerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften

Das FGG-RG ändert nichts am Kreis der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte gemäß §§ 1643, 1819 ff., 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB. Und auch künftig entscheidet das Familien- oder Betreuungsgericht über die Erteilung der Genehmigung nach pflichtgemäßem, allein am Mündelinteresse ausgerichteten Ermessen (materielle Genehmigungsvoraussetzung).³⁶ Gravierende Änderungen sind jedoch beim diesbezüglichen Verfahren zu verzeichnen.

a) Verfahren zur Genehmigungserteilung

Die bisherige Rechtslage sieht so aus: Die gerichtliche Genehmigung wird gemäß § 1828 BGB, § 16 Abs. 1 FGG mit Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter sofort wirksam. Sobald sie auch dem Gegner des Rechtsgeschäfts gegenüber wirksam wird, etwa indem sie ihm gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB mitgeteilt wird, kann die Genehmigung gemäß §§ 55, 62 FGG nicht mehr aufgehoben werden. Allerdings hat das BVerfG³⁷ entschieden, §§ 62, 55 FGG seien mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen. Das BVerfG forderte deswegen den Gesetzgeber zu einer Neuregelung auf und ordnete für die Zwischenzeit an, dass der Rechtspfleger seine Genehmigungsentscheidung durch einen anfechtbaren Vorbescheid ankündigen muss. Wird der in seinen Rechten Betroffene nicht durch Bekanntgabe des Vorbescheides am Verfahren beteiligt, kann er abweichend von §§ 62, 55 FGG die Genehmigung nachträglich anfechten und so auch ihre Aufhebung erreichen, wenn die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen nicht vorliegen.³⁸ Entscheidend ist dabei: Auch wenn der in seinen Rechten Betroffene nicht ordnungsgemäß am Vorbescheidsverfahren beteiligt wird, ist das genehmigte Rechtsgeschäft wirksam. Und lagen die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen vor, bleibt es auch in jedem Fall wirksam; denn eine Klage gegen die Genehmigung wäre in diesem Fall zwar zulässig, aber nicht begründet.

Ganz anders die künftige Rechtslage. Das FamFG ersetzt im Verfahren zur Erteilung gerichtlicher Genehmigungen zu Rechtsgeschäften (und auch im Erbscheinsverfahren, dazu näher unten) die bisherige Vorbescheids- durch eine Suspen-

³⁴ BT-Drucks. 16/6308, S. 263.

³⁵ BT-Drucks. 16/6308, S. 263.

³⁶ Zur bisherigen Rechtslage *Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 8 ff.

³⁷ NJW 2000, 1709.

³⁸ Vgl. *Bumiller/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 62 Rdnr. 1.

sivlösung.³⁹ Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG wird die gerichtliche Genehmigung künftig erst mit Rechtskraft wirksam. (Formelle) Rechtskraft tritt gemäß § 45 FamFG mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ein. Oben⁴⁰ ist gezeigt worden, dass zulasten eines Nichtbeteiligten überhaupt keine Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt. Da Minderjährige grundsätzlich nicht verfahrensfähig sind (§ 9 FamFG), von und gegenüber ihnen also keine Verfahrenshandlungen wirksam vorgenommen werden können, kann zu ihren Lasten keine Rechtsmittelfrist in Gang gesetzt werden. Um die Genehmigung bei Beteiligung Minderjähriger rechtskräftig und damit wirksam werden zu lassen, ist es also in jedem Fall erforderlich, gemäß § 158 FamFG einen Verfahrensbeistand⁴¹ zu bestellen und diesem⁴² die Genehmigung gemäß § 41 Abs. 3 FamFG bekannt zu geben. In Betreuungssachen fingiert zwar § 275 FamFG die Verfahrensfähigkeit des Mündels, so dass dieses (formell⁴³) Beteiligter werden kann und also zu seinen Lasten Rechtsmittelfristen anlaufen können. Wie noch zu zeigen sein wird, sollte der Notar aber auch hier auf die Bestellung eines Verfahrenspflegers gemäß § 276 FamFG tunlichst hinwirken.

Hieraus folgt: Wird das Mündel nicht ordnungsgemäß beteiligt, so wird die Genehmigung niemals, auch nicht entsprechend § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG zwei Wochen und fünf Monate nach Entscheidungserlass,⁴⁴ wirksam. Ein dennoch – fehlerhaft – erteiltes Rechtskraftzeugnis genießt keinen öffentlichen Glauben.⁴⁵ Das kann für den Vertragspartner schlimme Folgen haben:

b) Gesetzgeberischer Korrekturbedarf; Beispiel

V ist pflegebedürftig und steht unter Betreuung durch B. Um Vs Heimaufenthalt finanzieren zu können, verkauft B daher ein Hausgrundstück des V mit einem Verkehrswert von 150.000 € zu einem Preis von 170.000 € im Namen des V an K. Das Betreuungsgericht erteilt B die Genehmigung gemäß §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4, 1828, 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB, ohne V gemäß § 299 FamFG („soll“) anzuhören. Auch eine Bekanntgabe der Genehmigungsentscheidung an V unterbleibt, weil das entsprechende Schreiben auf der Frankierstelle des Gerichts verloren geht. Das Versehen bleibt unentdeckt, das Rechtskraftzeugnis wird erteilt und der Kaufpreis von K bezahlt. V wendet den Kaufpreis vollständig für den Heimaufenthalt auf und verstirbt Jahre später vermögenslos.

K wird Augen machen, wenn Vs Erben ihn Jahrzehnte später⁴⁶ räumen lassen und bezüglich des gezahlten Kaufpreises auf § 818 Abs. 3 BGB verweisen: Kaufvertrag und Auflassung sind endgültig⁴⁷ unwirksam. Die Genehmigung wurde V nicht

bekannt gegeben, und V wurde auch sonst nicht durch „Hinzuziehung“ gemäß §§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 275 FamFG (formell) Verfahrensbeteiligter. Damit lief zu seinen Lasten keine Rechtsmittelfrist an.⁴⁸ Die (ohnehin widerlegbare) Zugangsfiktion gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 FamFG hilft auch nicht weiter, weil die Genehmigung noch vor Aufgabe zur Post verloren ging.⁴⁹ Die Genehmigung wurde somit niemals rechtskräftig (§ 45 FamFG) und damit auch nicht wirksam (§ 40 Abs. 2 FamFG).

Dieses Ergebnis ist nicht hinnehmbar, weil einerseits der Verfahrensfehler K weder zurechenbar oder auch nur erkennbar ist und andererseits das unwirksame Vertretergeschäft im besten Mündelinteresse lag. Nach der noch geltenden Rechtslage hätte K nichts zu befürchten: Die Genehmigung wäre dennoch wirksam und könnte, da die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen offensichtlich vorlagen, auch nicht erfolgreich angefochten werden. Die künftige Suspensivlösung geht dagegen rücksichtslos mit dem schützenswerten⁵⁰ Vertrauen des Vertragspartners in den Bestand der ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen um.

Die bisherige Vorbescheidslösung verlangt dem Gericht eine Zwischen- und eine Endentscheidung ab, die von der künftigen Suspensivlösung durch eine einzige Endentscheidung mit hinausgeschobener Wirksamkeit ersetzt werden. Der Gesetzgeber findet das „effizienter“⁵¹. Gerechter ist es in seiner jetzigen Ausformung nicht. Gerechtigkeit und Effizienz ließen sich allerdings de lege ferenda unter einen Hut bringen: Die Wirksamkeit der Genehmigung sollte nicht an die Rechtskraft der Genehmigung, sondern an die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses geknüpft werden. Der Partner des Rechtsgeschäfts könnte sich dann mit Erteilung des Rechtskraftzeugnisses tatsächlich darauf verlassen, dass die Genehmigung wirksam geworden ist. Andererseits wäre zu regeln, dass die in § 48 Abs. 3 FamFG angeordnete Unabänderbarkeit der Genehmigungsentscheidung dann nicht gilt, wenn die Bekanntgabe an den Rechtsbetroffenen gemäß § 41 Abs. 3 FamFG unterblieben ist. Hierdurch würden die Interessen des Rechtsbetroffenen in angemessener und verfassungskonformer Weise berücksichtigt, ohne dass der Bestand sachlich richtiger Genehmigungsentscheidungen unnötig gefährdet wird.

c) Folgerungen für die notarielle Praxis

Künftig ist es gemäß § 29 Abs. 1 GBO erforderlich, das Rechtskraftzeugnis beim Grundbuchamt vorzulegen, damit Grundbucherklärungen des Mündels vollzogen werden können. Aus § 418 Abs. 2 ZPO und aus dem Zweck des Rechtskraftzeugnisses, den Eintritt der formellen Rechtskraft nachzuweisen, folgt, dass das Grundbuchamt die Eintragung aufgrund des Rechtskraftzeugnisses vornehmen muss, wenn es nicht davon überzeugt ist, dass tatsächlich keine Rechtskraft eingetreten ist.⁵²

Wie bisher kann und sollte der Notar in geeigneten Fällen über eine entsprechende Doppelvollmacht⁵³ die Wirksamkeit eines Vertrages gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB herbeiführen. Die gerichtliche Genehmigung wird mit Bekanntgabe rechtlich existent, aber wegen § 40 Abs. 2 FamFG nicht wirk-

³⁹ Z. T. wird auch von „Rechtskraftlösung“ gesprochen; vgl. *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 17.

⁴⁰ Unter III. 3.

⁴¹ Zum Begriff des Verfahrensbeistandes siehe oben IV. 2.

⁴² Eine Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter (Eltern, Vormund, Ergänzungspfleger) scheidet aus, weil ja gerade dessen Handeln im Genehmigungsverfahren durch den Bekanntgabeempfänger gemäß § 41 Abs. 3 FamFG überprüft werden soll; vgl. *Jansen/Sonnenfeld*, FGG, 3. Aufl. 2005, § 55 Rdnr. 18, zum Vorbescheidsempfänger im Rahmen der bisherigen Rechtslage.

⁴³ Zum streng formellen Beteiligtenbegriff des FamFG siehe oben unter III. 3.

⁴⁴ Hierzu näher oben unter III. 3.

⁴⁵ *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 17.

⁴⁶ § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

⁴⁷ Nach dem Tod des Mündels kann eine unwirksame gerichtliche Genehmigung zu dem von einem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäft nicht mehr wirksam werden, *Palandt/Diederichsen*, § 1829 Rdnr. 7.

⁴⁸ Siehe hierzu oben III. 3.

⁴⁹ Vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 184 Rdnr. 8, zur entsprechenden Rechtslage bei § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

⁵⁰ Siehe § 48 Abs. 3 FamFG bzw. §§ 55, 62 FGG.

⁵¹ BT-Drucks. 16/6308, S. 196.

⁵² A. A. möglicherweise *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 17.

⁵³ Hierzu *Reibold* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, Kap. A I Rdnr. 74 f.

sam. Es wäre zwar denkbar, dass auch eine bereits existente, aber noch nicht wirksame Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB mitgeteilt werden kann; gesichert oder auch nur diskutiert ist das jedoch nicht. Nur der wagemutige Notar wird daher von seiner Doppelvollmacht vor Erteilung des Rechtskraftzeugnisses gemäß § 46 FamFG Gebrauch machen.

Bei Fälligkeitsmitteilungen ist künftig zu berücksichtigen, dass die Genehmigung nur dann wirksam wird, wenn sie auch dem Rechtsbetroffenen ordnungsgemäß gemäß § 41 Abs. 3 FamFG bekannt gegeben wurde. Findet diese Bekanntgabe außerhalb des Blickfelds des Notars statt, darf sich die Fälligkeitsmitteilung hierauf nicht beziehen. Der Notar kann sich in diesem Fall nur beauftragen lassen, die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses und ggf. die Ausübung der Doppelvollmacht zu bestätigen; die „Rechtswirksamkeit des Vertrages“ kann nicht mitgeteilt werden. Stattdessen sollte dann über §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 3 FamFG belehrt und der Vertragspartner ermuntert werden, sich selbst zu vergewissern, dass die Bekanntgabe auch tatsächlich ordnungsgemäß erfolgt ist.

Möchte oder soll der Notar die volle Kontrolle über den Vollzug haben, muss er sich vom Verfahrenspfleger oder Verfahrensbeistand bevollmächtigen lassen, die Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 3 FamFG entgegenzunehmen. Bei Volljährigenfällen ist auf die Bestellung des Verfahrenspflegers hinzuwirken, in Minderjährigenfällen muss ohnehin zwingend ein Verfahrensbeistand bestellt werden.⁵⁴ Liegt dann auch noch eine Doppelvollmacht des gesetzlichen Vertreters und des Vertragspartners vor, kann der Notar die Wirksamkeit des von ihm beurkundeten Vertrages voll übersehen. Er wird dann auch eine diesbezügliche Fälligkeitsmitteilung versenden. Es wäre wünschenswert, wenn Notare den Beteiligten auf diese Weise rechtsfürsorgend aus der Klemme helfen, in der sie wegen der Suspensivlösung stecken. Eine rechtliche Verpflichtung hierzu besteht allerdings nicht.

§ 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG verkürzt die Beschwerdefrist bei Genehmigungen zu Rechtsgeschäften auf zwei Wochen und führt damit schneller als sonst zur Rechtskraft. Auch die verkürzte Frist ist aber in Eilfällen möglicherweise einmal zu lang. Dann muss mit einem allseitigen Rechtsmittelverzicht gearbeitet werden. Hierzu wäre es optimal, wenn der Rechtsmittelverzicht schon vor Erlass des Genehmigungsbeschlusses erklärt werden könnte. Dann wäre es möglich, Genehmigung und Rechtskraftzeugnis zeitgleich zu beantragen und zu erteilen. Nach der Gesetzesbegründung soll ein Rechtsmittelverzicht „sowohl vor als auch nach Erlass des Beschlusses möglich“ sein.⁵⁵ Dieser Gestaltungswille hat allerdings keinen Eingang in den Wortlaut⁵⁶ von § 67 Abs. 1 FamFG gefunden, wo es heißt: „Die Beschwerde ist unzulässig, wenn der Beschwerdeführer hierauf *nach Bekanntgabe* des Beschlusses durch Erklärung gegenüber dem Gericht verzichtet hat.“⁵⁷ Worauf dieses offensichtliche Malheur beruht, ist nicht nachvollziehbar. Man wird dem vom Parlament beschlossenen Gesetz den Vorrang vor der von der Regierung gegebenen Begründung einräumen und de lege lata davon ausgehen müssen, dass ein Rechtsmittelverzicht erst nach Bekanntgabe der Genehmigung erklärt werden kann.⁵⁸ In Eil-

fällen ist also folgendes Vorgehen zweckmäßig: Der Notar lässt sich allseits bevollmächtigen, die Genehmigung in Empfang zu nehmen und Rechtsmittelverzicht zu erklären. Wird ihm dann die Genehmigung bekannt gegeben, kann er sofort unter Erklärung des allseitigen Rechtsmittelverzichts das Rechtskraftzeugnis beantragen.

4. Scheidungsfolgenvereinbarungen; Abänderbarkeit notarieller (Unterhalts-)Titel

Schon bisher werden Ehegatten in der Regel nach einjähriger Trennungszeit geschieden, ohne dass eine vollstreckbare Scheidungsfolgenvereinbarung gemäß § 630 Abs. 3 ZPO vorgelegt wird. Das beruht darauf, dass die Praxis nach einjähriger Trennungszeit überwiegend annimmt, die Ehe sei gescheitert, ohne sich hierbei auf die Vermutung aus § 1566 Abs. 1 BGB zu stützen.⁵⁹ Weil § 630 ZPO an die Vermutung aus § 1566 Abs. 1 BGB anknüpft, läuft § 630 ZPO also praktisch leer. Das FamFG bringt hier Recht und Rechtswirklichkeit wieder in Deckung. Die Vorlage einer vollstreckbaren Scheidungsfolgenvereinbarung ist in keinem Fall mehr Voraussetzung eines Ehescheidungsverfahrens. Stattdessen müssen sich die Ehegatten künftig gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG im Scheidungsantrag u. a. darüber erklären, ob sie eine Regelung über nachehelichen und Kindesunterhalt getroffen haben. Die Ehegatten sollen hierdurch veranlasst werden, sich schon vor Einleitung des Scheidungsverfahrens Gedanken über die bedeutsamen Scheidungsfolgen zu machen.⁶⁰ Der erste Eindruck, den der Vergleich zwischen § 630 Abs. 3 ZPO und § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG erweckt, täuscht also. Die Bedeutung notariell beurkundeter Scheidungsfolgenvereinbarungen wird durch das FamFG nicht vermindert, sondern gestärkt.⁶¹ Das liegt im Übrigen auf der Linie der gesetzlichen Neuregelungen, wonach Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung stärker genutzt werden sollen.⁶²

Mehr Rechtsklarheit bringt das FamFG bei den Regelungen zur Abänderbarkeit von Unterhaltstiteln. Es unterscheidet künftig deutlicher zwischen gerichtlichen (§ 238 FamFG) und anderen Unterhaltstiteln (§ 239 FamFG) wie vollstreckbaren Urkunden i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Bisher ordnet der Wortlaut des § 323 Abs. 4 ZPO an, dass vollstreckbare Urkunden wie gerichtliche Urteile abzuändern sind. Allerdings ist man sich einig, dass für vollstreckbare Urkunden weder die Wesentlichkeitsschwelle gemäß § 323 Abs. 1 ZPO, noch die Präklusion gemäß § 323 Abs. 2 ZPO oder das Verbot rückwirkender Änderungen gemäß § 323 Abs. 3 ZPO gilt,⁶³ dass sich Voraussetzung und Umfang einer Abänderung vielmehr allein nach materiellem Recht richten.⁶⁴ Der Verweis in § 323 Abs. 4 ZPO auf die „vorstehenden Vorschriften“ geht daher ziemlich ins Leere. § 239 FamFG schafft hier Klarheit, ohne inhaltlich etwas zu ändern. Insbesondere kann und sollte auch künftig privatautonom Einfluss auf die Abänderbarkeit von notariellen Unterhaltstiteln genommen werden, etwa indem bestimmte Umstände ausdrücklich zur Geschäftsgrundlage erklärt oder aus ihr ausgeklammert werden. Vor allem Letzteres dürfte an Bedeutung gewonnen haben, seitdem der BGH

⁵⁴ Dazu oben IV. 3. a).

⁵⁵ BT-Drucks. 16/6308, S. 207.

⁵⁶ Der Wortlaut von § 67 Abs. 1 FamFG ist gegenüber dem Reg-E unverändert geblieben.

⁵⁷ Hervorhebungen in der Begründung und im Gesetzestext durch Verf.

⁵⁸ A. A. Heinemann, DNotZ 2009, 6, 18.

⁵⁹ BT-Drucks. 16/9733, S. 293.

⁶⁰ BT-Drucks. 16/9733, S. 293.

⁶¹ I. E. wie hier Heinemann, DNotZ 2009, 6, 16, unter Hinweis auf anwaltliche und gerichtliche Aufklärungs- und Hinweispflichten.

⁶² Siehe hierzu § 135 FamFG und BT-Drucks. 16/6308, S. 164 und 229.

⁶³ Zöller/Vollkommer, ZPO, § 323 Rdnr. 47 mit 44.

⁶⁴ Musielak/Borth, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 323 Rdnr. 48.

tatsächlichen Änderungen auch nach Rechtskraft der Scheidung nunmehr grundsätzlich Relevanz für die Unterhaltshöhe zuerkennt.⁶⁵

Soweit vollstreckbare Urkunden andere laufende Verpflichtungen als Unterhalt titulieren, werden sie nicht nach § 239 FamFG, sondern nach § 323 a ZPO abgeändert. Eine Abgrenzung zwischen den Vorschriften ist entbehrlich, da sie inhaltlich übereinstimmen. In notariellen Vertragsmustern wird die Abänderbarkeit bestimmter Titel oftmals „entsprechend § 323 ZPO“ angeordnet, eingeschränkt oder ausgeschlossen. Diese Textpassagen müssen angepasst werden.

V. Nachlasssachen

Nachlass- und Teilungssachen sind in Buch 4 des FamFG (§§ 342 ff.) geregelt. Die Vorschriften treten an die Stelle der §§ 72 ff. FGG und inkorporieren bestimmte Verfahrensvorschriften, die bisher im BGB enthalten sind. Letzteres gilt für das Verfahren zur Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen (§§ 348 ff. FamFG) und für bestimmte Vorschriften des Erbscheinsverfahrens (§§ 352 f. FamFG). Folgende Neuerungen sind für Notare relevant:

1. Eröffnungsfrist für Erbverträge

Für Erbverträge ersetzt § 351 FamFG die bisher fünfzigjährige (§ 2300 a BGB) durch eine dreißigjährige Eröffnungsfrist. § 20 Abs. 5 Satz 1 DONot wird entsprechend anzupassen sein. Auf Notariate, die zwischen 1958 und 1978 Erbverträge in Verwahrung genommen haben, kommt hier zum Jahresende Arbeit zu.

2. Internationale und örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts

Bislang sind deutsche Nachlassgerichte nach ungeschriebener Regel international nur dann zuständig, wenn deutsches Erbrecht anwendbar ist (sog. Gleichlaufgrundsatz).⁶⁶ Ausnahmen gelten nur beim gegenständlich beschränkten Fremdrechtserschein (§ 2369 BGB), bei sonst drohender Rechtsverweigerung und für vorläufig sichernde Maßregeln. Künftig begründet die örtliche Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts gemäß § 105 FamFG zugleich dessen internationale Zuständigkeit, und zwar unabhängig davon, ob deutsches Erbrecht anwendbar ist oder nicht. Örtlich und damit international sind deutsche Nachlassgerichte gemäß § 343 FamFG zuständig, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnort oder Aufenthalt im Inland hatte, wenn er deutscher Staatsangehöriger war, oder wenn sich Nachlassgegenstände im Inland befinden. Ist ausländisches Erbrecht anwendbar, wird somit künftig grundsätzlich ein unbeschränkter (Fremdrechts-)Erschein gemäß § 2353 BGB erteilt. Allerdings kann ein Erscheinsantrag gemäß § 2369 Abs. 1 BGB auf im Inland befindliche Gegenstände beschränkt werden. Das kann etwa sinnvoll sein, wenn ausländisches Kollisionsrecht (nur) hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens auf das Recht des Lageorts zurückverweist.⁶⁷ In diesem Fall kann das Erbscheinsverfahren durch einen beschränkten Antrag gemäß § 2369 Abs. 1 BGB entlastet und beschleunigt werden, weil das Nachlassgericht kein ausländisches Sachrecht ermitteln

muss. Die Gesetzesbegründung⁶⁸ deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber bei § 2369 Abs. 1 BGB in erster Linie solche Nachlassspaltungen vor Augen hatte. Darauf ist der Anwendungsbereich der Vorschrift aber ausweislich ihres Wortlauts nicht beschränkt. Ein beschränkter Antrag gemäß § 2369 Abs. 1 BGB ist also auch dann möglich, wenn einheitlich deutsches oder ausländisches Sachrecht zur Anwendung kommt.⁶⁹ § 2369 Abs. 1 BGB kann somit auch gut zur bloßen Kostenreduzierung genutzt werden (§ 107 Abs. 2 Satz 3 KostO). Aber Vorsicht: Ein Antrag gemäß § 2369 Abs. 1 BGB beseitigt das Kostenprivileg aus § 46 Abs. 4 Satz 1 KostO und führt zum Schuldenabzugsverbot gemäß § 18 Abs. 3 KostO.⁷⁰ Ob ein beschränkter Antrag tatsächlich Geld spart, muss daher stets im Einzelfall geprüft werden.

Für die Entgegennahme einer Erbschaftsausschlagung und einer Anfechtung der Erbschaftsausschlagung (§§ 1945 Abs. 1, 1955 Satz 1 Alt. 2 BGB) ist künftig gemäß § 344 Abs. 7 FamFG *auch* das Nachlassgericht am Wohnsitz des Erklärenden zuständig.⁷¹

3. Erledigung streitiger Erbscheinsverfahren

Bislang kündigt das Nachlassgericht bei Spruchreife die Erteilung eines Erbscheins durch anfechtbaren Vorbescheid an, wenn widersprechende Erbscheinsanträge vorliegen und die Sach- und Rechtslage schwierig ist.⁷² Wie bei den gerichtlichen Genehmigungen zu Rechtsgeschäften⁷³ ersetzt das FamFG die bisherige Vorbescheidens- durch eine Suspensivlösung. § 352 FamFG unterscheidet zwischen dem Beschluss zur Erteilung des Erbscheins⁷⁴ und der Erteilung selbst. Im Normalfall wird der Beschluss gemäß § 352 Abs. 1 Satz 2 FamFG mit Erlass wirksam, so dass sich die Erteilung unmittelbar anschließen kann. Widerspricht der Beschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten, wird er diesem bekannt gegeben, die sofortige Wirksamkeit ausgesetzt und der Erbschein erst mit Rechtskraft des Beschlusses erteilt, § 352 Abs. 2 FamFG. Anders als bei der gerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften⁷⁵ beeinträchtigt die Suspensivlösung im Erbscheinsverfahren die Rechtssicherheit nicht. Denn auch wenn das Nachlassgericht den Erbschein fehlerhaft vor Eintritt der Rechtskraft erteilt, ist der Erbschein wirksam und kann gemäß § 352 Abs. 3 FamFG nur noch mit Wirkung *ex nunc*⁷⁶ eingezogen werden.

4. Nachlasspflegschaft; Nachlassgerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften

Die Nachlasspflegschaft ist ein Unterfall der Pflegschaft.⁷⁷ Nach § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB sind damit die Vorschriften über die gerichtliche Genehmigung von Rechtsgeschäften

⁶⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 348 f.

⁶⁹ So auch *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 112.

⁷⁰ Vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Lappe*, KostO, 17. Aufl. 2008, § 107 Rdnr. 54 zu § 107 Abs. 2 Satz 3 b. F.

⁷¹ Zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Anfechtungserklärungen gemäß §§ 2308 und 1955 Satz 1 Alt. 1 BGB siehe *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 25, und § 2308 Abs. 2 Satz 1 BGB.

⁷² *Palandt/Edenhofer*, § 2353 Rdnr. 22.

⁷³ Hierzu oben IV. 3. a).

⁷⁴ § 352 Abs. 1 FamFG: „Entscheidung, dass die zur Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet werden“.

⁷⁵ Hierzu IV. 3. b).

⁷⁶ § 2361 Abs. 1 Satz 2 BGB.

⁷⁷ *Bamberger/Roth/Siegmann/Höger*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1960 Rdnr. 6.

⁶⁵ NJW 2008, 1663.

⁶⁶ Hierzu und zum Folgenden *Palandt/Thorn*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 18 f.

⁶⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 349.

gemäß §§ 1821 ff. BGB anwendbar. Der Gesetzgeber hat eine dem § 75 Satz 1 FGG entsprechende Regelung bewusst nicht in das FamFG aufgenommen; aus der Systematik des Gesetzes und aus § 340 FamFG soll sich ergeben, dass bei einer Nachlasspflegschaft künftig die Vorschriften in Buch 3 des FamFG gelten.⁷⁸ Zuständig ist und bleibt das Nachlassgericht gemäß § 1962 BGB. Nach § 276 FamFG kann ein Verfahrenspfleger bestellt werden. Er ist künftig zwingend⁷⁹ zu bestellen, wenn das Nachlassgericht ein Rechtsgeschäft genehmigen soll, das ein Nachlasspfleger für unbekannte Erben vornimmt. In diesem Fall kann die Genehmigung gemäß § 41 Abs. 3 FamFG nicht unmittelbar an den Rechtsbetroffenen bekannt gemacht werden; die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist notwendig, damit die Genehmigung rechtskräftig und damit wirksam werden kann.⁸⁰

V. Grundbuch- und Registersachen

Die GBO bleibt als weitgehend geschlossene Verfahrensordnung neben dem FamFG bestehen. Die Regelungen zu den Registersachen (und unternehmensrechtlichen Verfahren) finden sich künftig in Buch 5 des FamFG. Wesentliche inhaltliche Änderungen sind nicht zu verzeichnen. Dass und wie (auch) im Grundbuchverfahren das Rechtsmittelrecht modifiziert wird, ist oben ausgeführt.⁸¹ Folgendes soll besonders erwähnt werden:

Die Vollmachtsvermutung zugunsten des Notars gemäß § 129 Satz 1 FGG findet sich künftig in § 378 FamFG. § 129 Satz 1 FGG vermutet bisher, dass der Notar den „zur Anmeldung Verpflichteten“ vertreten darf; demgegenüber spricht § 378 FamFG insoweit von dem „zur Anmeldung Berechtigten“. Damit besteht die Vollmachtsvermutung künftig eindeutig⁸² auch bei freiwilligen Anmeldungen,⁸³ wie beispielsweise der Ersteintragung einer GmbH. Die Klarstellung und Harmonisierung mit § 15 GBO ist zu begrüßen.

Die Zulässigkeit anfechtbarer Zwischenverfügungen in Registersachen war bisher nur untergesetzlich geregelt (§ 26 Satz 2 HRV, § 9 Abs. 3 Satz 1 VRV). § 58 Abs. 1 FamFG stellt ausschließlich Endentscheidungen anfechtbar und erlaubt Ausnahmen nur durch Gesetz.⁸⁴ Die also erforderliche gesetzliche Ausnahme für selbständig anfechtbare Zwischenverfügungen in Registerverfahren findet sich künftig in § 382 Abs. 4 FamFG. Zwischenverfügungen in Grundbuchsachen bleiben nach wie vor gemäß § 18 GBO zulässig.

Wer in Grundbuch- und Registersachen am Eintragungsverfahren beteiligt werden muss,⁸⁵ ist manchmal nicht ganz eindeutig. In Registersachen stellt sich etwa die Frage, ob (ehemalige) Vertreter von Rechtsträgern hinzugezogen werden müssen, weil eingetragen werden soll, dass deren organ-schaftliche oder rechtsgeschäftliche eingeräumte Vertretungs-

macht erloschen ist.⁸⁶ In Grundbuchsachen kommt es häufig vor, dass nur der gewinnende Teil den Antrag stellt, eine Bewilligung des verlierenden Teils zu vollziehen („... bewilligt der Verkäufer und beantragt der Käufer, eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch einzutragen ...“, „... bewilligt die X-Bank die Löschung folgenden Grundpfandrechts, ohne jedoch einen eigenen Eintragungsantrag zu stellen ...“ usw.). Hier zu fordern, dass das Grundbuchamt erst eintragen darf, wenn es zuvor den verlierenden Teil angehört oder sonst wie förmlich zum Verfahren „hinzugezogen“ hat, wäre praxisfremd. Das Ergebnis ist also klar, seine Vereinbarkeit mit § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG weniger.⁸⁷ In der Regel wird man die Eintragungsbewilligung dahin auslegen können, dass sie zugleich einen Verzicht auf förmliche Beteiligung am Verfahren bis zur Eintragung enthält.⁸⁸ Zieht das Grundbuchamt oder das Registergericht einen Muss-Beteiligten⁸⁹ fehlerhafterweise nicht zum Verfahren hinzu, so gefährdet dies eine dennoch erfolgte Eintragung jedenfalls nicht. Die Eintragung ist wirksam,⁹⁰ und sie ist trotz des Verfahrensfehlers nicht anfechtbar.⁹¹

VI. Aufgebotsachen

Die bisherigen Regelungen über das Aufgebotsverfahren in §§ 946 ff. ZPO werden in das achte Buch des FamFG überführt. In der notariellen Praxis spielt vor allem das Aufgebot zur Kraftloserklärung verloren gegangener Grundpfandbriefe eine Rolle (§§ 466 ff. FamFG).

Bisher waren in Aufgebotsverfahren zwei Anträge zu stellen: Der Antrag auf Erlass des Aufgebots gemäß § 947 Abs. 1 Satz 1 ZPO und der Antrag auf Erlass des Ausschlussurteils gemäß § 952 Abs. 1 ZPO. Beide Anträge konnten wegen § 952 Abs. 2 Alt. 1 ZPO verbunden und schriftlich gestellt werden.⁹² Über den Antrag auf Erlass des Ausschlussurteils wurde gemäß § 952 Abs. 1 ZPO in öffentlicher Sitzung entschieden („Aufgebotstermin“). Das FamFG ersetzt das Ausschlussurteil durch einen Ausschließungsbeschluss (§§ 439 Abs. 1, 38 FamFG) und lässt den praktisch bedeutungslosen⁹³ Aufgebotstermin entfallen. Ein gesonderter Antrag auf Erlass des Ausschließungsbeschlusses ist wohl entbehrlich,⁹⁴ jedenfalls aber unschädlich. Die bisherigen Mustertexte können unverändert weiterverwendet werden.

⁸⁶ Hierzu *Krafka*, FGPrax 2007, 51, 52, und *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 31 f.

⁸⁷ Nach bisherigem Recht wurde der verlierende, jedoch nicht antragstellende Teil als materiell Beteiligter angesehen (*Meikel/Streck*, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. F Rdnr. 25), ohne dass allerdings klar wurde, welche prozessualen Konsequenzen das Grundbuchamt hieraus konkret zu ziehen hätte.

⁸⁸ Bei Bewilligungen, die gemäß § 894 Abs. 1 ZPO fingiert werden, fällt das allerdings schwer.

⁸⁹ Zu diesem Begriff siehe oben III. 3.

⁹⁰ Zu den (in diesem Fall nicht gegebenen) Anforderungen an Fehler, die zur Nichtigkeit einer Eintragung im Grundbuch führen, vgl. *Meikel/Streck*, GBO, § 53 Rdnr. 10.

⁹¹ Registersachen: § 383 Abs. 3 FamFG; Grundbuchsachen: § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO.

⁹² Siehe hierzu etwa das Muster in *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 76 Rdnr. 15 M.

⁹³ Siehe BT-Drucks. 16/6308, S. 172.

⁹⁴ BT-Drucks. 16/6308, S. 295. Hieraus wird allerdings nicht ganz klar, ob der Erlass des Ausschließungsbeschlusses überhaupt nicht mehr beantragt werden muss, oder ob ein Antrag zwar weiterhin erforderlich ist, aber (wie bisher schon) mit dem verfahrenseinleitenden Antrag verbunden werden kann.

⁷⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 283; dieser Begründung folgend *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 26.

⁷⁹ A. A. wohl *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 26.

⁸⁰ Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen zur familiengerichtlichen Genehmigung unter IV. 3. a).

⁸¹ III. 2.

⁸² Z. T. wurde in der Praxis schon bisher normzweckorientiert über das Tatbestandsmerkmal „Verpflichteter“ hinweggelesen; siehe *Krafka*, FGPrax 2007, 51, 55.

⁸³ Siehe auch BT-Drucks. 16/6308, S. 285.

⁸⁴ Zur Zulässigkeit von anfechtbaren Vorbescheiden des Notars nach künftigem Recht siehe *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 37 f.

⁸⁵ Zum Beteiligtenbegriff des FamFG näher unter III. 3.

VII. Fazit

Seit Mitte der 1950er Jahre gibt es Bestrebungen, das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundlegend zu reformieren.⁹⁵ Das FGG-RG setzt unter diese Reformbestrebungen einen vorläufigen Schlusspunkt. Dass letztlich nicht jede einzelne Regelung Jedermanns Beifall findet, überrascht bei einem Mammutwerk wie dem FGG-RG nicht. Aus Sicht der notariellen Praxis muss vor allem Kritik an der Ausgestaltung des Verfahrens zur Erteilung gerichtlicher Genehmigungen zu

⁹⁵ BT-Drucks. 16/6308, S. 162.

Rechtsgeschäften geübt werden.⁹⁶ Das trübt den positiven Gesamteindruck jedoch nur wenig. Insgesamt macht das Gesetz die Rechtsanwendung in vielen Bereichen einfacher und klarer. Der alltägliche Umgang mit dem bisher eher sperrigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird damit auch für Notare erleichtert.⁹⁷

⁹⁶ Hierzu oben IV. 3. b).

⁹⁷ Eher fundamentalkritisch in seinem Gesamturteil allerdings *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 42.

Neue Gestaltungsmöglichkeiten gegen die Überleitung von Versorgungsansprüchen auf die Sozialhilfe

Von Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Einen der wesentlichen Diskussionspunkte bei der Besprechung von Übergabe- und Überlassungsverträgen bildet regelmäßig die Gefahr der Überleitung etwaiger Versorgungsansprüche auf den Träger der Sozialhilfe, sollte dieser wegen der Finanzierung eines Heimaufenthalts bei den Angehörigen Regress zu nehmen versuchen. Zwei neue Entscheidungen des BGH¹ erweitern dabei die gestalterischen Möglichkeiten – wie auch die Anforderungen.

I. Versorgungsrechte und Heimaufenthalt in der bisherigen Rechtsprechung des BGH

Die vom BGH² bisher vorgenommene Auslegung von Gesetz und vertraglicher Pflegeverpflichtung erschien durchaus günstig für die Sozialhilfe:

1. Ansatz: Leistungsbeschränkende Klauseln als unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter

Im Vertrag vom 13.10.1983, der dem Urteil vom 21.9.2001³ zugrunde lag, war nach Ansicht des BGH die Möglichkeit eines Pflegeheimaufenthalts nicht ausdrücklich geregelt. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bejahte der BGH sodann einen überleitungsfähigen Anspruch gegen die vom Sozialhilfeträger verklagte Erwerberin im Umfang ihrer ersparten Aufwendungen. Die Vertragsauslegung müsse die „allgemein bekannte Tatsache“ berücksichtigen, dass in bürgerlichen Kreisen die Vorstellung, zum Sozialfall zu werden, unerträglich sei. Ein Ruhens der Leistungspflicht für Zeiträume des Heimaufenthalts wäre, so der BGH, zudem als (unzulässiger) Vertrag zugunsten Dritter zu werten, zugunsten der Sozialhilfe nämlich. Es könne aber nicht angenommen werden, dass die Vertragsparteien eine unwirksame und damit überflüssige Vereinbarung hätten treffen wollen. Insgesamt

könne man somit keine Ruhensvereinbarung für Zeiten des Heimaufenthalts annehmen.

Die Begründung des BGH ist in der Literatur vorwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁴ Von der Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter ist der BGH in späteren Entscheidungen auch abgerückt.⁵ Meines Erachtens hatte die Erwerberin dennoch großes Glück mit dieser Auslegung des Vertrages. Die Beteiligten hatten zwar keine ausdrückliche Regelung für einen etwaigen Heimaufenthalt getroffen, sehr wohl aber andere Anordnungen zum Umfang der Pflege: So hatte die Erwerberin nach dem im Wortlaut mitgeteilten Text der Urkunde bei „Notwendigkeit auch für die Gestellung einer Pflegeperson“ zu sorgen. Möglicherweise hatten die Vertragsparteien gerade deswegen den Heimaufenthalt nicht geregelt, weil sie sich übereinstimmend vorstellten, dass bei ggf. fachkundiger häuslicher Pflege ein solcher ohnedies ausscheide. Außerdem hatten die Übergeber einen Anspruch auf „freien Krankenhausaufenthalt“, sofern trotz Versicherungsschutz eine Deckungslücke bestünde. Entgegen dem BGH und der Vorinstanz, welche Ansprüche insgesamt abgelehnt hatte, sprachen die konkreten Anhaltspunkte im Vertrag – und nicht allgemeine Unterstellungen über die Vorstellung bürgerlicher Kreise – deutlich für eine volle Erfüllungshaftung der Erwerberin anstelle der vom BGH bejahten Ersparnisabschöpfung.

¹ MittBayNot 2009, 294 und MittBayNot 2009, 298 (beide in diesem Heft).

² MittBayNot 2002, 179; MittBayNot 2004, 180. Dazu *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1.

³ BGH, MittBayNot 2002, 179.

⁴ Ausführlich *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, RdNr. 1096; *ders.*, DNotZ 2002, 706, 710; *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1, 7; *J. Mayer*, MittBayNot 2002, 152, 153.

⁵ So in MittBayNot 2004, 180; weiter MittBayNot 2009, 294 (in diesem Heft).

Schließlich wäre auch nur so das vom BGH postulierte Bestreben, nicht zum Sozialfall zu werden, in vollem Umfang durchsetzbar. Es ist ja keineswegs gesagt, dass die Aufwandsersparnis bei der Erwerberin ausreicht, um den Fehlbetrag zu decken.⁶

2. Wert statt Wart aufgrund ergänzender Vertragsauslegung

Der zweiten Entscheidung des BGH vom 23.1.2003⁷ lag erneut ein Überlassungsvertrag mit Pflegeverpflichtung zugrunde, der keine ausdrückliche Regelung zum Heimaufenthalt enthielt. Allerdings sollte die Versorgungspflicht nur bestehen, „solange kein Krankenhausaufenthalt notwendig wird“. Weder das OLG noch der BGH setzen jedoch den nun zu bezahlenden Heimaufenthalt dem vertraglich geregelten Krankenhausaufenthalt gleich. Der BGH schließt die sich dann ergebende Lücke erneut im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch Gewährung der Abschöpfung von ersparten Aufwendungen.

Lediglich das Argument des drohenden Vertrages zulasten Dritter wendet er anders. Er lehnt es als rechtsdogmatischen Gesichtspunkt nunmehr ab.⁸ Die Belastung der Sozialhilfe sei bloß mittelbare wirtschaftliche Folge und keine unmittelbar aus der Vereinbarung resultierende rechtliche Belastung. Stattdessen zieht der BGH diese Überlegung in die Vertragsauslegung hinein: Es könne nicht angenommen werden, dass die Beteiligten ein Einspringen des Sozialhilfeträgers gewollt hätten. Aus der Ruhensvereinbarung zum Krankenhausaufenthalt könnten keine generalisierenden Aussagen hergeleitet werden. Womöglich hätten die Beteiligten die Bezahlung von Krankenhausaufenthalten als durch Versicherungen gedeckt angesehen.

Dabei legt gerade dieses Argument offen, wie willkürlich BGH und zuvor das OLG den Heim- vom Krankenhausaufenthalt scheiden: Sollte nämlich der maßgebliche Unterschied im Versicherungsschutz zu sehen sein, müsste die Vertragsauslegung berücksichtigen, dass für den in Rede stehenden Anspruchszeitraum Dezember 1999 bis Dezember 2001 die Pflegeversicherung schon lange in Kraft getreten war, womit auch der Heimaufenthalt – jedenfalls im Grundsatz – versichert war! Darüber kann die ergänzende Vertragsauslegung als Ermittlung des hypothetischen Willens der Beteiligten (und nicht als Oktroi richterlicher Vertragsanpassung) nicht hinweggehen.⁹

3. Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis

Grundsätzlich hat es die Vertragsgestaltung in der Hand, erkannte Unklarheiten bisher üblicher Klauseln bei künftigen Urkunden zu vermeiden und insbesondere ausdrückliche Regelungen an die Stelle einer ergänzenden Vertragsauslegung zu setzen. Trotzdem erschien es bisher riskant, diese Rechtsprechung schlicht durch eine „bessere“ ausdrückliche Regelung zu ersetzen.

Zwar hatte der BGH lediglich zur ergänzenden Vertragsauslegung Stellung genommen. Dabei hatte er aber die seiner

⁶ Obwohl im konkreten Fall die Personalkostenersparnis bei Wegfall der Einstellung einer Pflegekraft schon erhebliche Summen betragen dürfte.

⁷ MittBayNot 2004, 180; dazu *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1100; *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1, 6.

⁸ Dies bezeichnet der Senat als „Richtigstellung“.

⁹ Zu einem ähnlichen Sachverhalt – Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung für Landwirte – und sich daran ausschließender ergänzender Vertragsauslegung z. B. OLG Oldenburg, MittBayNot 1975, 74.

Ansicht nach zu berücksichtigenden Interessen an einer Vermeidung der Sozialhilfe so deutlich hervorgehoben, dass Instanzgerichte sich aufgefordert sahen, ausdrückliche Leistungsbeschränkende Klauseln als sittenwidrig zu verwerfen,¹⁰ mit denen die Umwandlung der Natural- in eine Zahlungspflicht verhindert werden sollte. Dazu mag auch beigetragen haben, wie rigoros der BGH unter Hinweis auf die ergänzende Vertragsauslegung die greifbaren vertraglichen Anhaltspunkte beiseite geschoben hatte. Die Einstufung als (unzulässiger) Vertrag zulasten Dritter und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen wären ohnehin nicht zur Disposition der Vertragsparteien gestanden.

Vorsichtige Beteiligte, die unbedingt ein Entstehen überleitfähiger Ansprüche verhindern wollten, gingen daraufhin zu einem völligen Verzicht auf Vorbehaltsrechte über¹¹ und vertrauten allein auf den soziologisch-moralischen Familienzusammenhalt.

Hinsichtlich der Pflegeverpflichtung konnte man sich bei dieser Vermeidungsstrategie noch mit dem Argument trösten, dass diese als Naturalverpflichtung ohnedies kaum klagbar geschweige denn vollstreckbar¹² war, obwohl selbst hier das psychologische Moment wie der Bruch mit einer seit Generationen überkommenen Tradition nicht unterschätzt werden sollte.

Besondere Brisanz birgt aber der Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht, denn damit begibt sich der Veräußerer seines Schutzes vor weiterer Beleihung und Verschleuderung des Grundstücks.

Ein größerer Widerstand gegen diese Entwicklung konnte von den Notaren trotzdem nicht erwartet werden. Der (drohende) Verstoß gegen § 138 BGB berührt unmittelbar die rechtliche Wirksamkeit des Geschäfts und fällt in den Pflichtenkreis des Notars. Und im Anschluss an die Entscheidungen der Instanzgerichte wurde weniger das Haftungsrisiko gegenüber dem Veräußerer (wegen späteren Objektverlusts) diskutiert als vielmehr das Risiko gegenüber dem Erwerber für den Fall der Unwirksamkeit der Leistungsbeschränkung.¹³

II. Die Anerkennung einer ausdrücklichen Ruhensverpflichtung

Im Urteil vom 6.2.2009¹⁴ hat der BGH nun erstmals zur Wirksamkeit eines Versorgungsvertrages Stellung genommen, in dem ausdrücklich die ausbedungene Wart- und Pflegeverpflichtung ruhen sollte für den Zeitraum, in welchem sich der Übergeber in einem Alten- oder Pflegeheim aufhielt. Entgegen den Erwartungen und Befürchtungen, die in instanzgerichtlicher Judikatur und Literatur¹⁵ geäußert worden waren, rechtssystematisch aber völlig zu Recht, hält der BGH die Ruhensvereinbarung für wirksam.

§§ 528, 529 BGB verlangen vom Veräußerer nicht, dass dieser sich bei einer Schenkung überhaupt irgendwelche Vorbe-

¹⁰ *J. Mayer* verweist in DNotZ 2008, 672, 686 (dort Fn. 65) auf (unveröffentlichte) Entscheidungen der LG Coburg und Bamberg.

¹¹ Vgl. *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1103.

¹² Vollstreckung nach § 888 ZPO!

¹³ Etwa *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 687; *Rosendorfer*, MittBayNot 2008, 1, 10.

¹⁴ MittBayNot 2009, 294 (in diesem Heft).

¹⁵ Befürchtungen z. B. bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1101, der aber selbst diese Entwicklung nicht gutheißt; *Staudinger/Albrecht*, BGB, 2005, Art. 96 EGBGB Rdnr. 49, sowie *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 684 auf der Grundlage der bisherigen Rspr., obwohl diese nie zu ausdrücklichen Klauseln Stellung genommen hatte.

haltsrechte ausbedingen muss.¹⁶ Selbst bei späterem Vermögensverfall kann er eine solche freie Schenkung nur in einem Zeitraum von zehn Jahren zurückfordern. Dann aber kann eine Übergabe unter nur teilweiser Versorgungszusage, teilweise nämlich hinsichtlich der örtlichen Beschränkung auf eine Versorgung allein im Übergabeobjekt, gleichfalls nicht sittenwidrig sein. Sie stellt den Übergeber im Verhältnis zur Schenkung ohne jede Versorgungszusage sogar noch besser. Weil der künftige Vermögensverfall des Veräußerers in §§ 528, 529 BGB eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat, kann die dieser Norm zugrundeliegende rechtspolitische Wertung nicht über § 138 BGB ausgehebelt werden soweit allein das Vertragsergebnis und nicht andersartige inkriminierende Umstände des Vertragsschlusses in Rede stehen.

Der Kläger hatte sich offenbar ergänzend auf eine entsprechende Anwendung der Grundsätze zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen gestützt. Diesen Einwand weist der BGH gleichfalls zutreffend zurück. Diese Grundsätze sind schon deswegen nicht übertragbar, weil es auch insoweit eine klare gesetzliche Regelung gibt, den unverzichtbaren Elternunterhalt nämlich gemäß §§ 1601, 1614 BGB.¹⁷ Nur hatte der Träger der Sozialhilfe diese Ansprüche weder auf sich übergeleitet noch geltend gemacht.

III. Die künftige Vertragsgestaltung – ein Ausblick

Die Anerkennung der leistungsbeschränkenden Klauseln führt aus Sicht des Notars zunächst zu einer Minimierung seines Haftungsrisikos bei Verwendung dieser verbreiteten Vereinbarung.¹⁸

Sie kann darüber hinaus zu einer Aufrechterhaltung der im Rahmen vorweggenommener Erbfolge überkommenen Rechtsinstitute führen, indem der Druck, auf Versorgungsrechte insgesamt zu verzichten, nachlässt. Dies wäre eine generalpräventiv positive Wirkung. Möglicherweise führt die Entscheidung zwar zu einer höheren Belastung der Sozialhilfe. Die Frage ist allerdings, ob die Gründe hierfür mit dem zivilrechtlichen Mittel des § 138 BGB überhaupt richtig zu bekämpfen wären: Einmal hätte jede andere Entscheidung des BGH der Vermeidungsstrategie durch vollständigen Verzicht auf Vorbehaltsrechte noch erheblichen Auftrieb gegeben.

Andererseits droht nun die Gefahr, dass nicht die monatlich wiederkehrenden Versorgungsansprüche vom Sozialhilfeträger durchgesetzt werden, sondern dieser wegen übergeleiteter Ansprüche aus § 528 BGB vorgeht.¹⁹ Für den Fall der Erstattung monatlicher Pflegeheimkosten dürfte der Anspruch sich schon kraft Gesetzes von der (gesetzlich vorrangigen) gegenständlichen Herausgabe in eine Zahlungspflicht umgewandelt haben,²⁰ ggf. kann der Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung abwenden. Im Anspruchsinhalt würde damit zwar kein Unterschied zur Überleitung umgewandelter Versorgungsrechte bestehen, sehr wohl aber in der Anspruchshöhe: Im

Rahmen des § 528 BGB bemisst sich die monatliche Zahlung allein nach den nicht anderweitig gedeckten Kosten des Heimaufenthalts,²¹ bei umgewandelten Versorgungsrechten bemisst sich die Zahlung nach der Aufwandsersparnis, dürfte also wohl geringer ausfallen.²² Tritt die Bedürftigkeit vor Ablauf der Frist des § 529 BGB ein, besteht die Zahlungspflicht sowohl bei Abschöpfung der Aufwandsersparnis wie auch bei Umwandlung der Rückforderung in eine Zahlung über diesen Zeitpunkt hinaus fort.^{22a}

Dieses Rückforderungsrecht spielte aber in den Entscheidungen des BGH vom 23.1.2003 und 9.1.2007 schon deswegen keine Rolle, weil die Frist des § 529 BGB bei Eintritt der Bedürftigkeit jeweils abgelaufen war.

Schließlich steht der unabdingbare Anspruch auf Elternunterhalt einen Rang niedriger zur Überleitung bereit.²³ Dass seine Geltendmachung schwerer fällt, soweit es die Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen angeht,²⁴ dürfte unvermeidbar sein. Wenn das Sozialrecht selbst aber die Verfolgung dieser Ansprüche stark einschränkt,²⁵ beruht auf dies auf einer bewussten rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers. Man sollte daraus jedenfalls nicht den Schluss ziehen, zuvor im Zivilrecht § 138 BGB systematisch falsch einzusetzen.

Schwieriger in der Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen wie auch der Formulierung dürfte die Vertragsgestaltung zur Lastenverteilung zwischen mehreren Kindern werden.²⁶ Da die Erfüllung der Versorgungszusage²⁷ vorrangig ist gegenüber Ansprüchen auf Elternunterhalt,²⁸ folgte aus der umfassenden Pflegeverpflichtung eine vorrangige Inanspruchnahme des Erwerbers. Mit Ruhen der Pflegeverpflichtung leben jedenfalls nach Ablauf der Frist des § 529 BGB stattdessen Ansprüche auf Elternunterhalt auf. Zwischen mehreren Kindern verteilt § 1606 BGB die Haftung im Außenverhältnis unabdingbar. Nur eine Umverteilung im Innenverhältnis ist gestaltbar.²⁹ Allerdings ergeben sich hieraus flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten, die z. B. auch frühere Schenkungen an andere Geschwister³⁰ berücksichtigen können. Ggf. sind auch

21 Vgl. § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB: Abwendung durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages.

22 Andererseits ist die Abschöpfung der Aufwandsersparnis wohl nicht gesetzlich begrenzt auf den Wert des Geschenks (sollte es im Einzelfall vielleicht wegen langjähriger Pflege einmal dazu kommen).

22a MünchKommBGB/Kollhosser, § 529 Rdnr. 3.

23 Darauf weist z. B. auch *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 18 hin.

24 Insbesondere, weil womöglich mehrere Schuldner, mit komplizierter Lastenverteilung untereinander, wegen § 1606 Abs. 3 BGB aber mit Außenwirkung, belangt werden müssten.

25 § 43 SGB XII, wonach übergeleitete Unterhaltsansprüche erst ab einem Jahreseinkommen des Schuldners (Kindes) von 100.000 € geltend gemacht werden; dazu *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2466. *Frank*, FamRZ 2009, 649, 652 weist auf die Diskrepanz zur unmittelbaren Geltendmachung durch die Eltern hin, bei denen eine solche Beschränkung nicht besteht.

26 Vgl. bereits *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1103.

27 Einen interessanten, für den Erwerber potentiell eher bedrohlichen Aspekt verdeutlicht LG Paderborn, FamRZ 1998, 432: Gegenüber dem in Zahlung umgewandelten Anspruch auf Pflege kann nicht die (unterhaltensrechtlich orientierte) mangelnde Leistungsfähigkeit eingewandt werden.

28 *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2466.

29 Gestaltungsvorschläge unterbreitet *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1149 ff.

30 Etwa bei früheren Übertragung von Bauplätzen oder bei finanziellen Zuschüssen zum Hausbau usw., die üblicherweise nie mit einem Vorbehalt von Versorgungsrechten verbunden sind.

16 So schon *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1097, 1098.

17 Dazu z. B. *Ehinger*, NJW 2008, 2465.

18 Vgl. die Befürchtungen bei *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 685; *Rosendorfer*, MittBayNot 2005, 1, 10.

19 *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 686; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1103.

20 Etwa BGH, NJW 2005, 670: Bei einem nicht teilbaren Geschenk geht der Anspruch von vornherein auf wiederkehrende Zahlungen entsprechend der Bedürftigkeit, bis der Wert der Schenkung erschöpft ist.

steuerliche Aspekte zu berücksichtigen, soweit die Überlassung noch in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG (ab 1.1.2008) fällt.³¹

Geboten scheint jedenfalls weiterhin eine ausdrückliche Beschränkung der Pflegeverpflichtung. Das neue Urteil deutet nicht an, dass hinsichtlich der ergänzenden Vertragsauslegung anders zu befinden wäre als bisher judiziert.³² Im Gegenteil bekräftigt der BGH den Beschluss vom 23.1.2003 insofern, als darin die ursprüngliche Argumentation des unzulässigen Vertrages zulasten Dritter zurückgenommen wurde. Immerhin bricht sich aber nunmehr – endlich – in der höchstgerichtlichen Entscheidung die Erkenntnis Bahn, dass eben die Mitversorgung des pflegebedürftigen Übergebers „am Tisch“ etwas ganz anderes und vor allem etwas wesentlich weniger Belastendes ist, als die Umwandlung dieser Verpflichtung in eine monatliche Zahlung, sei sie auch auf Ersparnisabschöpfung beschränkt. Dieser Gesichtspunkt tauchte nämlich in den früheren Entscheidungen des BGH überhaupt nicht auf.³³ Stattdessen wurde allein damit argumentiert, dass (angeblich³⁴) der Übergeber Angst davor gehabt hätte, sozialhilfebedürftig zu werden. Ob diese Erkenntnis eine Bedeutung bei künftigen Fällen zur ergänzenden Vertragsauslegung erlangen wird, bleibt offen. Ebensowenig wie der BGH in den genannten Entscheidungen von 2001 und 2003 über ausdrückliche Klauseln entschieden hat, stand nun eine Aussage zur ergänzenden Auslegung an.

IV. Die Anspruchsüberleitung beim Wohnungsrecht

1. Der Fortbestand des Wohnungsrechts trotz Heimaufenthalt

Die Anerkennung der Ruhensvereinbarung hinsichtlich der Pflegeverpflichtung lässt Rückschlüsse zu auf die Gestaltungsmöglichkeiten beim Wohnungsrecht, wenn dieses wegen des Heimaufenthalts vom Berechtigten nicht mehr persönlich ausgeübt werden kann. In einem weiteren Urteil vom Januar diesen Jahres³⁵ nimmt der BGH hierzu Stellung und erreicht – in der Parallelbetrachtung zur Pflegeverpflichtung – gewissermaßen den Rechtszustand vom September 2003: Er gibt Hinweise für die ergänzende Vertragsauslegung, während die Beurteilung einer ausdrücklichen erwerbergünstigen Vereinbarung noch einer Entscheidung harret.

Über einige dogmatische Grundaussagen dürfte nunmehr Einigkeit bestehen: Der Heimaufenthalt als solcher führt – wenn nicht ausnahmsweise eine entsprechende rechtsgeschäftliche Bedingung vereinbart wurde³⁶ – weder zu einem Wegfall des Wohnungsrechts kraft Gesetzes³⁷ noch kann das Wohnungsrecht als solches auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet werden.³⁸ Schließlich kann der Vertrag in der

Regel nicht wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) angepasst werden, weil die Gefahr eines Heimaufenthalts allgemein bekannt ist und dieser kein motivationsschädliches unvorhergesehenes Ereignis darstellt.³⁹ Folglich sind auch hier die Verträge in Ermangelung klarer Absprachen ergänzend auszulegen.⁴⁰

2. Anspruch auf Gestattung der Vermietung

Das beim Auszug des Berechtigten „tote Kapital“ Wohnungsrecht könnte naheliegenderweise zunächst durch eine Vermietung der Räume zu Geld gemacht werden. Da § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB, der regelmäßig beim Wohnungsrecht auch (bewusst!) nicht abbedungen wird, solches dem Berechtigten aber nicht gestattet, stellt sich die Frage, ob ein Anspruch auf Gestattung der Vermietung nicht aus dem Vertrag – und sei es im Wege ergänzender Auslegung – entnommen werden kann.

Vereinzelte obergerichtliche Rechtsprechung hat tatsächlich mit diesem Ergebnis nachgebessert, teils über Wegfall der Geschäftsgrundlage, teils über ergänzende Vertragsauslegung⁴¹ und dies auf eine „zeitgemäße Anwendung“ des § 1093 Abs. 2 BGB gestützt.⁴² Da die Aufnahme von Pflegepersonen nach unserer gesellschaftlichen Entwicklung heute kaum noch vorkomme, sei die Gestattung der Vermietung die einzige (ersatzweise) Möglichkeit, dem Übergeber noch einen fortdauernden Nutzen aus dem Wohnungsrecht zukommen zu lassen. Hiergegen wendet sich der BGH jedoch zu Recht.⁴³ Einerseits findet sich in § 1092 Abs. 1 BGB eine ausdrückliche gesetzliche Wertung. Die Beteiligten haben gerade nicht einen Nießbrauch bestellt, sondern lediglich ein Wohnungsrecht. Dieser Vertragswille und auch die gesetzliche Abgrenzung zwischen beiden Rechtsinstituten darf nicht verwischt werden.

Die Vermietungsberechtigung hätte dabei auch unabsehbare und einschneidende Folgen für den Grundstückseigentümer, der sich zunächst einmal auf die Lebenszeit des Veräußerers, aber auch darüber hinaus in ein Vertragsverhältnis mit einer ihm fremden Person gedrängt sähe. Bei Bejahung eines Vermietungsrechts des Wohnungsberechtigten wird man nämlich über die Verweisung des § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB hinaus wohl nicht umhinkommen, auch § 1056 BGB aus Mieterschutzgründen für anwendbar zu erachten.⁴⁴ Die Nichterwähnung des § 1056 BGB in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB erklärt sich zwanglos daraus, dass nach den gesetzlichen Vorgaben das Wohnungsrecht ohnedies nicht zur Vermietung berechtigen sollte, diese Möglichkeit also auch nicht regelungsbedürftig erschien.⁴⁵ Mit Ableben des Wohnungsberechtigten ginge das Mietverhältnis dann ebenso wie beim Nießbrauch auf den

³¹ Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1129.

³² BGH, MittBayNot 2002, 179; MittBayNot 2004, 180.

³³ Anders aber z. B. bei BayObLG, MittBayNot 1975, 24, 26.

³⁴ Jedenfalls meiner Praxiserfahrung entspricht die Wahrnehmung des BGH nämlich nicht; Zweifel auch bei Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1, 7.

³⁵ MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft).

³⁶ Dazu BayObLG, DNotZ 1998, 299.

³⁷ So bereits BGH, MittBayNot 2008, 42 und jetzt MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft). OLG Köln, FamRZ 2001, 1454; Everts, ZEV 2004, 495, 496; J. Mayer, DNotZ 2008, 672, 675; zweifelnd z. B. Auktor, MittBayNot 2008, 14.

³⁸ Everts, ZEV 2004, 495, 496; Auktor, MittBayNot 2008, 14; Wirich, Das Leibgeding, 2006, S. 114.

³⁹ Übrigens wäre auch die Annahme falsch, das Pflegeheimrisiko sei erst ein vergleichsweise moderner Aspekt. Schon Henle/Schneider, BayAGBGB, 2. Aufl. 1909, Art. 43 BayAGBGB Rdnr. 1, 2 besprechen die Gefahr eines Wegzuges des Altenteilers aus gesundheitlichen Gründen.

⁴⁰ BGH, MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft).

⁴¹ Vgl. die Darstellung bei Auktor, MittBayNot 2008, 14, 15.

⁴² OLG Köln, FamRZ 1995, 1408; OLG Celle, DNotI-Report 1999, 104; OLG Koblenz, ZEV 2004, 341. Zustimmend Brückner, NJW 2008, 1111, 1112.

⁴³ BGH, MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft). Ablehnend schon Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rdnr. 55; Auktor, MittBayNot 2008, 14, 16; Wirich, Das Leibgeding, S. 115.

⁴⁴ Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rdnr. 38; dies nimmt Brückner, NJW 2008, 1111, 1112 bewusst hin.

⁴⁵ Vgl. Mugdan III, S. 319: „Die Beurteilung eines anomalen, seinem Inhalte nach erweiterten Wohnungsrechts wird sich von selbst ergeben.“

Grundstückseigentümer über. Zwar gestattet § 1056 Abs. 2 BGB dem Eigentümer die Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist. Der Sinn dieser Norm besteht jedoch allein in der Anordnung, dass der Eigentümer nicht an noch andauernde Befristungen oder vertraglich verlängerte Kündigungsfristen gebunden sein soll. § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB entbindet jedoch nicht von der Beachtung und Anwendung der Kündigungsschutzvorschriften.⁴⁶ Der Erwerber wäre somit selbst nach dem Ableben des Wohnungsberechtigten zu einer Selbstnutzung bestenfalls nach Ausspruch einer Eigenbedarfskündigung mit allen damit für den Vermieter verbundenen Problemen berechtigt.

Diese Rechtsfolge lässt sich definitiv nicht mit einer zeitgemäßen Anwendung und Auslegung des § 1093 Abs. 2 BGB begründen. Wenn zur Vermeidung von Unklarheiten ausdrücklich die Aufnahme von Familienangehörigen und Pflegepersonen gestattet wird, so hat der Gesetzgeber doch vorausgesetzt, dass deren Nutzungsrecht immer nur als eine abgeleitete Unterberechtigung bestehen sollte.⁴⁷ Mit Wegfall des Wohnungsrechts insbesondere wegen Ablebens des Berechtigten würde die (Mit-)Nutzungsberechtigung gleichfalls hinfällig bzw. sich allenfalls nach Maßgabe des § 1969 BGB verlängern.⁴⁸ Daraus folgt zugleich, dass § 1093 Abs. 2 BGB allein den Zweck hat, einen naheliegenden Streitpunkt zwischen Eigentümer und Wohnungsberechtigten gesetzlich zu bereinigen, um die Konflikte auszuschließen. § 1093 Abs. 2 BGB hatte und hat nicht den Sinn, einen Nutzwert des Rechts im Krankheits- oder Pflegefall aufrechtzuerhalten.

3. Ersparnisabschöpfung bei Selbstnutzung durch den Eigentümer

Können danach oder nach den örtlichen Gegebenheiten⁴⁹ keine Mieteinnahmen erzielt werden, schließt sich die Frage an, ob überleitungsfähige Zahlungsansprüche bestehen können, wenn die Wohnung nunmehr vom Eigentümer und seiner Familie mitbenutzt wird. Im Rahmen der Umwandlung eines Altenteils in Zahlungsansprüche nach Art. 18 BayAGBGB gehen die Sozialämter offenbar von Werten von mindestens 25 € pro Zimmer aus (zzgl. Nebenkostenersparnis, abzgl. ggf. Beteiligung an Instandhaltungskosten).⁵⁰ Für das Wohnungsrecht außerhalb eines Altenteils hat aber schon der BGH im Beschluss vom 23.1.2003 seine Tendenz zu deutlich niedrigeren Wertansätzen erkennen lassen, indem er dem OLG zur Bemessung der Aufwandsersparnis bzgl. des Wohnungsrechts auf den Weg gibt, nur die tatsächlich ersparten Aufwendungen, nicht hingegen der Sachwert des Rechts könnten abgeschöpft werden.⁵¹ Eine am fiktiven Mietertrag orientierte

⁴⁶ Staudinger/Frank, 2009, § 1056 Rdnr. 16; MünchKommBGB/Pohlmann, 4. Aufl. 2004, § 1056 Rdnr. 11 unter Hinweis auf LG Münster, WuM 1996, 37.

⁴⁷ Vgl. Mugdan III, S. 319: „Ohne weiteres gestattet sollte allein sein eine Berechtigung zum Mitwohnen.“

⁴⁸ Was in der frühen Kommentarliteratur auch offen ausgesprochen wurde, etwa Henle/Schneider, BayAGBGB, Art. 38 Rdnr. 1. Nun Staudinger/J. Mayer, § 1093 Rdnr. 40: die Aufgenommenen erlangen daraus kein eigenes Recht zum Wohnen.

⁴⁹ Also etwa, weil die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nicht in sich abgeschlossen sind und deswegen faktisch eine Vermietung an Dritte ausscheidet. In OLG Köln, FamRZ 2001, 1454, 1455 etwa wird berichtet, die Vermietung der Wohnung sei bisher gescheitert.

⁵⁰ Berichtet von Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1, 4. Vgl. auch Kohler, BWNotZ 2001, 54, 58.

⁵¹ Anders, nämlich am fiktiven Mietvertrag, orientiert sich LG Paderborn, FamRZ 1998, 432 (allerdings unter wohl unzutreffender Annahme eines Altenteils i. S. d. Art. 96 EGBGB).

Ersparnisabschöpfung schied schon danach aus.⁵² Die neue Entscheidung bekräftigt diese Tendenz. Innerhalb der Familie liegt die Annahme einer unentgeltlichen Nutzungsüberlassung nahe.⁵³

4. Erlösabschöpfung bei freiwilliger Vermietung

Offen ist jedoch die Frage, wem der Rohmietertrag zusteht, wenn abweichend von der gesetzlichen und vertraglichen Wertung tatsächlich doch anderweitig vermietet wird. In der Leitentscheidung vom 19.1.2007⁵⁴ ergab sich ein deutlicher Anknüpfungspunkt aus einer Nachtragsvereinbarung, mit welcher der Eigentümerin eigens die Vermietung gestattet wurde. Diese hielt der BGH mindestens für eine auftragsähnliche Vereinbarung, so dass er den Herausgabeanspruch aus § 667 BGB bejahen konnte. Einen weiteren maßgeblichen Gesichtspunkt sieht der BGH darin, dass allenfalls der Heimaufenthalt zu einer Besserstellung des Eigentümers führe. Das könne aber schwerlich gewollt sein.⁵⁵

In diesem Punkt hätte man sich klarere Worte des BGH im Urteil vom 9.1.2009⁵⁶ gewünscht, denn für einen Teil des Überleitungszeitraums war die dem Nutzungsrecht unterliegende Wohnung fremdvermietet gewesen. Die Vorinstanz⁵⁷ hatte aber keine Vereinbarung entsprechend BGH, MittBayNot 2008, 42 finden können, die Übergeberin habe nicht einmal von der Vermietung gewusst. Das OLG hat daraufhin die Mieteinnahmen dem Eigentümer belassen. Vor diesem Hintergrund wird man die einheitlich durchformulierten Hinweise des Senats an das OLG für die weitere Verhandlung⁵⁸ inhaltlich wohl differenziert betrachten müssen: einmal nämlich als naheliegende Auslegungsmöglichkeit für Zeiträume der freiwilligen Fremdvermietung, zum anderen als Anknüpfungspunkt für die Zeiträume, in denen tatsächlich nicht drittvermietet wurde und auch nicht vermietet werden sollte. Dabei lässt der BGH bei seinen Vorgaben für die Zeiträume freiwilliger Fremdvermietung einen finanziell erheblichen Gesichtspunkt außer Betracht: Die beklagte Eigentümerin hatte sich nämlich auch damit verteidigt, sie habe erhebliche Renovierungsarbeiten bezahlt, die nun durch die Mieteinnahmen amortisiert werden sollten.⁵⁹ Dieses Argument, das in der Praxis häufig anwendbar wäre,⁶⁰ hält der BGH offenbar gegenüber der drohenden Besserstellung des Erwerbers für unmaßgeblich; jedenfalls bei der ergänzenden Vertragsauslegung.

5. Möglichkeiten der Vertragsgestaltung

Hat die Rechtsprechung bisher eine Lösung über die ergänzende Vertragsauslegung gesucht, stellt sich für künftige Fälle die Frage nach einer ausdrücklichen Regelung, hier konkret, ob dem Eigentümer die etwaigen Mieteinnahmen zugewiesen werden können.⁶¹

⁵² So in der Einschätzung auch Everts, ZEV 2004, 495, 498; OLG Köln, FamRZ 2001, 1454; J. Mayer, DNotZ 2008, 672, 685.

⁵³ BGH, MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft); ebenso Brückner, NJW 2008, 1111, 1115. OLG Düsseldorf, RNotZ 2005, 485, 487.

⁵⁴ BGH, MittBayNot 2008, 42.

⁵⁵ Eingehend und kritisch zu dieser Entscheidung J. Mayer, DNotZ 2008, 672, 680 f.

⁵⁶ MittBayNot 2009, 298 (in diesem Heft).

⁵⁷ OLG Hamm, NJW-RR 2008, 607 = FamRZ 2008, 1072.

⁵⁸ BGH, MittBayNot 2009, 298 unter III. 2. (in diesem Heft).

⁵⁹ OLG Hamm, NJW-RR 2008, 607 = FamRZ 2008, 1072.

⁶⁰ Die Übergabeobjekte haben nach meiner Anschauung nahezu grundsätzlich Renovierungsstau!

⁶¹ Vgl. z. B. die Überlegung von Everts, ZEV 2004, 495, 498.

Entsprechend der vom BGH für die Pflegeverpflichtung nun gebilligten Ruhensvereinbarung könnte z. B. das dinglich fortbestehende Recht zugunsten des Eigentümers mit schuldrechtlicher Wirkung begrenzt werden. Oder die Beteiligten versehen das Wohnungsrecht auf dinglicher Ebene mit der auflösenden Bedingung eines Heimaufenthalts.⁶² Auch hier trägt die aus §§ 528, 529 BGB folgende Überlegung, dass das Gesetz sowieso keine Versorgungsrechte vorschreibt, so dass eine teilweise Beschränkung des Wohnungsrechts kaum sittenwidrig sein kann.⁶³ Restzweifel ergeben sich allenfalls aus einer Abweichung: Bei der Beschränkung der Pflege stünde anderenfalls die Abschöpfung von Barmitteln in Rede, die der verpflichtete Eigentümer so nicht zusätzlich eingenommen hat. Bei der Abschöpfung tatsächlich erzielter Miete hat der Eigentümer aber zusätzliche Mittel eingenommen. Seine finanzielle Belastung erhöht sich durch die Abschöpfung also nicht.

V. Gestaltungen beim qualifizierten Versorgungsvertrag des Art. 96 EGBGB

1. Gesetzliche Vorgaben

Der BGH musste gleichfalls noch nicht entscheiden, in welchem Umfang leistungsbeschränkende Klauseln bei „echten“ Altenteilsverträgen i. S. d. Art. 96 EGBGB wirksam sein können. Der unmittelbare Anwendungsbereich des Art. 96 EGBGB und des auf dieser Ermächtigung fortbestehenden sowie ggf. neu erlassenen Landesrechts⁶⁴ ist mit dem Übergang von einer landwirtschaftlich geprägten Wirtschaft in die industrielle Fertigung sowie das Dienstleistungszeitalter deutlich zurückgegangen. Nach ständiger Rechtsprechung⁶⁵ setzt Art. 96 EGBGB zum einen die Nachfolge in eine die Existenz zumindest teilweise begründende Wirtschaftseinheit voraus.

Zum anderen muss zugunsten des Veräußerers ein seiner Versorgung dienendes Leistungsbündel vereinbart werden, das mindestens zum Teil aus dem Übergabeobjekt erwirtschaftet werden kann.⁶⁶ Der Vorbehalt allein eines Nießbrauchs⁶⁷ oder eines Wohnungsrechts⁶⁸ genügt jedenfalls nicht, auch wenn in den Einzelheiten die Abgrenzung umstritten ist. Der BGH hat in allen hier maßgeblichen Entscheidungen, z. T. gegen die Vorinstanzen, nie einen Altenteilsvertrag nach Art. 96 EGBGB bejaht.

Im Anwendungsbereich des Art. 96 EGBGB besteht häufig kein Bedürfnis für eine ergänzende Vertragsauslegung, weil sich die Umwandlung der Naturalpflicht in eine Zahlung

⁶² Dies ist unter Aspekten des Grundbuchverfahrensrechts gebilligt worden von BayObLG, DNotZ 1998, 299; dazu auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 1261; *Demharter*, GBO, 26. Aufl. 2008, Anh. § 44 Rdnr. 28.

⁶³ So auch *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 18; *Everts*, ZEV 2004, 495, 498 und *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 684 jedenfalls für den Fall, dass die auflösende Bedingung allgemein an den Wegzug angeknüpft und nicht spezifisch zulasten der Sozialhilfe ausgestaltet wird.

⁶⁴ Überblick bei *Staudinger/Albrecht*, Art. 96 EGBGB Rdnr. 37, 38.

⁶⁵ BGH, WM 2003, 1483; *Staudinger/Albrecht*, Art. 96 EGBGB Rdnr. 10; *Everts*, ZEV 2004, 495, 496; *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 16; *Wirich*, Das Leibgeding, S. 35, der aber selbst (S. 67–91) für eine großzügigere Anwendung plädiert.

⁶⁶ *Staudinger/Albrecht*, Art. 96 EGBGB Rdnr. 9.

⁶⁷ Dazu BGH, DNotZ 1982, 697.

⁶⁸ OLG Frankfurt, DNotZ 1972, 354; BayObLG, MittBayNot 1975, 170, 171. Anders OLG Hamm, Rpfleger 1986, 270 unter Hinweis auf RGZ 152, 109, da anderenfalls städtische Grundstücke aus der Privilegierung der Altenteilsverträge (hier: § 9 EGZVG) herausfielen.

schon aus dem einschlägigen Landesrecht ergibt, hier z. B. aus Art. 18 BayAGBGB. Anerkanntermaßen bildet der Heimaufenthalt einen „besonderen Grund“ für den Wegzug im Sinne dieser Norm.⁶⁹ Zusätzlich gibt z. B. Art. 18 BayAGBGB den Maßstab für die Berechnung des Geldersatzes vor, so dass sich die Frage stellt, ob insoweit die erwerberfreundliche Rechtsprechung des BGH – allein Erstattung real ersparter Kosten, ohne Rückgriff auf den Sachwert – auf die Auslegung dieser Norm übertragbar ist.⁷⁰

2. Zulässigkeit leistungsbeschränkender Klauseln

Eine leistungsbeschränkende Klausel würde jedenfalls nicht schon an Art. 96 EGBGB oder dem jeweiligen Landesrecht scheitern. Zulässig ist nur dispositives Landesrecht, nicht aber *ius cogens*.

Allerdings kann das Hauptargument des BGH, nämlich die rechtspolitisch und gesetzessystematisch abschließende Wertung für die Rückforderung bei Vermögensverfall gemäß §§ 528, 529 BGB, wohl nur eingeschränkt auf den Altenteilsvertrag übertragen werden. Neben einer besonderen Konkretisierung der Versorgungspflichten besteht eine in Bayern wie auch in anderen Landesrechten verbreitete Regelung nämlich in der Beschränkung der Rückabwicklungsmöglichkeit, indem beispielsweise der Altenteilsvertrag insbesondere vom Rücktrittsrecht ausgenommen wird.⁷¹ Die Beschränkung der Rückabwicklung wird auf andere, nicht in Art. 17 BayAGBGB genannte Ansprüche zu übertragen sein, wie etwa eine Rückabwicklung über pVV⁷² sowie auf den Rückgabeananspruch aus § 528 BGB⁷³, auch wenn dies in der Literatur nur kursorisch angedeutet und offenbar noch nicht zum Fall geworden ist.

Mit dieser Beschränkung bricht aber der Vergleich mit der bestehenden gesetzlichen Regelung zu einfachen Versorgungsrechten weg. Selbst bei Vermögensverfall innerhalb der Frist des § 529 BGB stünde dem Veräußerer im Rahmen des Art. 96 EGBGB nicht der erneute Zugriff auf die weggegebene Vermögenssubstanz offen, sondern nur noch der Zugriff auf die vereinbarten Versorgungsrechte.

⁶⁹ *Ott* in Sprau, Justizgesetze in Bayern, Art. 18 BayAGBGB Rdnr. 2.

⁷⁰ Erwerberfreundlich z. B. die Vorgabe des BayObLG, MittBayNot 1975, 24, 27 bei Zurückweisung an das OLG zur weiteren Tatsachenfeststellung: Man müsse die Ersparnis infolge des Wegfalls der Leistung auf dem Grundstück bewerten. Dazu könne nicht schematisch der Sachwert herangezogen werden. Tendenziell großzügiger jedoch OLG Hamm, MittBayNot 1983, 228 zur Bewertung einer Pflegeverpflichtung.

⁷¹ Es ist dies übrigens einer der Gründe, weswegen die Vereinbarung eines Altenteilsvertrags für die Beteiligten möglicherweise von vornherein gar nicht wünschenswert ist (insoweit mit ganz anderer Grundtendenz etwa *Wirich*, Das Leibgeding, S. 91). Der Nachweis der schuldnerverursachten Leistungsstörung fällt dem Veräußerer sowieso schon schwer genug (etwa in BGH, JZ 2002, 774). Nun werden ihm auch noch die allgemeinen schuldrechtlichen Rechtsfolgen aberkannt. Unter diesem Gesichtspunkt scheint auch der enge Anwendungsbereich des Art. 96 EGBGB gerechtfertigt: Eine Aufrechterhaltung des Übergabevertrages selbst bei vom Erwerber verschuldeten oder (man muss bei familiärer Zerrüttung mit Schuldvorwürfen wohl vorsichtig sein) zumindest mitverursachten Zerwürfnissen setzt ein erheblich gesteigertes Interesse des Erwerbers an der Aufrechterhaltung des Vertrages voraus.

⁷² *Ott* in Sprau, Justizgesetze in Bayern, Art. 17 BayAGBGB Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Habesack*, Art. 96 EGBGB Rdnr. 29.

⁷³ Zustimmung aber *Ott* in Sprau, Justizgesetze in Bayern, Art. 17 BayAGBGB Rdnr. 4.

Jedoch besteht schon kein Unterschied, soweit sich die „Rückforderung“ gemäß § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB oder entsprechend der Vorgabe von BGH, NJW 2005, 670 von vornherein auf eine Zahlung beschränkt. Art. 17 BayAGBGB beschränkt nur die gegenständliche Rückgabe, modifiziert aber nicht reine Zahlungsverpflichtungen (vgl. Art. 18 BayAGBGB).

Andererseits fällt weiter auf, dass den Beteiligten beim qualifizierten Altenteilsvertrag danach einfache Alternativgestaltungen zur Verfügung stehen, um das Entstehen überleitungs-fähiger Regressansprüche zu verhindern: Zwar dürfte das Vertragsobjekt und damit das erste tatbestandliche Merkmal der wirtschaftlichen Einheit faktisch unabänderlich feststehen. Die Beteiligten können aber das Versorgungsbündel als zweites Tatbestandsmerkmal frei gestalten und insbesondere verkleinern, z. B. auf ein einfaches Wohnungs-

recht, um auf diese Weise aus dem Anwendungsbereich des Art. 96 EGBGB sowie des Landesrechts herauszukommen. Damit gelangen sie dann wieder zu den allgemeinen Regeln des BGB und zu den oben dargestellten sehr weitmaschigen Gestaltungsvorgaben. Aus generellen Zweckerwägungen heraus, nämlich um den in der Praxis vorhandenen Druck zu einer Minderung der Versorgungsrechte nicht noch zu erhöhen, sollten die Rechtsprechungsgrundsätze zum einfachen Versorgungsvertrag auch auf den qualifizierten Altenteilsvertrag übertragen werden.⁷⁴

⁷⁴ Gegen eine Sittenwidrigkeit z. B. auch *Wirich*, Das Leibgeding, S. 113 f. für den Fall, dass die Wertersatzrente allgemein und nicht bloß bei Heimaufenthalt ausgeschlossen wird.

Steuer- und Gestaltungsfragen bei Abfindung von Unterhaltsansprüchen

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 19.6.2008, III R 57/05* –

Von Rechtsanwalt und Notar *Wolfgang Arens*, Bielefeld

Der 3. Senat des BFH hat mit seinem Urteil vom 19.6.2008 seine bisherige Rechtsprechung zur einkommensteuerlichen Behandlung von Unterhaltsabfindungen bestätigt. Die Entscheidung gibt Anlass, einen Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten zur einkommensteuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltsabfindungen zu geben.

I. Unterhaltsleistungen im Konzept des EStG

Nach der Konzeption des Einkommensteuergesetzes sind Unterhaltsleistungen sowohl auf Seiten des Unterhaltsschuldners (Zahlenden) als auch auf Seiten des Unterhaltsgläubigers (Empfängers) für die Einkommenbesteuerung unbeachtlich (§ 12 Nr. 1 und Nr. 2 EStG). Durchbrechungen dieses Grundsatzes müssen in gesetzlichen Ausnahmenvorschriften geregelt sein. Gesetzliche Ausnahmeregelungen befinden sich einerseits in § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG für das sog. begrenzte Realsplitting beim Ehegattenunterhalt (Geltendmachung von Unterhaltsleistungen bis zur Höhe von 13.805 € jährlich an den dauernd getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten als Sonderausgaben) und andererseits in den §§ 33, 33 a EStG für die Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen als außergewöhnliche Belastungen.

Eine solche einkommensteuerliche Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen setzt – dem Ausnahmecharakter entsprechend – in formeller Hinsicht zunächst eine entsprechende *Antragstellung* des Steuerpflichtigen voraus.

1. Begrenztes Realsplitting

Im Falle der Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings ist darüber hinaus auch noch eine entsprechende *Zustimmungserklärung* des Unterhaltsgläubigers gegenüber der Finanzverwaltung erforderlich. Hintergrund ist das sog.

Korrespondenzprinzip, wonach bei der Geltendmachung des Sonderausgabenabzugs auf Seiten des Unterhaltsschuldners der Unterhaltsgläubiger seinerseits in entsprechender Höhe den bezogenen Unterhalt im Jahr des Zuflusses (§ 11 EStG) als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 a EStG der Einkommenbesteuerung unterwerfen muss.¹

Das begrenzte Realsplitting „lebt“ einerseits von dem Progressionsgefälle, das einkommensteuerlich zwischen Unterhaltsschuldner und Unterhaltsgläubiger besteht, und andererseits davon, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte so ggf. seinen Grundfreibetrag nach § 32 a EStG ausschöpfen kann. Diese Mechanismen wirken ähnlich wie das Ehegattensplitting, bei dem ebenfalls einerseits der Grundfreibetrag des nicht oder nur wenig verdienenden Ehegatten und andererseits ein Progressionsgefälle zwischen den beiden Ehegatten ausgenutzt werden können. Jedoch ist der Sonderausgabenabzug im Rahmen der Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings nur dann möglich, wenn die Ehegatten schon dauernd getrennt leben oder geschieden sind. Es müssen bei ihnen also die Voraussetzungen der Einzelveranlagung vorliegen. Im Veranlagungszeitraum der Trennung der Ehegatten scheidet die Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings daher aus.

Das begrenzte Realsplitting setzt jedoch – weder dem Grunde noch der Höhe nach – keine gesetzliche Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten voraus. Auch freiwillig geleisteter oder freiwillig erhöhter Ehegattenunterhalt kann bis zur

*MittBayNot 2009, 329 (in diesem Heft).

¹ *Arens*, FamRZ 1999, 155.

Grenze von 13.805 € jährlich zum Sonderausgabenabzug geltend gemacht werden. Auch Naturalunterhaltsleistungen (z. B. Wohnungsüberlassung) oder Einmalzahlungen – etwa im Falle einer Unterhaltsabfindung – kommen in diesem Rahmen für den Sonderausgabenabzug in Betracht.

Wegen der Begrenzung auf 13.805 € jährlich sollten höhere Abfindungsbeträge im Rahmen von Trennungs- oder Scheidungsfolgenvereinbarungen ggf. ratierlich auf mehrere Kalenderjahre (Veranlagungszeiträume) verteilt werden. In diesem Falle wird man in die Vereinbarung zweckmäßigerweise Verzinsungs- und Sicherheitenregelungen aufnehmen. Die Zinsen sind dann beim Unterhaltsgläubiger als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 EStG zu behandeln.

Eine unverzinsliche Stundung von Teilbeträgen der Unterhaltsabfindung über mehr als ein Jahr würde nach der sog. *Aufteilungsrechtsprechung* des BFH² dazu führen, dass der gestundete Teilbetrag in einen Kapital- und einen Zinsanteil zerlegt und der Zinsanteil beim Unterhaltsgläubiger auf der Basis einer Verzinsung von 5,5 % p. a.³ ebenfalls als Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG behandelt wird. Der empfangende Ehegatte ist somit bei einer unverzinslichen Stundung doppelt benachteiligt. Zum einen erhält er den ihm zustehenden Abfindungsbetrag erst mit einer mehrjährigen Verzögerung zum Nominalbetrag; die Geldentwertung durch die Inflation geht somit zu seinen Lasten. Zum anderen hat er aus steuerlicher Sicht einen fiktiven Zinsanteil aufgrund eines relativ hohen standardisierten Zinssatzes von 5,5 % zu versteuern.

Eine Gestaltungsalternative kann ggf. darin bestehen, dass zwischen den Ehegatten statt einer Unterhaltsabfindung eine befristete, auf mehrere Jahre gestreckte und pauschalierte jährliche Unterhaltszahlung vereinbart wird, die mit Ablauf der Befristung vereinbarungsgemäß endet.

Der unterhaltsberechtigte Ehepartner ist aufgrund nachwirkender Verpflichtung zur ehelichen Solidarität nach §§ 1353, 242 BGB verpflichtet, die Zustimmung zum begrenzten Realsplitting zu erteilen, wenn dem Unterhaltsverpflichteten daraus einkommensteuerliche Vorteile erwachsen und der unterhaltsberechtigte Ehepartner entweder keine eigenen Nachteile daraus hat oder aber der unterhaltsverpflichtete Ehepartner sich seinerseits verpflichtet, etwaige Nachteile aus dem begrenzten Realsplitting zu ersetzen.⁴ Das Entstehen von Nachteilen berechtigt also nicht zur Zustimmungsverweigerung, wenn ein Nachteilsausgleich zugesichert wird.

Der unterhaltsverpflichtete Ehepartner kann die Zustimmung zum begrenzten Realsplitting nur verlangen, wenn er Zugum-Zug zu diesem Verlangen sich verpflichtet, den *Nachteilsausgleich* zu leisten. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht aber der entsprechende Nachteilsausgleichsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehepartners auch dann, wenn er sich (versehentlich) eine solche Verpflichtungserklärung des unterhaltsverpflichteten Ehepartners nicht hat geben lassen.⁵ Allein das Verlangen des unterhaltsverpflichteten Ehepartners, die Zustimmung zu erteilen, verpflichtet diesen, den Nachteilsausgleich zu leisten.⁶

In den vergangenen Jahren hat sich immer deutlicher gezeigt, dass den einkommensteuerlichen Vorteilen, die mit dem begrenzten Realsplitting verbunden sind, neben der Einkom-

mensteuerbelastung des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach § 22 Nr. 1 a EStG sonstige wirtschaftliche Nachteile gegenüberstehen können, die die steuerlichen Vorteile nicht nur teilweise oder ganz wieder beseitigen, sondern über diese noch hinausgehen können.⁷ Hintergrund ist die Tatsache, dass die Anspruchsberechtigung für verschiedene sozialrechtliche Leistungen dann nicht (mehr) gegeben ist, wenn der ansonsten Leistungsberechtigte eine bestimmte „Summe der Einkünfte“ bzw. einen bestimmten „Gesamtbetrag der Einkünfte“ i. S. v. § 2 Abs. 3 EStG bzw. ein bestimmtes „zu versteuerndes Einkommen“ i. S. v. § 2 Abs. 5 EStG erreicht oder überschreitet. Viele sozialrechtliche Leistungsgesetze verweisen nämlich auf die Einkünfte bzw. das Einkommen im einkommensteuerrechtlichen Sinn.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nicht auch eine Vereinbarung zwischen den Parteien über Inhalt und Umfang der Erstattungspflicht des Unterhaltsverpflichteten gegenüber dem Unterhaltsberechtigten hinsichtlich etwaiger steuerlicher und sonstiger Nachteile aus dem begrenzten Realsplitting getroffen werden kann, möglicherweise auch ein Verzicht auf eine solche Erstattungspflicht vereinbart werden kann.

Für den *Trennungsunterhalt* ist das wegen dessen grundsätzlicher Unverzichtbarkeit zweifelhaft. Für den *nachehelichen Unterhalt* wird man dies annehmen können, da der nacheheliche Unterhalt seinerseits verzichtbar ist. Wenn nach der Rechtsprechung des BGH⁸ die Erstattungspflicht hinsichtlich der Nachteile eine unterhaltsähnliche Verpflichtung ist, muss demgemäß beim nachehelichen Unterhalt ein solcher Verzicht darauf auch zulässig und wirksam sein. Das gilt erst recht für einen Teilverzicht, der etwa darin liegen kann, dass die Erstattungsverpflichtung des Unterhaltsberechtigten auf den Betrag begrenzt wird, der seinen Steuervorteilen aus der Inanspruchnahme des begrenzten Realsplittings entspricht. Auch wird man insoweit vereinbaren können, dass nur die reinen steuerlichen Nachteile erstattungspflichtig sind, nicht aber darüber hinausgehende sonstige wirtschaftliche Nachteile.⁹

2. Unterhalt als außergewöhnliche Belastung

Soweit Unterhalt als außergewöhnliche Belastung geltend gemacht wird, geschieht dies nach anderen steuerrechtlichen Regeln. Zunächst gilt nicht das Korrespondenzprinzip, so dass die beim Unterhaltsschuldner als außergewöhnliche Belastung abgezogenen Beträge nicht ihrerseits beim Unterhaltsgläubiger der Einkommenbesteuerung unterworfen werden müssen. Daher ist eine Zustimmungserklärung des Unterhaltsgläubigers auch nicht erforderlich.

Andererseits sind aber die Voraussetzungen für eine Geltendmachung der Unterhaltsleistungen als außergewöhnliche Belastung deutlich strenger und die Höhe der abzugsfähigen Unterhaltsbeträge unterscheidet sich deutlich von den Beträgen beim begrenzten Realsplitting.¹⁰

Weiter gefasst ist dagegen der mögliche *Empfängerkreis* von Unterhaltsleistungen, die für einen Abzug als außergewöhnliche Belastungen in Betracht kommen. Anders als beim begrenzten Realsplitting, das nur bei dauernd getrennt leben-

² BFH/NV 1997, 175; 1993, 87. Dazu auch BMF, BStBl I 2005, S. 699 = DSStR 2005, 1005.

³ Siehe § 12 Abs. 3 BewG, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

⁴ BGH, FamRZ 1983, 576; FamRZ 1984, 1211; FamRZ 1998, 953 = ZNotP 1998, 285.

⁵ BGH, FamRZ 1985, 1232.

⁶ BGH, FamRZ 1985, 1232.

⁷ Dazu Arens in Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2. Aufl., Rdnr. 100 ff.

⁸ DSStRE 1997, 458 = NJW 1997, 1441; dazu Schöppe-Fredenborg, FuR 1997, 135.

⁹ Dazu Arens in Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Rdnr. 109 f. mit Muster einer Vereinbarung.

¹⁰ Dazu Arens in Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Rdnr. 5 ff.

den oder geschiedenen Ehegatten in Betracht kommt, kommen prinzipiell Unterhaltsleistungen an alle gesetzlich unterhaltsberechtigten Personen in der gesetzlich geschuldeten Höhe für den Abzug als außergewöhnliche Belastungen in Betracht. Dies betrifft beispielsweise auch den Unterhalt nach § 1615 I BGB, sonstigen Verwandtenunterhalt und Unterhaltsleistungen an unterhaltsbedürftige Lebensgefährten, sofern diese durch das Zusammenleben sozialrechtliche Leistungsansprüche ganz oder teilweise verlieren (vgl. § 33 a Abs. 1 Satz 2 EStG). Eine Einschränkung gilt für „Inlandskinder“, weil deren steuerliche Berücksichtigung durch andere gesetzliche Begünstigungen geregelt wird (etwa Kindergeld, Kinderfreibetragsberechtigung etc.).

Der Höhe nach ist der Abzug von Unterhaltsleistungen als außergewöhnliche Belastung regelmäßig deutlich unattraktiver als der Sonderausgabenabzug im Rahmen des begrenzten Realsplittings bei Ehegatten. Zumindest Aufwendungen für den typischen Unterhalt nach § 33 a EStG sind der Höhe nach auf einen Betrag von 7.680 € (der angelehnt ist an den Grundfreibetrag nach § 32 a Abs. 1 EStG) pro Jahr beschränkt. Darüber hinaus wird dieser jährliche Höchstbetrag auch noch weiter eingeschränkt, indem eigene Einkünfte und Bezüge des Unterhaltsberechtigten – mit Ausnahme eines Schonbetrages von 624 € jährlich – von dem genannten Höchstbetrag pro Jahr noch abgezogen werden, so dass bei eigenen Einkünften oder Bezügen des Unterhaltsberechtigten ab einer Größenordnung von ca. 8.500 € der Abzug nach § 33 a EStG insgesamt ausgeschlossen ist.

Eine Kumulation des Abzugs von Unterhaltsleistungen an den dauernd getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 (Sonderausgabenabzug) einerseits und nach § 33 a EStG (Abzug als außergewöhnliche Belastungen für typische Unterhaltsleistungen) andererseits kommt nicht in Betracht.¹¹

Besonderheiten gelten bei Unterhaltsleistungen für atypischen Unterhaltsbedarf i. S. v. § 33 EStG, der „zwangsläufig“ zu größeren Aufwendungen des Steuerpflichtigen führt, weil er sich der Unterhaltungspflicht aus „rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann“. Mit Ausnahme der sog. „zumutbaren Belastung“ gemäß § 33 Abs. 3 EStG gelten insoweit für die einkommensteuerliche Abzugsfähigkeit keine Beschränkungen der Höhe nach.

II. Entscheidung des BFH vom 19.6.2008

Vor dem Hintergrund dieser Systematik steht die Entscheidung des BFH vom 19.6.2008. Während Aufwendungen für „Realsplitting-Unterhalt“ und für den typischen Unterhaltsbedarf des (gesetzlich) Unterhaltsberechtigten den Höchstbetragsbeschränkungen von jährlich 13.805 € bzw. von 7.680 € unterliegen, können untypische Unterhaltsaufwendungen grundsätzlich der Höhe nach unbeschränkt als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG abgezogen werden. Der Unterscheidung zwischen Aufwendungen für typischen Unterhaltsbedarf und Aufwendungen für außerordentlichen Unterhaltsbedarf im Rahmen eines gesetzlichen Unterhaltsrechtsverhältnisses kommt also ganz entscheidende Bedeutung zu.

Der zuständige 3. Senat des BFH zieht insoweit eine Parallele zur zivilrechtlichen Unterscheidung von laufendem Unterhalt und sog. Sonderbedarf, etwa nach § 1613 Abs. 2 BGB. So sollen Unterhaltsaufwendungen für eine altersbedingte Heimunterbringung des Unterhaltsberechtigten nur nach § 33 a

Abs. 1 EStG berücksichtigt werden können, während Aufwendungen für eine krankheitsbedingte Unterbringung von unterhaltsberechtigten Angehörigen in einem Altenpflegeheim der großzügigeren Vorschrift des § 33 EStG unterliegen sollen.¹²

Die Entscheidung vom 19.6.2008 liegt auf der bisherigen Linie der Rechtsprechung des zuständigen 3. Senats des BFH und überrascht daher nicht. Maßstab für die Unterscheidung zwischen typischem Unterhaltsbedarf und atypischem Unterhaltsbedarf soll nur der Anlass und die Zweckbestimmung der Unterhaltsleistungen sein, nicht jedoch deren Höhe oder deren außergewöhnliche Belastungswirkung für den Unterhaltsschuldner. Es soll also keine Rolle spielen „wie“ bezahlt wird, sondern nur „auf was“.¹³

Eine Unterhaltsabfindung, die zukünftige Unterhaltsansprüche des Unterhaltsberechtigten abgilt, ist daher nach der Auffassung des BFH zumindest dann nur in den Grenzen des § 33 a EStG im Jahr der Zahlung abzugsfähig, wenn sie künftigen typischen Unterhaltsbedarf betrifft. Die Tatsache, dass durch eine hohe vorzeitige Abfindungszahlung der Unterhaltsschuldner besonders belastet ist, spielt insoweit keine Rolle. Dies macht der 3. Senat des BFH deutlich, indem er klarstellt, dass auch eine echte rechtliche Verpflichtung zur vorzeitigen Unterhaltsabfindung nach § 1585 Abs. 2 BGB wegen der damit verbundenen Belastungswirkung für den Unterhaltsschuldner nicht zu einer Qualifizierung der Zahlungen als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG führe.

Der BFH begründet diese Bewertung auch damit, dass aus der Entstehungsgeschichte des § 33 a EStG, der durch das Gesetz zur Neuordnung von Steuern vom 16.12.1954¹⁴ geschaffen wurde, ersichtlich sei, dass durch diese Vorschrift die in der Regel höhere Ermäßigung nach § 33 EStG verhindert werden sollte und sie den Abzug an die Steuerermäßigung für Familienangehörige nach § 32 EStG 1953 angleichen sollte.

Ferner begründet der 3. Senat diese Bewertung auch mit einer Parallelwertung zu den Rechtsregeln des begrenzten Realsplittings. Es widerspreche der gesetzlichen Wertung der §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 1 a EStG, wenn eine Unterhaltsabfindung für künftige typische Unterhaltsleistungen vom Unterhaltsberechtigten in unbegrenzter Höhe steuerlich abgezogen werden könne, ohne dass eine korrespondierende Besteuerung beim Unterhaltsempfänger erfolge.

Legt man diese Bewertungen des 3. Senats des BFH zugrunde, ergibt sich für die Abfindung künftiger atypischer Unterhaltsansprüche eine andere Behandlung. Wenn und soweit für künftigen atypischen Bedarf, hinsichtlich dessen es eine Unterhaltsverpflichtung gibt, eine Abfindung vereinbart und geleistet wird oder eine entsprechende Abfindung gesetzlich geschuldet wird, kommt die Abzugsmöglichkeit nach § 33 EStG sehr wohl in Betracht.

Im Rahmen von notariellen Scheidungsfolgenvereinbarungen bzw. Unterhaltsvereinbarungen und im Rahmen familiengerichtlicher Vergleiche sollte also differenziert dargestellt und belegbar dokumentiert werden, inwieweit es sich bei der Abfindungsleistung um eine Abfindung für künftigen typischen Unterhaltsbedarf und künftigen atypischen Unterhaltsbedarf handelt. Insoweit käme dann statt einer nur begrenzten Abzugsfähigkeit nach § 33 a EStG eine unbegrenzte Abzugsfähigkeit § 33 EStG in Betracht (vgl. § 33 a Abs. 5 EStG).

¹² Zu der Abgrenzung im Einzelnen siehe *Arens* in Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Rdnr. 9 ff.

¹³ Vgl. *Schlünder/Geißler*, FamRZ 2008, 211, 212.

¹⁴ BGBl I, S. 373 = BStBl 1954, S. 575.

¹¹ BFH, BB 2001, 560; dazu *Arens* in Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Rdnr. 3.

TAGUNGSBERICHT

Aktuelle Fragen des Familienrechts

Tagung des Notarinstituts an der Friedrich-Schiller-Universität Jena am 3.4.2009

Von Anne-Kristin Fischer und Stefan Wolf, Jena

Das 4. Symposium des Notarinstituts an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, die in diesem Jahr den 250. Geburtstag ihres Namenspatrons begeht, widmete sich am 3.4.2009 „Aktuellen Fragen des Familienrechts“. Hierzu konnte eine Vielzahl qualifizierter Vertreter aus Wissenschaft und Praxis gewonnen werden. Die Tagung unterteilte sich in die vier Abteilungen Zugewinnausgleich, Unterhalt, Betreuung und Vorsorgevollmacht sowie Abstammung und Versorgungsausgleich. Allen Beiträgen gemein war dabei – stets ein Kennzeichen des Jenaer Symposiums – die enge Verbindung zur notariellen Praxis.

Nach einer Begrüßung durch die Direktorin des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Universitätsprofessorin Dr. *Elisabeth Koch*, Jena, und den Vorsitzenden der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Professor Dr. *Rainer Kanzleiter*, Ulm, eröffnete Universitätsprofessor Dr. *Thomas Rauscher*, Leipzig, mit seinem Referat über die technische Reform der Zugewinnngemeinschaft den inhaltlichen Teil der Veranstaltung. *Rauscher* stimmte zunächst den Detailkorrekturen im Gesetzesentwurf zur Änderung des Zugewinnausgleichs grundsätzlich zu. Er hielt allerdings den Fortbestand der Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand aufgrund der heute veränderten Ehemodelle einem Rechtfertigungsverlust ausgesetzt.

In der Folge unterbreitete er im zweiten Teil seines Vortrags einen eigenen Gestaltungsvorschlag. Demnach solle im ehelichen Güterrecht, wie im nahehelichen Unterhaltsrecht, das Prinzip des Nachteilsausgleichs jenes der Halbteilung als Rechtfertigung ablösen. *Rauscher* befürwortete ein Modell zur Stärkung der vorsorgenden Eigenverantwortung, welches eine zwingende Basisinformation über die Auswirkung von Güterständen in bestimmten Ehetypen bei der Anmeldung zur Eheschließung mit einer Wahlmöglichkeit zwischen Zugewinnngemeinschaft und Gütertrennung durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten verbindet. Diese Erklärung solle innerhalb einer Frist von einer Woche nach der Anmeldung zur Eheschließung, bei der den Verlobten eine schriftliche Information über die Wahlmöglichkeit ausgehändigt wird, bis drei Monate nach der Eheschließung abgegeben werden. Wenn sich die Gatten nicht einigen könnten, sei Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand vorzusehen. Alle weitere Gestaltung sei in jedem Fall in einem herkömmlichen Ehevertrag zu besorgen.

Im nachfolgenden, ebenfalls zur ersten Abteilung zum Thema Zugewinnausgleich gehörenden Beitrag, berichtete Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen, von neuen Möglichkeiten zur Vertragsgestaltung im Güterrecht. Einleitend beschäftigte er sich mit den Güterstandsregelungen aus dem steuerrechtlichen Blickwinkel. Im Hinblick auf eine Nachweispflicht gegenüber den Finanzämtern riet *Münch* der Notarpraxis, häufiger Verzeichnisse des Anfangsvermögens zu erstellen. Weiter wies er darauf hin, dass rückwirkende Vereinbarungen der Zugewinnngemeinschaft steuerlich nicht anerkannt würden. Eine anerkannte Steuerfreiheit sei nur über die Güterstandsschaukel zu erreichen. *Münch* empfahl, im Rahmen derselben die Gütertrennung eine gewisse Zeit bestehen zu

lassen, in den Urkunden also einen Zeitraum von ein bis zwei Wochen dafür zu veranschlagen.

Im Folgenden sprach *Münch* zur Inhaltskontrolle im Güterrecht. In Unternehmereheverträgen werde häufig der abhängig beschäftigte Nichtunternehmerehegatte geschützt, der Versorgungsausgleich werde zu seinen Gunsten ausgeschlossen. Dabei folge schon aus § 1414 Satz 2 BGB, dass die Aufnahme einer solchen Klausel nicht sittenwidrig sein könne. *Münch* betonte zudem, dass Sinn und Zweck der richterlichen Ausübungskontrolle der Ausgleich unerwarteter, ehebedingter Nachteile sei, nicht die Außerkraftsetzung der Gütertrennung.

Im dritten Teil widmete sich *Münch* der Unternehmensbewertung und dem Doppelverwertungsverbot. Demnach dürften Rechnungsposten nicht in den Unterhalt und den Zugewinnausgleich zugleich eingestellt werden. Er ging der Frage nach, ob dies auch für Schulden gelte. Das OLG München habe dies bejaht, der BGH sich allerdings noch nicht dazu geäußert. Problematisch sei, welchem Bereich die Schulden dann zugeordnet werden sollen.

Im Rahmen der zweiten Abteilung der Tagung sprachen Universitätsprofessorin Dr. *Marina Wellenhofer*, Frankfurt am Main, und Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, Köln, zum Unterhalt.

Zunächst widmete sich *Wellenhofer* dem Thema Ehevertragsrechtsprechung und Unterhaltsreform. Ausgehend von der grundsätzlichen Vertragsfreiheit gelangte sie zum Eingriffsrecht des Richters in Fällen besonderer Drucksituationen. Die Privatautonomie könne nur dort gegeben sein, wo die Gleichheit der Vertragsparteien gewährleistet sei. Auf einen ausgewogenen Vertragsinhalt sei demnach insbesondere dann zu achten, wenn sich ein Ehegatte in einer solchen außergewöhnlichen Lage befinde. Als Beispiele dafür nannte *Wellenhofer* die schwangere Frau in der Sorge um ihr Kind sowie den ausländischen Partner aufgrund seines ungesicherten Aufenthaltsstatus. Ein Ehevertrag solle deshalb ein solches erkanntes Ungleichgewicht nennen und damit zeigen, dass die Drucksituation gesehen wurde und der Vertrag nicht auf deren Ausnutzung ausgerichtet war.

Im Hauptteil ihres Referats beschäftigte sich *Wellenhofer* mit den typischen Vertragsinhalten und deren Wirksamkeit. Entscheidende Aufmerksamkeit müsse beim Abschluss von Eheverträgen den ex ante vorhersehbaren ehebedingten Nachteilen zukommen, mit welchen im Falle einer Scheidung zu rechnen sei. Für die Kompensation dieser Nachteile müsse in

angemessener Weise vorgesorgt werden. Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB solle jedoch unangetastet bleiben bzw. im gesetzlichen Umfang zugesagt werden, allenfalls der Höhe nach könnten Einschränkungen empfohlen werden. Er müsse zudem eine angemessene Kinderbetreuung gewährleisten. Der Zweck einer weiteren zeitlichen Einschränkung habe sich nach der Drei-Jahres-Rechtsprechung des BGH wohl erledigt, da nun für eine längere Unterhaltszahlung die Beweislast bei der Ehefrau liege, bemerkte *Wellenhofer*. Ingesamt sei die Rechtsprechung zur konkreten Erwerbsobliegenheit der Frau noch nicht eindeutig. Es lasse sich aber die Linie erkennen, dass ein einzelfallabhängiger, gestufter Übergang von Teilzeit- in Vollzeiterwerbstätigkeit von der Mutter gefordert werden dürfe. Ob sich daraus ein neues Altersphasenmodell entwickeln wird, bleibe jedoch abzuwarten.

An diese Ausführungen knüpfte *Reetz* an und referierte über die neuen Herausforderungen für unterhaltsrechtliche Vereinbarungen aus Sicht der notarrechtlichen Praxis. Das neue Unterhaltsrecht sei, so die provokant vorgetragene These, eine Benachteiligung der gut ausgebildeten Frau in der Erstbeziehung. Dementsprechend sei eine unterhaltsausweitende Gestaltung für die Frau nötig. In Zeiten, in denen das neue Recht von vorläufigen Lebensplanungen ausgehe, seien endgültige und rechtsfeste Regelungen in Eheverträgen schwierig, so dass *Reetz* auch im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen „Mut zur Vorläufigkeit“ forderte. Im Folgenden widmete sich der Redner der unterhaltsrechtlichen Vertragsfreiheit und deren Grenzen nach der Reform. Er erläuterte das Schutzgut des neuen Unterhaltsrechts – den Ausgleich ehebedingter Nachteile. Dafür werde eine fiktive parallele Erwerbsbiografie erstellt. Die naheheliche Solidarität finde dagegen unter diesen Gesichtspunkten heute kaum noch Beachtung. Für problematisch erachtete *Reetz* den Umgang der Rechtsprechung mit salvatorischen Klauseln. Ehevertragliche Vereinbarungen müssten immer in einer Gesamtschau betrachtet werden. Der Notar solle daher deutlich machen, dass bei Erstellung des Vertrags ein wirtschaftliches Gesamtkonzept bestand und eindeutige Vertragsabreden treffen.

Gegenstand der dritten Abteilung waren Fragen zu Betreuung und Vorsorgevollmacht. Zu Beginn referierte Universitätsprofessor Dr. Dr. h. c. *Dieter Schwab*, Regensburg, zur Thematik der Vorsorgevollmacht. Dabei ging es zunächst darum, wie Geltung und Akzeptanz der Vollmacht sichergestellt werden könnten, um Zweifel an ihrer Wirksamkeit zu verhindern. Der Referent empfahl im Hinblick auf die Rechtsprechung die Erteilung unbedingter Generalvollmachten. Zwar sei auch die Erteilung von partiellen Vollmachten möglich, allerdings müssten diese dann sauber trennen und genau bestimmen, was der Bevollmächtigte könne und dürfe. Es gelte, eine zu weitgehende Vollmacht in den falschen Händen zu vermeiden. Daher überlegte *Schwab*, ob man dieses Risiko durch eine Kontrolle des Bevollmächtigten vermindern könnte, wobei er sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Optionen kritisch hinterfragte. So habe sich bislang der öffentlich bestellte Überwachungsbetreuer in der Praxis nicht durchgesetzt, nicht zuletzt, weil die Vorsorgebetreuung im privaten Bereich erfolge und ein etwaiger Missbrauch somit nur selten zu amtlicher Kenntnis gelange. Aber auch die privatrechtliche Bestellung eines Überwachungsbevollmächtigten sei differenziert zu betrachten, da durch die Bestellung das dem Betreuer entgegengebrachte Vertrauen zugleich wieder in Frage gestellt werde. Andererseits könnten Vorsorgevollmachten Schwächen des deutschen Betreuungsrechts kompensieren, welches als „hoheitliches Handeln“ auch sinnvolle Eingriffe, wie beispielsweise das Betreten von Wohnungen zum Entmüllen, nur unter erschwerten Bedingungen zulasse.

Angesichts der neuesten rechtlichen Entwicklungen zur Sterbehilfe sei die Vollmacht zudem wohl der einzige Weg, die Gefahr eines bürokratisierten Sterbens zu vermindern.

Als zweiter Redner der Abteilung erörterte Notar Dr. *Thomas Renner*, Erfurt, die Möglichkeiten der Erteilung einer Untervollmacht bei Vorsorgevollmachten. Er fragte, ob eine Vorsorgevollmacht, die vom Bevollmächtigten nicht mehr selbst ausgeübt werden könne, auch zur Erteilung einer Untervollmacht an einen Dritten berechtige. Während die Fachliteratur in persönlichen Angelegenheiten einer Erteilung von Untervollmachten ablehnend gegenüberstehe, trat *Renner* dieser Ansicht in ihrer Absolutheit entgegen. Er sprach sich dafür aus, in bestimmten Fällen auch hier Untervollmachten zuzulassen, nämlich dann, wenn dies ausdrücklich und schriftlich festgehalten sei. Die herrschende Literatur basiere im Wesentlichen auf Schriften aus der Anfangszeit der Vorsorgevollmacht, in der dieses Themengebiet in seiner Komplexität noch nicht vollständig „erschlossen“ war. Da es sich bei der Fürsorge nicht um eine höchstpersönliche Angelegenheit handle, sei eine Stellvertretung grundsätzlich zulässig. Auch hätte ein Verbot die Einschaltung des Staates zur Folge, der einen Betreuer bestellen müsste. Gerade dieses Ergebnis aber wollten die Parteien mit der Vorsorgevollmacht vermeiden. Unter dem Aspekt des Selbstbestimmungsrechts sei es sogar verfassungsrechtlich bedenklich, wenn eine Untervollmacht in vermögensrechtlichen Fragen möglich sein soll, in für den Betroffenen wesentlicheren, persönlichen Angelegenheiten aber nicht. Der Redner schloss sein Referat mit der Überzeugung, dass in vielen Fällen durchaus gute Gründe für die Erteilung einer Untervollmacht auch im nichtvermögensrechtlichen Bereich sprechen würden.

Die das Symposium beschließende vierte Abteilung unter der Rubrik Abstammung und Versorgungsausgleich eröffnete die Richterin des BVerfG Dr. *Christine Hohmann-Dennhardt*, Karlsruhe, mit ihrem Vortrag zur Abstammungsklärung. Hierbei ging es um die Frage, von wem ein Kind abstamme und wem es rechtlich zuzuordnen sei. Die Referentin überlegte, ob die Abschaffung der gesetzlichen Vermutungsregeln zur Vaterschaft – wonach der Ehemann der Kindesmutter grundsätzlich als Vater gilt – angezeigt sei. So erlaubten die modernen technischen Möglichkeiten heute ohne hohen Aufwand und Kosten eine echte Gewissheit. Letztlich aber maß sie den Vermutungsregeln eine höhere Bedeutung zu, da deren Wirkung der Familie eine nicht zu unterschätzende Stabilität verleihe. Es spreche vieles dafür, dass Vater derjenige sein solle, der Ehemann ist oder der die Elternverantwortung im Einvernehmen mit der Mutter annimmt – aus der sozialen folge die rechtliche Vaterschaft. Damit halte es das BVerfG im Übrigen auch mit einem Ausspruch aus *Lessings* „Nathan der Weise“, wonach Blut allein noch lange nicht den Vater mache. Es habe daher entschieden, dass biologische und soziale Elternschaft vom Gesetz in Einklang zu bringen seien. Bei einem etwaigen Auseinanderfallen müsse eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen, weil eine generelle Rangfolge nicht zu erkennen sei. Sodann ging *Hohmann-Dennhardt* auf das neue Abstammungsklärungsverfahren nach § 1598 a BGB ein. Es erlaube eine Zweigleisigkeit: Zunächst könne Gewissheit über die biologische Vaterschaft erlangt werden, erst im zweiten Schritt sei zu überlegen, ob der nicht-biologische Vater auch tatsächlich eine rechtliche Loslösung vom Kind wolle.

Im letzten Beitrag widmete sich Universitätsprofessor Dr. Dr. h. c. *Eberhard Eichenhofer*, Jena, der Neuregelung des Versorgungsausgleichs. Nach § 1 Abs. 1 des neuen Versorgungsausgleichsgesetzes (VersAusglG), welches am 1.9.2009 in Kraft tritt, werden alle während der Ehe erworbenen An-

rechte (Ehezeitanteile) paritätisch zwischen den geschiedenen Ehegatten geteilt. Dabei, urteilte *Eichenhofer*, führe das neue Gesetz den seit 1977 geltenden Versorgungsausgleich fort, verändere aber grundlegend dessen Durchführung. Anstelle der bisherigen Gesamtbilanzierung trete nunmehr ein Einzelausgleich. Besonders eingehend stellte *Eichenhofer* anschließend die sog. interne Teilung vor, die sämtliche Anrechte bei dem jeweiligen Versorgungsträger ausgleiche, bei dem das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person besteht (§ 10 Abs. 1 VersAusglG). Diese interne Regelung sei an sich elegant, führe aber zu uneleganten Folgen: Es komme dadurch nämlich zu einem Vervielfachungseffekt, wenn Eheleute beispielsweise – entsprechend dem heutigen Ideal der Altersvorsorge – mittels dreier Säulen auch jeweils drei Vorsorgerechte erworben haben und nach der Scheidung dann über jeweils sechs Anwartschaften verfügten. Hierin liege der Preis, den die Beteiligten für die Verbesserungen der Reform zu zahlen hätten. Eine Abmilderung dieser unbefriedigenden Sachlage

könnten, so *Eichenhofer*, die Notare leisten, da das Gesetz die interne Teilung nur annehme, wenn nicht eine sog. externe Teilung zwischen dem Ausgleichsberechtigten und dem Versorgungsträger der ausgleichspflichtigen Person vereinbart worden ist (§ 14 Abs. 1 VersAusglG). Hierin liege nun die Chance für Individualvereinbarungen, in denen einzelne Anrechte sinnvoll durch Übertragung an- und ausgeglichen werden könnten. Die hierfür notwendige Portabilität der Anrechte sei in den meisten Fällen erreichbar.

In ihrem Schlusswort dankte Universitätsprofessorin Dr. *Elisabeth Koch* den Referenten und Teilnehmern für ihre interessanten wie gelungenen Beiträge, die nach jedem Themenkomplex einen angeregten und fachlich wertvollen Gedankenaustausch ermöglicht hatten. Die enge Verknüpfung von notarieller Praxis und aktuellen Fragestellungen haben das Symposium zu einer festen Größe im Tagungskalender werden lassen, auf das man auch 2010 mit Spannung blicken darf.

BUCHBESPRECHUNGEN

Basty: Der Bauträgervertrag. 6. Aufl., Heymanns, 2009. 759 S., 114 €

Das Bauträgerrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet in der Praxis geprägt durch ein Wechselspiel – oder besser: einen Zwiespalt – hoher gestalterischer Ansprüche und Kreativität auf Seiten der Beteiligten einerseits und Schutzbedürftigkeit mit einhergehender Reglementierung durch Rechtsprechung und Normen andererseits. Auf „praktische Ideen“ wird aus Berlin und Karlsruhe meist prompt reagiert. Dem Kautelarjuristen bleibt hier nur wenig Luft. Deshalb kann es nicht als Beruhigung angesehen werden, wenn im Bauträgerrecht seit der Voraufgabe vielleicht so etwas wie Ruhe eingekehrt ist. Detailfragen der MaBV wurden allerdings für Bauträger in einigen Entscheidungen konkretisiert; wesentliche Entwicklungen des Bauträgerrechts ergeben sich zudem aus der aktiven Rechtsprechung im Jahr 2007. Nach wie vor bietet sich so stets ein Anlass, gebräuchliche Vertragsklauseln zu überdenken und anzupassen. Hinzu kommt natürlich das Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) zum 1.1.2009.

Dass das FoSiG eingearbeitet ist, versteht sich bei einer 2009er-Auflage von selbst. Die Ausführungen des Verfassers hierzu einschließlich Formulierungsbeispielen decken sich dabei im Wesentlichen mit den unlängst von ihm in einem Aufsatz veröffentlichten (DNotZ 2008, 891). Da das Buch auf den Markt musste – Rechtsprechung und Schrifttum sind laut Vorwort „nur“ bis September 2008 berücksichtigt – und naturgemäß noch wenig Diskussionsstoff und Anschauungsmaterial in der Praxis zur Verfügung standen, sollte man für das FoSiG aber auch parallele Äußerungen im Schrifttum beiziehen. Eine inhaltliche Auseinandersetzung kann angesichts des existierenden und jedem Standesangehörigen zugänglichen DNotZ-Aufsatzes des Autors an dieser Stelle unterbleiben (siehe auch meinen eigenen Beitrag in MittBayNot 2009, 190).

Aus dem breiten Fluss der Rechtsprechung eingearbeitet und hervorzuheben sind die Judikate zu Modalitäten (BGH, MittBayNot 2007, 397) und Umfang (BGH, DNotZ 2008, 511; DNotZ 2007, 933) der MaBV-Bürgschaft, zum Haftungs-

regime (BGH, DNotZ 2008, 66) und zum Haftungsausschluss im Individualvertrag (BGH, MittBayNot 2008, 201), zur Wirksamkeit von Abtretungsklauseln an den Globalfinanzierer (BGH, DNotZ 2008, 436) und zum Haftungsproblem bei Erschließungskosten (BGH, MittBayNot 2008, 313). Alles wird im Text diskutiert und fließt nach diesem „Filter“ auch sofort in die Vertragsmuster am Ende des Buches ein. Es verwundert daher nicht, dass der Umfang gegenüber der Voraufgabe um knapp 50 Seiten zugenommen hat.

Wer sich das besprochene Werk regelmäßig anschafft, weiß (u. U. auch durch den Vergleich auf dem Markt), dass es sich nicht um ein typisches Formularbuch handelt. Für mich war und ist das Spezifikum, dass der Verfasser „seinen“ Vertragstyp auch wissenschaftlich ernsthaft angeht und durchdringt. Da der Bauträgervertrag trotz MaBV, Hausbauverordnung und § 632 a BGB n. F. nach wie vor nicht als kodifiziert gelten kann, wird auf absehbare Zeit vermutlich kein BGB-Kommentar oder Schuldrechtsbuch, aber auch kein sonstiges Immobilienrechts- oder Bauvertragshandbuch ein entsprechendes Niveau erreichen. *Basty* gelingt dies regelmäßig und auch jetzt wieder. Hieraus ziehen die Gestaltungsvorschläge ihre besondere Seriosität und Verlässlichkeit für die Praxis und scheint mir der Erfolg auch künftiger Auflagen garantiert.

Der „Basty“ ist mittlerweile das Standardwerk im Bauträgerrecht, jedenfalls für Notare, aber nicht nur für „Bauträgernotare“. Ernsthafte Konkurrenzwerke liegen zudem z. T. um Jahre zurück. Das Werk gehört zwingend angeschafft, alte Auflagen ausgetauscht. Der hohe Preis kann in Kauf genommen werden. Das Buch ist außerdem eine echte Handreichung und damit Arbeitserleichterung. Selbst wer wenig Geschäftsanfall dieser Art aufweist, sollte entsprechende Vorratshaltung in seiner Bibliothek betreiben; er findet auf der Stelle alles Wichtige aktuell zwischen zwei Buchdeckeln zusammen mit einer Fülle von (im Internet für Bezieher zur Bearbeitung abrufbaren) Formulierungsvorschlägen, auch für die Abwicklung. Damit sind auch angegraute Muster im Amt innerhalb kürzester Zeit wieder stressfrei generalüberholt.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Meikel: Grundbuchordnung. 10., völlig neu bearb. Aufl., Heymanns, 2009. 3 090 S., 298 €

Der „Meikel“ ist wieder da – und wie! Neuer Verlag, geänderter Titel, statt drei Bänden einer, dafür auch der Preis mehr als halbiert. Die Schlankheitskur ist dem Meikel bekommen, denn am Informationsgehalt hat sich nichts geändert: Er bleibt der „einzige Großkommentar zum Grundbuchrecht“, was das Vorwort sicherheitshalber nochmals betont. Es wurde lediglich bei fast unverändertem Zeilenabstand die Schriftgröße verkleinert, wodurch auf eine Seite mehr Text passt, der dazu noch besser lesbar ist. (Wer immer noch glaubt, dass größere Schrift automatisch bessere Lesbarkeit bedeutet, möge nur einmal die Voraufgabe neben die aktuelle legen.) Der Mühe, ständig mit drei Bänden zu hantieren, ist man nun enthoben, wodurch der Kommentar enorm an Nutzwert gewinnt.

Im Autorenkreis hat sich einiges geändert: Ausgeschieden sind *Brambring*, *Ebeling*, *Göttlinger* und *Kraiß*, neu hinzugetreten *Engel* und *Hertel*. Letzterer hat ein völlig neues Kapitel „International-privatrechtliche Bezüge im Grundbuchrecht“ beige-steuert. Das meiste davon kann man zwar auch anderswo lesen (vor allem im hauptsächlich von *Hertel* verantworteten Teil 7 des Würzburger Notarhandbuchs); der Wert liegt jedoch in der Kompilation als solcher und der gerade hier so bedeutsamen Aktualisierung der Daten. *Hertel* hat außerdem die Kommentierung der wichtigen §§ 29–31 GBO von *Brambring* übernommen und an vielen Stellen überarbeitet und erweitert; das Ergebnis überzeugt. Das zweite neue Kapitel „Recht der neuen Bundesländer“ stammt von *Böhringer* und fasst an einer Stelle gestrafft zusammen, was sich bisher in den einschlägigen Anhängen zu den jeweiligen Vorschriften fand. Auch hier also wenig Neues, aber wieder eine Nutzungserleichterung.

Auch sonst wurde der Meikel durchweg auf den neuesten Stand gebracht. So stellt etwa *Hertel* in Rdnr. 39 zu § 29 GBO klar, dass trotz der Neufassung des § 13 FGG durch das RDG eine Stellvertretung im Grundbuchverfahren nach wie vor uneingeschränkt zulässig ist (ebenso jetzt LG Bielefeld, RNotZ 2008, 609). Die Entscheidung des OLG Frankfurt zur Bevollmächtigung von Notarangestellten, wonach sich deren Person aus der Vollmacht ergeben muss, ist bereits eingearbeitet (§ 29 GBO Rdnr. 41). Zu § 472 BGB als zulässigem Gemeinschaftsverhältnis findet sich in § 47 GBO Rdnr. 222 der einschlägige Beschluss des OLG München zitiert (vgl. DNotZ 2008, 380 m. Anm. *Amann*; ebenso jetzt LG Regensburg, MittBayNot 2008, 293). Die Entscheidung des BGH zur Erstreckung der Vormerkung auf weitere Rücktrittsgründe (MittBayNot 2008, 212) ist in Einl. C Rdnr. 27 ebenfalls aufgenommen – dort allerdings ohne weitere Auseinandersetzung mit dieser doch recht problematischen Rechtsprechung. Zur Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft findet man in Einl. C Rdnr. 105 f. den aktuellen Stand und auch den Beschluss des OLG Celle hierzu (RNotZ 2008, 342). Die unglückliche Entscheidung des BGH zur Grundbucheintragung der GbR (DNotZ 2009, 115 m. Anm. *Hertel*) konnte *Böhlinger* in § 47 GBO Rdnr. 203 ff. noch nicht verarbeiten; er stellt jedoch den Streitstand umfassend dar und nennt in Rdnr. 208 auch einen Lösungsweg (im Gegensatz zum BGH, der zwar sicher auf den Gipfel fand, sich dann aber ohne Gesetzgeber nicht mehr hinunter trauen wollte): Eintragung der GbR mit ihrem Namen und Sitz unter Beifügung sämtlicher Gesellschafter in Rechtsanalogie zu § 162 Abs. 2

Satz 2 HGB. Schließlich ist auch der Beschluss des OLG Stuttgart (MittBayNot 2008, 122 m. Anm. *Demharter*) genannt, der den „grundbuchverfahrensrechtlichen Weg“ bei der Vorlagesperre stützt, allerdings nicht bei der Wegbeschreibung in Rdnr. 14 zu § 20 GBO, sondern etwas versteckt in Rdnr. 5.

Geblieben sind die kleinen Schwachpunkte des Meikel (vgl. MittBayNot 2004, 418): Auch diesmal findet sich der erste Druckfehler schon im Vorwort; auch diesmal konnte man sich nicht auf eine einheitliche Bezeichnung des EUR/EURO/Euro einigen; noch immer kennt das Stichwortverzeichnis weder Duplexgarage noch Öffnungsklausel noch Solum-STAR, obschon *Bestelmeyer* in § 56 GBO Rdnr. 54 ff. einigen Aufwand treibt, um nachzuweisen, dass sämtliche mit dieser Software hergestellten Grundpfandrechtsbriefe mit „unausweichlicher Konsequenz“ als „scheinmaschinell“ nichtig sind – eine Erkenntnis, welche die betroffenen Beteiligten zu denjenigen rechnen dürften, die besser nie als spät kommen. Da bleibt nur zu hoffen, dass nicht mit ebensolcher Folgerichtigkeit den „Diplom Rechtspflegern“ im Bearbeiterverzeichnis demnächst die „Grundbuch Ordnung“ im Titel folgt.

Diese kleinen Schönheitsflecken fallen aber nicht ins Gewicht. Insgesamt ist dem Verlag mit dem neuen Druckbild, der praxisfreundlichen Aufmachung und vor allem der attraktiven Preisgestaltung wohl der große Wurf gelungen, der den Meikel jetzt auf jedem Notarschreibtisch landen lässt.

Notar Dr. *Markus Krebs*, Landshut

Firsching/Graf: Nachlassrecht. 9. Aufl., Beck, 2008. 770 S., 78 €

Das hier anzuzeigende Werk erscheint – acht Jahre nach der Voraufgabe – in mittlerweile 9. Auflage. Ausweislich seines Klappentextes bietet das Werk „eine ausführliche Darstellung aller wichtigen Aspekte des Nachlassrechts“, im Einzelnen aufgelistet werden dabei „Materiellrechtliche Grundlagen des Verfahrens, Organe der Rechtspflege in Nachlasssachen, Verfahren in Nachlasssachen im Allgemeinen, Einzelne Nachlassverfahren sowie Erbschaftsteuer“. Weiter wirbt der Verlag, „Zahlreiche Muster und Beispiele machen die Ausführungen anschaulich“, das Werk sei nun „noch mehr auf die erbrechtliche Beratung durch Notare und Fachanwälte für Erbrecht ausgerichtet“ und das „beschlossene Gesetz zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie die Entwürfe zur Erbrechtsänderung und zur Erbschaftsteuer“ seien eingearbeitet.

Dieser umfassende Anspruch weckt hohe Erwartungen und ist – jedenfalls aus Sicht des gestaltenden Erbrechtlers – möglicherweise zugleich die größte Schwäche des Werks. Wer beispielsweise voll Neugier das Kapitel zur Erbschaftsteuer aufschlägt (S. 679 ff.), stellt rasch enttäuscht fest, dass dieses in der Gestaltungspraxis für die Betroffenen häufig sehr wesentliche Thema auf gerade einmal 13 Seiten abgehandelt wird. Für die – allerdings erst nach Erscheinen des Werks in Kraft getretene – Erbschaftsteuerreform bleiben dabei knappe drei Seiten. Verzeiht der Leser diesen Umstand und konzediert, dieser sei der – trotz der anders lautenden Eigenwerbung – hauptsächlich verfahrensrechtlichen Ausrichtung des Werks geschuldet, bleibt er dennoch auch beim Blick auf die

Behandlung der weiteren laut Klappentext berücksichtigten Reformvorhaben missvergnügt: Das Gesetz zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist häufig nur skriptenartig aufgegriffen und am Ende eines entsprechenden Absatzes kursiv in wenigen Zeilen abgehandelt (z. B. Rdnr. 4.715, 4.720, 4.748, 4.764). Auf die geplante Reform des § 2325 BGB im Rahmen des Erbrechtsänderungsgesetzes werden genau sechs Zeilen verwendet, ein Hinweis auf die dazu erschienene Literatur (u. a.: *Muscheler*, ZEV 2008, 105) fehlt (Rdnr. 1.397).

Auch hinsichtlich der versprochenen Muster muss sich der Rechtsgestalter bescheiden: Der Schwerpunkt liegt hier eindeutig auf den gerichtlichen Verfahren, insbesondere Teil 4 des besprochenen Werks erweist sich dabei als sicherlich „unentbehrliches Hilfsmittel“ (*J. Mayer*, MittBayNot 2001, 187) für den Nachlasspfleger und den Nachlassrichter. Der Notar dagegen findet leider im Firsching/Graf beispielsweise kein aussagekräftiges Muster für die Errichtung eines vom Pflichtteilsberechtigten geforderten Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB: Die Verweisung in Rdnr. 4.600 führt stattdessen zum Formblatt, das die Nachlassgerichte standardmäßig zur Nachlass- und Geschäftswertermittlung versendet. Hier wären nähere Erläuterungen, welche Bedeutung die nachlassgerichtliche Praxis diesen Verzeichnissen vor dem Hintergrund der eingeschränkten Ermittlungsmöglichkeiten des Notars überhaupt beimessen kann, bestimmt von Interesse gewesen, ebenso Hinweise auf die neuere Rechtsprechung zur Frage, welche Anforderungen ein solches Nachlassverzeichnis erfüllen muss (OLG Celle, DNotZ 2003, 62, dazu jüngst: *Braun*, MittBayNot 2008, 351). Die Ausführungen zum Erbscheinsverfahren (S. 435 ff.), zur Erbschaftsausschlagung (S. 419 ff.) und zur Anfechtung (S. 417 ff.)

orientieren sich ebenfalls beinahe ausschließlich am nachlassgerichtlichen Geschehen.

In dieser nachlassgerichtlichen Ausrichtung liegt aber letztlich die eigentliche Stärke des Werks auch für den rechtsgestaltenden Juristen. So finden sich in diesem Handbuch viele wertvolle Hinweise über den Ablauf der verschiedenen Verfahren in Nachlasssachen, die in der Beratungspraxis sicher auch dem Notar oder Rechtsanwalt helfen können, dem Betroffenen einen guten Weg durch die gerichtlichen Abläufe zu weisen. Der hauptsächliche „Mehrwert“ dieses Werks liegt für den Rechtsgestalter also im „Perspektivenwechsel“, zu dem ihn das Studium dieses Handbuches einlädt: Das gilt zum einen für den erwähnten verfahrensrechtlichen Teil, zum anderen aber auch für die umfangreichen Ausführungen, die Teil I des Handbuchs zum materiellen Recht enthält. Für jeden professionellen Verfasser letztwilliger Verfügungen wird beispielsweise die Lektüre des Abschnitts zur Auslegung von testamentarischen Anordnungen aufschlussreich sein: Hier findet sich zuverlässig anhand der Rechtsprechung aufgearbeitet eine wahre Fundgrube von möglichen „Stolpersteinen“ bei der Formulierung von letztwilligen Verfügungen

(Rdnr. 1.132 ff.). Auch das in Rdnr. 1.170 ff. enthaltene Stichwortverzeichnis zur „Auslegung einiger häufig in Testamenten verwendeter Begriffe“ wird in der notariellen Praxis regelmäßig als erste Orientierung hilfreich sein, beispielsweise bei der Analyse privatschriftlicher Testamente zur Vorbereitung eines Erbscheinsantrags oder beim Ausloten von Gestaltungsspielräumen, die „verunglückte“ privatschriftliche gemeinschaftliche Testamente nach dem ersten Todesfall noch lassen.

Insgesamt gesehen kann das hier besprochene Handbuch eine wertvolle Ergänzung zur üblichen erbrechtlichen Literatur im Notariat darstellen. Die schon zur Voraufgabe kritisierte schwierige Handhabbarkeit (*J. Mayer*, MittBayNot 2001, 186) mag Herausforderung für Verlag und Bearbeiter sein, dieses über Jahrzehnte gewachsene Werk bei künftigen Auflagen zu straffen. Spätestens wenn die Aufgabenverlagerung in Nachlasssachen doch noch Realität wird (der Bearbeiter lehnt sie – insoweit möglicherweise als Indikator für die Stimmung innerhalb der Justiz – in seinem Vorwort als „offensichtlich“ unbegründet ab), wird das angezeigte Handbuch auch im Notariat zur „Grundausrüstung“ zählen.

Notar Dr. *Martin Leiß*, Rosenheim

Wöhrmann: Das Landwirtschaftserbrecht. 9. Aufl., Luchterhand, 2008. 736 S., 148 €

Was interessiert den bayerischen Notar das Landwirtschaftserbrecht? Die Frage stellt sich, und nur weil sie sich stellt, bedarf dieser Kommentar in Bayern überhaupt noch der Vorstellung. *Das* Standardwerk zum Landwirtschaftserbrecht erscheint bereits in 9. Auflage – begründet von Senatspräsident a. D. Dr. *Otto Wöhrmann*, fortgeführt von Dr. *Hans A. Stöcker* (Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz) und grundlegend überarbeitet von RiOLG i. R. *Heinz Wöhrmann*, dem Sohn des Begründers, der bis 2001 Richter am OLG Celle war und die Bearbeitung des Kommentars mit der 7. Auflage übernommen hat. Als langjähriges Mitglied des Senats für Landwirtschaftssachen kennt er die Probleme des Landwirtschaftserbrechts und die Anforderungen, die die Praxis – Rechtsanwälte, Notare und Gerichte – an einen solchen Kommentar stellen, aus der eigenen Praxis.

Neu finden sich in der 9. Auflage die Bestimmungen der Länder über das Recht der Altenteilsverträge, womit ein Sammelwerk der Vorschriften über das materielle Landwirtschaftserbrecht vorliegt, das bundesweit – über den Geltungsbereich der Höfeordnung hinaus – Bedeutung hat. Kommentierung finden die Ländervorschriften – vielleicht etwas versteckt – in den Ausführungen zu § 14 (Stellung des überlebenden Ehegatten) und § 17 HöfeO (Übergabevertrag), bedeutsam auch für das vertragliche Altenteil – und damit auch für Bayern. Dies gilt umso mehr, als sich der Übergabevertrag auch in Bayern an die Höfeordnung anlehnen kann.

Bevor der Autor (in Teil A) das Höferecht und die Höfeordnung ausführlich kommentiert, betont er in der durchaus instruktiven Einleitung zum Landwirtschaftserbrecht (S. 27–46) zu Recht, dass das „bayerische Höferecht“ (so der Titel eines Aufsatzes von *Eckhardt* zur Gestaltung der Hofübergabeverträge in Bayern, AgrarR 1975, 136), nämlich die geschlossene Übergabe und Vererbung landwirtschaftlicher Betriebseinheiten ohne jede Hilfestellung durch ein Landesanerbengesetz (vgl. Art. 64 EGBGB) zu bewerkstelligen, nur funktionieren

kann, weil die meist schmalen Abfindungen der „weichenden Erben“ nicht am Verkehrswert des Betriebes gemessen werden, sondern nach § 2049 BGB an seinem Ertragswert (S. 30). Als solcher gilt gemäß Art. 68 Satz 1 AGBGB „vorbehaltlich der Berücksichtigung besonderer Umstände, der achtzehnfache Betrag des jährlichen Reinertrags“, der „nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln“ ist (Art. 68 Satz 2 AGBGB). Die verfassungsrechtliche Wirksamkeit dieses Multiplikators bezweifelt *Wöhrmann*, weil der Landesgesetzgeber nach Art. 137, 218 EGBGB nicht befugt sei, die ihm vom Bund übertragene Aufgabe, die Grundsätze der Ertragswertermittlung zu regeln, an Bewertungssachverständige zu delegieren, was die Verweisung auf „betriebswirtschaftliche Grundsätze“ praktisch bedeute. – Im Übrigen gelten für landwirtschaftliche Betriebe in Bayern § 2312 BGB und die §§ 13 ff. GrdstVG (S. 39).

Wie Art. 7 AGBGB zeigt, nennt sich der in § 14 Abs. 2 HöfeO behandelte *Altenteil* in Bayern eher *Leibgeding* (ausführlich *Böhringer*, MittBayNot 1988, 103); diese Begriffe sind aber ebenso synonym wie die (auch in Art. 96 EGBGB und § 49 GBO aufscheinenden) weiteren Begriffe „Leibzuchts- oder Auszugsvertrag“ (S. 369). Da ein Altenteilsrecht allgemein – nicht nur in Bayern – vertraglich (nicht gesetzlich) begründet wird (S. 371), erweist sich dessen weitere Kommentierung (Umfang des Altenteils, Abzugsrecht vom Hof, Ansprüche bei Veräußerung des Hofes an Fremde, sonstige Leistungsstörungen, Bemessung der Geldrente und Aufrechnung gegen Altenteilsforderungen oder Pfändung) auch für bayerische (Vertrags-)Verhältnisse als fruchtbar, zumal auch nach § 14 Abs. 2 Satz 1 HöfeO nur der „übliche“ Altenteil geschuldet wird. In den folgenden Seiten (bis 385) werden auch die Art. 7–23 AGBGB erläutert; die thematische, nicht an den einzelnen Vorschriften ausgerichtete Kommentierung rechtfertigt sich mit dem Anspruch, eine straff gebündelte und wenig wiederholende Darstellung zu leisten.

Da (u. a.) der Altenteil hier wie dort in einem *Übergabevertrag* vereinbart wird (S. 413), hat auch die Kommentierung zu § 17 HöfeO (bis S. 453) in Bayern Relevanz, zumal auch hier

die Vorschriften des AGBGB erläutert werden, namentlich Art. 17 (S. 422). Besondere Bedeutung für die Kautelarpraxis haben die Ausführungen zur Vereinbarung eines Rücktrittsrechts (S. 430 f.). Andere Formen der Hofüberlassung (S. 453) spricht *Wöhrmann* unter dem Stichwort des „gleitenden Hofübergangs“ an.

Teil B kommentiert die Vorschriften im BGB zum Landguterrecht in sachbezogener Reihenfolge (§§ 2049, 97 f., 1515, 2312, 330); gleiche Empfehlung verdient Teil C, der das auch in Bayern geltende GrdstVG-Zuweisungsverfahren kommentiert (§§ 13–17) und lediglich mit dem 2008 in 4. Auflage erschienenen Praxiskommentar von *Joachim Netz* konkurriert (dort S. 547–632).

Teil D gibt die Landesanerben Gesetze (Badisches Gesetz, die geschlossenen Hofgüter betreffend; Württembergisches Gesetz über das Anerbenrecht; Bremisches Höfegesetz; Hessische Landgüterordnung; Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz über die Höfeordnung) wieder, Teil E – neu – das Recht der Altenteilsverträge (Auszüge). Dort findet sich auch das Gesetz zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze (AGBGB) mit dem Dritten Abschnitt (Art. 7–23: Leibgedingsvertrag), das jeder ordentliche bayerische Jurist freilich ohnedies unter der lfd. Nr. 130 in seine

Textsammlung von Ziegler-Tremel (Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern) eingeordnet hat. Ein ausführliches Sachverzeichnis (für „Bayern“ finden sich dort immerhin vier Einträge) rundet das Werk ab, das gegenüber der Voraufgabe 44 Seiten schlanker ausgefallen ist – wer weiß, wie schwer Kürzungen fallen, kann dem Autor ob dieser redaktionellen „Schlankheitskur“ nur Respekt zollen.

Fazit: Spätestens mit dieser Auflage des Standardkommentars zum Landwirtschaftserbrecht ist die Höfeordnung auch in Bayern angekommen. Der 10. Auflage möchte man aus Sicht des bayerischen Anwenders wünschen, dass beim Abdruck der Vorschriften des AGBGB ein Schnellverweis hinzugefügt wird, wo diese im Zusammenhang mit der Höfeordnung (wie gezeigt, vor allem §§ 14 und 17) näher erläutert werden; ein Querverweis zur jeweiligen Randnummer würde schon genügen und wäre wünschenswert, um die straffe Form der Darstellung beizubehalten und sich nicht in Wiederholungen zu verlieren. Mit dieser Anregung darf man dem Kommentar zum Landwirtschaftserbrecht auch aus bayerischer Sicht noch viele weitere Auflagen und zunehmende Verbreitung auch südlich des Mains wünschen.

RA Dr. *Thomas Troidl*, Regensburg

Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen. 7. Aufl., O. Schmidt, 2009. 343 S., 44,80 €

Der gleichermaßen als Formularbuch mit Kommentierungen und Leitsatzsammlung zum Handelsregisterrecht konzipierte „Gustavus“ hat sich in der Praxis hervorragend bewährt, so dass er mittlerweile zur Grundausrüstung der notariellen Handbibliothek gezählt werden kann. Wer diese nach dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 auf den aktuellen Stand bringen will, kann neben den neuerschienenen bzw. bereits überarbeiteten Werken von *Schmidt/Sikora/Tiedke*, *Schmidt-Kessel/Leutner/Müther* und *Kroiß/Everts/Poller* nunmehr auch auf die 7. Auflage des *Gustavus* zurückgreifen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Oktober 2008 berücksichtigt.

Schon auf den ersten Blick fällt auf, dass das Buch nicht in der Seitenzahl, aber im Format und leider auch im Preis deutlich zugelegt hat. Trotzdem bleibt der *Gustavus* günstiger als die vorstehend genannten Konkurrenzprodukte zum Registerrecht. Beibehalten haben die Autoren den übersichtlichen Aufbau der Formulierungsvorschläge mit vorangestellten Hinweisen zu den anmeldepflichtigen Personen, den jeweils beizufügenden Unterlagen und der kostenrechtlichen Behandlung des Vorgangs. Bei den Mustertexten wurde nunmehr durchgängig die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift ergänzt. Auch wenn dies nach dem Beschluss des OLG München vom 28.1.2009 (MittBayNot 2009, 246) nur dann verpflichtend ist, wenn entgegen § 24 Abs. 2 HRV bis zum 1.11.2008 keine Anschrift mitgeteilt wurde oder sich diese zwischenzeitlich geändert hat, kann zur vorsorglichen Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift generell geraten werden, um die Übernahme einer ggf. fehlerhaften Anschrift gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 EGGmbHG nach dem 31.10.2009 zu vermeiden. Die Einzelheiten hierzu, insbesondere die kostenrechtliche Behandlung der zusätzlichen Anmeldung, werden in den Anmerkungen freilich nicht weiter behandelt.

Nicht sehr benutzerfreundlich erweist sich dagegen die Darstellung der Neuanmeldung einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt). Hier hätte es sich im Interesse der Übersichtlichkeit angeboten, für die nunmehr bestehenden Kombinationsmöglichkeiten (GmbH mit/ohne Musterprotokoll, UG mit/ohne Musterprotokoll) jeweils eigene Anmeldefälle vorzusehen. So muss man sich gerade die Anmeldung der in der Praxis häufig gewünschten UG (haftungsbeschränkt) mit Musterprotokoll aus zwei Formularen (Nr. A 91 und Nr. A 129 a) „zusammenbasteln“.

Zweifelhaft erscheint der für eine Gründung mit Musterprotokoll vorgesehene Anmeldeform der konkreten Vertretungsregelung (Nr. A 91). Da im Bestellungsbeschluss des Musterprotokolls nur die Befreiung des einzigen Geschäftsführers von § 181 BGB vorgesehen ist, sollte man es bei der Anmeldung hierbei belassen. Im Hinblick auf die allgemeine Vertretungsregelung hat sich (entgegen der Intention des Gesetzgebers) jedenfalls bei den Registergerichten im süddeutschen Raum die Auffassung durchgesetzt, dass das Musterprotokoll hierzu keine Bestimmungen trifft, so dass – wie im Formular Nr. A 91 richtig wiedergegeben – die gesetzliche Regelung anzuwenden und einzutragen ist.

Bei der Erst-/Neubestellung der Geschäftsführer findet sich im Katalog der Versicherungen u. a. die Erklärung, dass diese nicht als Betreute bei der Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) unterliegen. Wohl aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers ist diese Versicherung allerdings nur bei der Anmeldung von Liquidatoren erforderlich (§§ 66 Abs. 4, 67 Abs. 3 GmbHG), im Interesse eines Gleichlaufs der Versicherungen aber auch nicht zu beanstanden (vgl. hierzu *Stuppi*, MittBayNot 2009, 172 und LG München I, MittBayNot 2009, 249). Vergeblich sucht man dagegen einen Formulierungsvorschlag zur Offenlegung des Hin- und Her-

zahlens bzw. dessen Vereinbarung gemäß § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG.

Eine weitere Neuerung des MoMiG betrifft die Möglichkeit, bei der GmbH ein genehmigtes Kapital zu beschließen (§ 55 a GmbHG). Der neu eingefügte Formulierungsvorschlag (Nr. A 108 a) sieht für die Anmeldung der Ausnutzung vor, dass die notwendige Satzungsanpassung durch Beschluss der Geschäftsführung erfolgt. Ob sich diese aus einer entsprechenden Anwendung von § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG gewonnenen Lösung durchsetzt, ist allerdings noch ungeklärt. Insoweit hätte man zumindest einen Hinweis auf die unsichere Rechtslage erwartet.

Deutlich aufgewertet wurden die Ausführungen zur Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Entsprechend den Bedürfnissen der Praxis wurde hier ein Formulierungsvorschlag für die Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft eingefügt (Nr. A 113). Ferner ist positiv hervorzuheben, dass das Anmeldeformular für die Auflösung einer GmbH (Nr. A 115) nunmehr den Beschluss des BGH vom 7.5.2007 (MittBayNot 2008, 66) berücksichtigt und daher die in der Voraufgabe noch fehlende Anmeldung der abstrakten Vertretungsregelung für die Liquidatoren beinhaltet. Nützlich wären hier allerdings weitere Ausführungen, nach welchen Regelungen sich die abstrakte und konkrete Vertretungsmacht der Liquidatoren bestimmt, also ob Regelungen für Geschäftsführer auch für Liquidatoren im Einzelfall fortgelten. Das aktuelle Urteil des BGH vom 27.10.2008 (ZNotP 2009, 24 = MittBayNot 2009,

160 [LS]) zur Nichtfortgeltung der satzungsmäßig statuierten Einzelvertretungsmacht der Geschäftsführer konnte hier nicht mehr berücksichtigt werden.

Die sonstigen Formulare und Mustertexte sind – abgesehen von redaktionellen Änderungen und Hinweisen auf aktuelle Rechtsprechung – weitgehend unverändert geblieben. Hier erweist sich der Gustavus weiterhin als wertvolle Fundgrube, auch für eher selten auftretende Anmeldefälle bei einer Partnerschaftsgesellschaft, SE oder EWIV.

Fazit: Zeitnahe Neuerscheinungen nach dem Inkrafttreten grundlegender Reformen leiden naturgemäß unter dem Manko, dass sich eine verlässliche Praxis zur Lösung streitiger Rechtsfragen noch nicht herausgebildet hat. Dabei wirkt sich gerade im Registerrecht die geringste Abweichung von der gerichtlichen Interpretation gravierend aus, da Zwischenverfügungen – und seien sie auch unberechtigt – nicht selten zu einem folgenschweren Zeitverlust und Erklärungsbedarf beim Mandanten führen. Die Anschaffung eines kurzfristig aktualisierten Formularbuchs erspart dem Benutzer daher nicht die eigene Durchdringung der Materie und Verfolgung aktueller Entwicklungen in der Rechtsprechung. Wenn man sich dieser Defizite bewusst ist, ist der Gustavus gerade wegen der sonstigen Verbesserungen der neuesten Auflage weiterhin ein zuverlässiger Begleiter, den man auf seinem Schreibtisch nicht missen möchte.

Notarassessor *Florian Satzl*, LL. M., München

Henn/Frodermann/Jannott: Handbuch des Aktienrechts. 8., völlig neu bearb. und erw. Aufl., C. F. Müller, 2009. 1 337 S., 158 €

Das von *Günter Henn* begründete und von *Jürgen Frodermann* sowie *Dirk Jannott* nun herausgegebene Handbuch des Aktienrechts ist in 8. Auflage erschienen. In erster Linie handelt es sich bei dem Werk um ein bewährtes – nicht zuletzt weil auch wissenschaftlich fundiertes – Handbuch für den Praktiker, das im Rahmen der 8. Auflage völlig neu bearbeitet und stark erweitert wurde. Die erweiterte Bandbreite des Handbuchs spiegelt sich nun auch im Autorenkreis wider. Hierbei handelt es sich um auch aus der Literatur bekannte Professoren, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Notare.

Die Tiefe und Ausführlichkeit von größeren aktienrechtlichen Werken kann und soll nach der Zielsetzung des Handbuchs freilich nicht erreicht werden. Prinzipiell wird auf Musterformulierungen verzichtet; bewusst beschränkte sich das Autorenteam auf wenige grundlegende Muster im Anhang. Umso erstaunlicher und schmerzlicher sind dann Ungenauigkeiten bei den wenigen Satzungsmustern. Auffallend ist beispielsweise der etwas laxer Umgang mit der Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung gemäß § 26 AktG. So wird trotz der korrekten theoretischen Darstellung in Teil 4 Rdnr. 55 der Gründungsaufwand in den Gründungsmustern in Anhang 1 und 2 jeweils (unnötigerweise) angegeben, während er in den Satzungsmustern in den Anhängen 4 und 5 keinerlei Erwähnung findet. Insbesondere in § 24 des Anhangs 4 (Satzung einer personalistischen AG, die durch GmbH-Formwechsel entstanden ist), der folgerichtig gemäß §§ 171

UmwG, 26 AktG den Umwandlungsaufwand benennt, hätte man sich zumindest einen Hinweis auf Ausführungen zum seinerzeitigen Gründungsaufwand der GmbH gewünscht.

Wertvoll ist das Handbuch gleichwohl auch für den Praktiker, der sich intensiv mit Rechts- und Gestaltungsfragen auseinandersetzen muss. Die fundierte, obgleich prägnante Darstellung der wesentlichen Themen sowie der umfangreiche Fußnotenapparat mit zahlreichen Literaturfundstellen ermöglichen eine rasche Problemfindung und -lösung. Vom Umfang her ist das Handbuch gegenüber der Voraufgabe angewachsen. Während die 7. Auflage 2001 noch mit rund 1150 Seiten auskam, wuchs das Werk auf rund 1300 Seiten an, obwohl die Mustersammlung extrem ausgedünnt wurde. Ursächlich hierfür sind auch drei gegenüber der Voraufgabe neue Kapitel zu den Themenkomplexen Finanzierung, börsennotierte Aktiengesellschaft und Steuerrecht. Der steuerrechtliche Teil besticht wie das gesamte Werk durch seine leichte Lesbarkeit und seine Aktualität.

Behandelt werden nahezu sämtliche praxisrelevanten Bereiche des deutschen Aktienrechts einschließlich des Konzernrechts und der KGaA, die in der neuen Auflage erstmals ein eigenes Kapitel erhalten hat. Völlig ausgeklammert wird für meine Begriffe etwas überraschend der Bereich der Verpfändung der Mitgliedschaft. Man hätte hier sicherlich keine umfassende Darstellung wie in der beachtlichen Dissertation des Kollegen *Apfelbaum* zu diesem Thema erwartet, wohl aber allerwenigstens ein paar erhellende Sätze. Der ein oder andere Praktiker im Banking-Bereich hätte dies sicher goutiert.

Die Niederschrift über die Hauptversammlung wird vom Unternehmensjuristen *Göhmann* (Leiter einer Konzernrechts-

abteilung) auf aus Notarssicht leider lediglich sieben Seiten dargestellt. Damit einher geht eine Fokussierung auf Hauptversammlungen von Publikums-AGs. So verwundert es nicht, dass die in praxi nicht seltenen Fälle einer nicht beurkundungspflichtigen Hauptversammlung lediglich mit wenigen Sätzen abgehandelt werden. Auch die Sicht- und Herangehensweise an das Problemfeld notarielle Niederschrift entspricht konsequenterweise nicht der des beurkundenden Notars; freundlicherweise wird hier auf die instruktive Darstellung aus notarieller Sicht von *Sigel/Schäfer* in BB 2005, 2137 verwiesen. Dass bei einer Hauptversammlung dem Notar persönlich nicht bekannte Teilnehmer sich ihm gegenüber durch Vorlage von Ausweispapieren nicht legitimieren müssen, wird von *Göhmann* korrekt ausgeführt. Es handelt sich jedoch, entgegen den Ausführungen von *Göhmann*, hier regelmäßig nicht um eine Beurkundung von Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG, sondern um eine solche gemäß § 36 BeurkG.

Aufgegriffen wird in Rdnr. 284 des Abschnitts 9 auch die aktuelle Frage (BGH, MittBayNot 2009, 245 [LS]) der „Berichtigung“ des notariellen Hauptversammlungsprotokolls, wenn der beurkundende Notar zunächst vorläufige Aufzeichnungen unterschreibt und danach nochmals ein Protokoll als Niederschrift erstellt. Bekanntlich ist diese Fragestellung anlässlich der Hauptversammlung der Deutschen Bank im Jahr 2003 ausführlich diskutiert worden. Bedauerlicherweise lag die vorgenannte BGH-Entscheidung zum Redaktionsschluss noch nicht vor. *Göhmann* führt zwar ähnlich wie der BGH aus, dass die notarielle Niederschrift nicht in der Hauptversammlung fertig gestellt sein muss, sondern auch noch danach im Einzelnen ausgearbeitet und unterzeich-

net werden kann. Hinsichtlich der Frage, wann die Niederschrift abgeschlossen ist, folgt *Göhmann* jedoch der Linie von *Eylmann* (ZNotP 2005, 300, 302; 2005, 458) sowie dem OLG Frankfurt (NJW 2007, 1221), indem er in der Unterzeichnung der Niederschrift den Schlusspunkt sieht. Richtigerweise ist mit nahezu allen Stimmen in der Literatur und dem BGH für den Urkundsabschluss der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem der Notar Ausfertigungen oder Abschriften der von ihm autorisierten Endfassung erteilt. Bis dahin kann der Notar entgegen den Ausführungen *Göhmanns* die Niederschrift auch vernichten und neu fertigen, wenn ihm Formulierungen nicht behagen oder er Unrichtigkeiten feststellt (vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 37 Rdnr. 32).

Aus notarieller Sicht ebenfalls interessant sind das 3. und 12. Kapitel. Die Düsseldorfer Kollegen *Hauschild* und *Haibt* widmen sich hier auf je 32 Seiten kenntnisreich der AG-Gründung und dem Registerwesen. Besonders erfreulich ist, dass hier das MoMiG in weiten Teilen bereits berücksichtigt wurde.

Insgesamt empfiehlt sich das Werk den Notaren zur Anschaffung, die vielfach und auch in speziellen Fallgestaltungen mit dem Aktienrecht befasst sind. Notarkanzleien üblichen Zuschnitts, die in ihrer Amtstätigkeit seltener mit dem Aktienrecht konfrontiert werden, drängt sich ein Erwerb des Werkes hingegen nicht auf, sofern sie bereits ein anderes Handbuch, ggf. mit mehr Mustertexten sowie einen entsprechenden Kommentar zum AktG, in ihrem Regal stehen haben.

Notar *Florian Kroier*, Lichtenfels

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 138 Abs. 1 (*Vereinbarung ruhender Versorgungsleistungen nicht sittenwidrig*)

Dass in einem Vertrag als Gegenleistung für die Übertragung eines Hausgrundstücks vereinbarte Versorgungsleistungen nur so lange geschuldet sein sollen, wie sie von dem Verpflichteten in dem übernommenen Haus erbracht werden können, führt nicht ohne weiteres zur Sittenwidrigkeit der vereinbarten Regelung.

BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

M. E. war Eigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks. Durch Notarvertrag vom 22.12.1993 verpflichtete er sich, das Grundstück dem Beklagten, seinem Sohn, zu übertragen. Dieser hatte als „Gegenleistung“ seinem Vater das Recht zur alleinigen Nutzung eines näher bezeichneten Zimmers und das Recht zur Mitbenutzung der zur gemeinschaftlichen Benutzung durch die Bewohner des Hauses bestimmten Anlagen und Einrichtungen als Wohnrecht zu bestellen, Zimmer, Anlagen und Einrichtungen in „gut bewohnbarem Zustand“ zu erhalten, den Vater zu beköstigen und im Falle der Gebrechlichkeit oder Krankheit zu pflegen.

Die Ausübung des Wohnrechts durch Dritte nicht gestattet sein; die Verpflichtung zur Gewährung von Kost und Pflege sollte nur bestehen, „solange der Berechtigte in dem Vertragsanwesen wohne und die Pflege ohne Inanspruchnahme einer bezahlten Pflegeperson möglich“ sei. Für den Fall, dass der Vater in ein Pflege- oder Altersheim aufgenommen werde, sollte die Verpflichtung zur Verköstigung und Pflege „ruhen, ... ohne dass der Erwerber dafür einen Ausgleich bzw. Ersatz zu leisten“ habe. Gegenüber seinen Schwestern übernahm der Beklagte im Vertrag Ausgleichspflichten; diese verzichteten auf Ansprüche aus dem Pflichtteilsrecht im Hinblick auf die Übertragung des Grundstücks.

2005 wurde der Vater des Beklagten als pflegebedürftig in ein Heim aufgenommen. Seine Rente und die Leistungen der Pflegeversicherung reichen nicht aus, die Heimkosten zu decken. In Höhe der Differenz von durchschnittlich 240 € im Monat gewährt ihm der Kläger Sozialhilfe. Mit Anzeige vom 26.10.2005 leitete der Kläger „die Ansprüche aus dem Vertrag vom 22.12.1993“ auf sich über. Aus dem übergeleiteten Recht verlangt er mit der Klage für den Zeitraum seit dem 1.7.2005 Zahlung von monatlich 158 € zuzüglich Zinsen.

Das AG hat der Klage stattgegeben. Das LG hat den Betrag der Zahlungsverpflichtung des Beklagten auf 128 € pro Monat herabgesetzt und die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, bei dem Vertrag vom 23.12.1993 handele es sich nicht um einen Altenteilsvertrag gemäß Art. 7 ff. BayAGBGB, sondern um einen Vertrag eigener Art, durch den sich der Beklagte als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks verpflichtet habe, seinen Vater zu versorgen. Die Vereinbarung des Ruhens dieser Pflicht für den Fall von dessen Aufnahme in ein Alters- oder Pflegeheim habe zum Ziel, das von diesem gebildete Vermögen in der Familie zu behalten, statt es zur Deckung des mit der Heimaufnahme verbundenen erhöhten Bedarfs zu verwenden und diesen Aufwand der Allgemeinheit aufzuerlegen. Insoweit sei der Übertragungsvertrag sittenwidrig und nichtig.

Das berühre die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht. Die aus der Nichtigkeit der Klausel folgende Lücke der vertraglichen Regelung sei im Wege der ergänzenden Auslegung dahin zu schließen, dass der Beklagte seinem Vater den Betrag zu erstatten habe, den er aufgrund des Entfallens der Verpflichtung, diesen zu verköstigen und pflegen und das Haus in Stand zu halten, erspare. Dieser Betrag sei nach dem Umfang der vereinbarten Pflegeverpflichtung mit dem hälftigen Betrag des gesetzlichen Pflegegelds der Stufe I, insoweit 103 €, zuzüglich 25 € ersparter Instandhaltungskosten, insgesamt mithin auf monatlich 128 € zu bemessen.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Aus dem Vertrag zwischen dem Beklagten und seinem Vater vom 22.12.1993 ergeben sich keine Zahlungsansprüche, die auf den Kläger hätten übergeleitet werden können. Soweit das Berufungsgericht solche Ansprüche im Wege ergänzender Vertragsauslegung hergeleitet hat, ist dem schon deswegen nicht zu folgen, weil der Vertrag keine ausfüllungsbedürftige Lücke aufweist. Die Vertragsparteien haben für den Fall, dass der Berechtigte in ein Pflege- oder Altersheim aufgenommen würde, Zahlungsansprüche als Ersatz für die nicht mehr zu erbringenden Naturalleistungen ausdrücklich ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wirksam.

1. Das folgt allerdings entgegen der Meinung der Revision nicht schon aus dem Senatsbeschluss vom 23.1.2003 (NJW-RR 2003, 577 = MittBayNot 2004, 180). In dieser Entscheidung hat der Senat eine Aussage in dem Urteil vom 21.9.2001 (WM 2002, 598, 599 = DNotZ 2002, 702) richtig gestellt. Dort hatte er angenommen, dass eine Regelung, wonach Versorgungspflichten in Übernahmeverträgen für den Fall der Aufnahme des Übertragenden in ein Heim entfallen, einen nach unserer Rechtsordnung nicht möglichen Vertrag zulasten Dritter, nämlich zulasten des Trägers der Sozialhilfe bedeute. Das trifft, wie in dem Beschluss vom 23.1.2003 ausgeführt wird, nicht zu. Dass sich eine zwischen zwei Parteien vereinbarte Regelung für einen Dritten wirtschaftlich nachteilig auswirkt, macht die Vereinbarung nicht zu einem Vertrag zulasten Dritter im Rechtssinne (*Staudinger/Jagmann*, BGB, 2004, Vorbem. zu §§ 328 ff. Rdnr. 45; *J. Mayer*, MittBayNot 2002, 152, 153; *Krauß*, DNotZ 2002, 706, 710).

Auf diese Aussage beschränkt sich indes die Richtigstellung. Aus ihr ergibt sich nicht, ob eine solche Vereinbarung aus anderen Gründen, nämlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, § 138 Abs. 1 BGB, nichtig ist (bejahend *Schwarz*, ZEV 1997, 309, 314 [„in der Regel“]; *Littig/Mayer*, Sozialhilferegress und lebzeitige Zuwendungen, Rdnr. 141; *Wahl*, Vertragliche Versorgungsrechte in Übergabeverträgen und sozialrechtliche Ansprüche, 1989, S. 291). Diese Frage hat der Senat bisher nicht entschieden.

2. Die Frage der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB beurteilt sich danach, ob der Ausschluss von Zahlungsansprüchen mit der Folge, dass der Sozialhilfeträger eintreten muss, nach Inhalt, Beweggrund und Zweck in einer Weise zu missbilligen ist, dass es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (vgl. *Schwarz*, JZ 1997, 545; *Krauß*, MittBayNot 1992, 77, 81). Das ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen.

a) Durch die Übertragung auf den Beklagten steht das Hausgrundstück nicht mehr zur Deckung der Kosten zur Verfügung, die durch die Heimunterbringung des Vaters des Beklagten entstehen. Das ist, für sich genommen, kein von der Rechtsordnung missbilligter Vorgang. Dieselbe Rechtsfolge träte nämlich ein, wenn der Vater des Beklagten diesem sein Hausgrundstück seinerzeit geschenkt hätte, ohne sich Kost und Logis durch den Beklagten vorzubehalten. Auch eine solche Schenkung kann bei einer Verarmung des Schenkers dazu führen, dass er mit seinen Mitteln seine Unterbringung und Pflege im Alter nicht mehr bestreiten kann. Diese mögliche Folge einer Schenkung führt nach der Wertung des Gesetzgebers nicht zu der sittlichen Missbilligung der Schenkung als solcher und nicht zu deren Nichtigkeit. Die Folge ist vielmehr, dass der Schenker, bei Überleitung nach § 93 SGB XII der zuständige Sozialhilfeträger, im Falle der späteren Verarmung das Geschenk nach Maßgabe von § 528 Abs. 1 BGB zurückfordern kann und so eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers verhindert wird (vgl. BGHZ 137, 76, 82). Der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB ist nach § 529 Abs. 1 BGB auf zehn Jahre befristet. Auch das ist Teil der Wertung des Gesetzgebers und führt dazu, dass eine Schenkung auch dann sittlich nicht zu beanstanden ist, wenn der Schenker mehr als zehn Jahre danach verarmt und keinen (nach § 93 SGB XII überleitbaren) Anspruch auf Rückforderung des Geschenks mehr hat. Diese Wertung muss im Ausgangspunkt erst recht gelten, wenn es sich nicht um eine reine Schenkung handelt, der Schenker vielmehr, wie hier, für die Übertragung eines Hausgrundstücks zwar kein vollwertiges Entgelt, aber immerhin doch eine gewisse Gegenleistung in der Form eines Anspruchs auf Kost und Logis erhält.

b) Die unentgeltliche Übertragung eines Hausgrundstücks bei beschränkter Gewährung von Kost und Logis kann deshalb nur bei Hinzutreten weiterer Umstände sittlich zu missbilligen und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Solche Umstände liegen hier nicht vor.

Die Gegenleistung, die der Beklagte für die Übertragung des Hausgrundstücks übernommen hat, ist auf Sachleistungen beschränkt, die er persönlich auf dem Grundstück erbringen konnte. Dies geschah, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, ganz bewusst und beruhte auf der nachvollziehbaren und auch nicht zu missbilligenden Erwägung, dass solche Sachleistungen von dem Übernehmer zumeist, und so auch hier, eher erbracht werden können als Geldzahlungen.

Übergabeverträge wie der Vertrag vom 22.12.1993 nehmen in der Regel eine Erbfolge vorweg und haben den Charakter einer gemischten Schenkung. Der Übernehmer ist zwar, schon im Hinblick auf die engen persönlichen Beziehungen, bereit, Versorgungsleistungen wie Unterbringung, Beköstigung und Pflege zu erbringen. Er nimmt jedoch lediglich den damit verbundenen relativ geringen finanziellen Aufwand in Kauf, möchte seine Lebensführung aber nicht mit zusätzlichen Zahlungsverpflichtungen belasten. Eine von solchen Beweggründen getragene Regelung ist – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – nicht unanständig und verstößt daher nicht gegen die guten Sitten, auch wenn sie zur Folge haben kann, dass der Träger der Sozialhilfe eintreten muss (vgl. auch *Krauß*, MittBayNot 1992, 77, 80 f.).

c) Der Umstand, dass das Haus infolge der Übertragung an den Beklagten nicht mehr als Vermögensgegenstand zur Verfügung steht, der für die Heimunterbringungskosten verwertet werden könnte, spielt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für die Frage der Sittenwidrigkeit keine Rolle. Den Vater des Beklagten traf keine Verpflichtung, über die

Leistungen an die gesetzliche Rentenversicherung hinaus für sein Alter vorzusorgen. Er war in seiner Entscheidung frei, das Haus gegen eine Gegenleistung zu übertragen, die dessen Wert nicht erreichte; er hätte es auch ohne Gegenleistung übertragen können. Solche allein ihm vorbehaltenen Entscheidungen bilden keinen Anknüpfungspunkt für Überlegungen zur Sittenwidrigkeit.

d) Auch soweit das Berufungsgericht zu den Fällen sittenwidriger Unterhaltsverzichte Parallelen zieht, ist ihm nicht zu folgen. Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein ehevertraglicher Verzicht auf nachehelichen Unterhalt mit der Folge, dass der Träger der Sozialhilfe belastet wird, nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein, wenn die Vertragsschließenden bewusst eine Unterstützungsbedürftigkeit zulasten der Sozialhilfe herbeiführen (BGH, NJW 1992, 3164 = DNotZ 1993, 524; BGH, NJW 2007, 904, 905 = DNotZ 2007, 128; BGH, DNotZ 2009, 294 Rdnr. 35 ff.). Diese Fallgestaltung ist mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt indes nicht vergleichbar. Aus ihr können daher entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keine Argumente für Annahme einer Sittenwidrigkeit gewonnen werden.

aa) Die Ansprüche des geschiedenen Ehegatten auf Unterhalt beruhen auf Gesetz. Sie sind geregelt in den Vorschriften der §§ 1570 ff. BGB und sichern den Bedürftigen davor, der Sozialhilfe anheim zu fallen. Die Ehegatten können für den nachehelichen Unterhalt allerdings abweichende Vereinbarungen treffen, § 1585 c BGB. Das folgt aus ihrem Recht, die ehelichen Lebensverhältnisse eigenverantwortlich entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten (BGH, DNotZ 2009, 294 Rdnr. 22). Diese Gestaltungsfreiheit ist begrenzt. Sie ist unbedenklich, soweit die Vereinbarungen nur den individuellen Verhältnissen Rechnung tragen. Anders ist es, wenn die Folgen darüber hinausgehen und die gesetzliche Konzeption insgesamt in eine Schiefelage gerät. Das ist im Regelfall anzunehmen, wenn ein Verzicht auf Unterhaltsleistungen zur Bedürftigkeit des Verzichtenden führt. Denn für ihn muss dann der Sozialhilfeträger eintreten, wozu es ohne den Eingriff in die gesetzliche Regelung nicht käme. Der Nachranggrundsatz der öffentlichen Hilfe würde unterlaufen. Das verstößt gegen die guten Sitten, sofern nicht ausnahmsweise Umstände vorliegen, die die Vertragsgestaltung sittlich gerechtfertigt erscheinen lassen (BGH, DNotZ 2009, 294 Rdnr. 39).

bb) In dem hier zu entscheidenden Fall geht es nicht um den Verzicht auf gesetzliche Unterhaltsansprüche. Die Parteien des Übertragungsvertrages haben es lediglich (allerdings ausdrücklich) unterlassen, für den Fall der Pflegebedürftigkeit des Übergebers, Ansprüche auf Zahlung von Geld zu begründen, wenn eine Versorgung durch Gewährung von Unterkunft und häuslicher Pflege nicht mehr möglich oder ausreichend sein würde. Sie haben damit keine bestehenden Ansprüche abbedungen und auch nicht in ein gesetzliches Konzept zum Nachteil des Trägers von Sozialleistung eingegriffen. Soweit der Kläger Leistungen für den Vater des Beklagten erbracht hat, sind dessen Unterhaltsansprüche gemäß § 94 SGB XII auf ihn übergegangen. Der Nachranggrundsatz der öffentlichen Hilfe ist nicht berührt (vgl. *J. Mayer*, MittBayNot 2002, 152, 153).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Volmer*, MittBayNot 2009, 276 (in diesem Heft).

2. BGB §§ 133, 164; GBO §§ 19, 53 Abs. 1 (*Umfang einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung*)

1. **Zur Auslegung einer dem Bauträger erteilten Vollmacht zur Vertretung des Erwerbers von Wohnungseigentum gegenüber dem Grundbuchamt.**
2. **Wird eine Vollmacht zum Zwecke der Änderung der Teilungserklärung erteilt und mit Bindungen im Innenverhältnis ausgestaltet, umfasst diese in aller Regel nicht die Befugnis, auch Dienstbarkeiten zu bestellen, selbst wenn die Vollmacht dem Grundbuchamt gegenüber als „Generalvollmacht“ bezeichnet ist.**

OLG München, Beschluss vom 27.4.2009, 34 Wx 22/09, mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten sind als Eigentümer zu je 1/2 eines Wohnungs- und Teileigentums seit 10.3.1999 im Grundbuch eingetragen. In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs wurden am 28.3.2000 unter Nr. 3 bis Nr. 5 zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks gleichrangige Geh- und Durchfahrtsrechte sowie ein Ver- und Entsorgungsleitungsrecht eingetragen. Die Eintragung dieser Rechte beruht auf einer notariellen Bewilligung vom 24.3.1999, die der Bauträger in einem Nachtrag zur Teilungserklärung vom 26.11.1997 in eigenem Namen und für die in der Anlage aufgeführten Käufer der einzelnen Wohnungen abgegeben hatte. Die in der Auflassungsurkunde vom 17.2.1999 erteilte maßgebliche Vollmacht des Bauträgers lautet:

„Herr ... und Frau ... bevollmächtigen die ... Bauträger GmbH unwiderruflich unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Teilungserklärung – auch nach Eigentumsbeschreibung – auf Kosten der ... Bauträger GmbH zu ändern und der Änderung zuzustimmen, wobei von der Vollmacht im Innenverhältnis nur Gebrauch gemacht werden darf, soweit das Sondereigentum von Herrn ... und Frau ... und Sondernutzungsrechte zum jetzt vorhandenen Zustand nicht verändert werden, diesen keine zusätzlichen Verpflichtungen entstehen und die Nutzung des Gemeinschaftseigentums nicht wesentlich eingeschränkt wird.

Weitergehende Änderungen bedürfen im Innenverhältnis der ausdrücklichen Zustimmung der Eheleute ... Diese Vollmacht berechtigt die ... Bauträger GmbH insbesondere, Sondereigentumseinheiten zusammenzulegen, aufzuteilen, die räumliche Verteilung und Zuteilung der im Sonder- oder Gemeinschaftseigentum stehenden Räume einschließlich der dazu gehörenden Miteigentumsanteile zu ändern, Sondernutzungsrechte zu begründen, aufzuheben und inhaltlich zu ändern.

Die Zustimmung gilt als erteilt für die geplante Änderung der Teilungserklärung aufgrund des Freiflächengestaltungsplanes bezüglich der Geh- und Fahrrechte, Ver- und Entsorgungsleitungen und der Lage der Stellplätze und der Nummerierung des Stellplatzes wie es sich aus dem beigefügten Lageplan ergibt. (...)

Die Einschränkungen der Vollmacht gelten nur im Innenverhältnis; dem Grundbuchamt gegenüber handelt es sich um eine Generalvollmacht.“

Soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch erheblich haben die Beteiligten beantragt, die unter Nr. 3 bis Nr. 5 eingetragenen Dienstbarkeiten zu löschen. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Mit ihrer Beschwerde haben die Beteiligten zugleich die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen beantragt. Das Grundbuchamt hat auch die Eintragung eines Amtswiderspruchs abgelehnt, das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten mit dem Ziel, das Grundbuchamt anzuweisen, bei den Dienstbarkeiten einen Widerspruch einzutragen und die Rechte zu löschen.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel ist mit dem Ziel, Amtswidersprüche einzutragen, zulässig (§§ 78, 80 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GBO). Soweit mit ihm auch die Löschung der eingetragenen Rechte verfolgt

wird, ist es unzulässig. Dies ergibt sich aus § 80 Abs. 3 i. V. m. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO (*Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 78 Rdnr. 5). Gegen Eintragungen, an die sich – wie hier insbesondere bei Veräußerung des herrschenden Grundstücks, ohne dass es auf einen Vermerk nach § 9 Abs. 1 GBO ankäme (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2003, 349, 350) – ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, kann im Beschwerdeweg nämlich nur beantragt werden, einen Widerspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs lägen nicht vor. Die Grunddienstbarkeiten seien zu Recht eingetragen, da der Bauträger hierzu wirksam bevollmächtigt gewesen sei. Dies ergebe die Auslegung der Erklärungen in der notariellen Urkunde vom 17.2.1999. Zwar sei zuzugestehen, dass die Vollmacht möglicherweise auch so ausgelegt werden könnte, dass sie sich nur auf eine Änderung der Teilungserklärung bezöge. Bei dieser Auslegung hätte die Erwähnung der Geh- und Fahrrechte und der Rechte betreffend Ver- und Entsorgungsleitungen jedoch keinerlei Sinn. Wenn nämlich zugunsten von Miteigentümern an bestimmten Grundstücksteilen ein Nutzungsrecht eingeräumt werde, handele es sich um Sondernutzungsrechte im Sinne des Wohnungseigentums. Die Bevollmächtigung sei aber nicht nur zur Einräumung von Sondernutzungsrechten erteilt worden. Das ergebe sich daraus, dass im zweiten Absatz die Begründung von Sondernutzungsrechten gesondert benannt sei. Die Erwähnung der Geh- und Fahrrechte sowie Ver- und Entsorgungsleitungen sodann mache nur einen Sinn, wenn damit entsprechende Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks gemeint gewesen seien.

Ein Anhaltspunkt dafür, dass es tatsächlich um die Einräumung von Geh-, Fahrt- und Leitungsrechten zugunsten des Eigentümers des westlich benachbarten Grundstücks gegangen sei, ergebe sich aus dem der notariellen Urkunde anliegenden Plan. Dieser Plan, der dem der Nachtragsurkunde zur Teilungserklärung entspreche, weise an der Nord- wie an der Südseite des Grundstücks jeweils eine Straße bzw. einen Weg auf, der von der östlich des Grundstücks gelegenen öffentlichen Straße zu dem westlich angrenzenden herrschenden Grundstück führe. Unter Berücksichtigung dieses Plans sei es naheliegend, dass der Bauträger auch zur Bewilligung von Geh-, Fahrt- und Leitungsrechten, die der Erschließung des benachbarten Grundstücks dienten, habe bevollmächtigt werden sollen.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Nach der dem Senat zugänglichen Sachlage kommt die Eintragung von Amtswidersprüchen gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, soweit es Geh- und Durchfahrtsrechte sowie Ver- und Entsorgungsleitungsrechte verlaubar, in Betracht. Allerdings ist eine abschließende Entscheidung nicht möglich.

a) Ein Amtswiderspruch ist nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Eine objektive Gesetzesverletzung genügt (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 21). Die Art der verletzten Vorschrift ist gleichgültig. Maßgebend sind die zur Zeit der Eintragung unterbreitete Sachlage und die zu dieser Zeit bestehende Rechtslage. Während die Gesetzesverletzung feststehen muss, ist die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs lediglich glaubhaft zu machen (BayObLGZ 1985, 401, 402 m. w. N.). Hatte das

Grundbuchamt zur Eintragung eine Urkunde auszulegen, so kann von einer fehlerhaften Beurteilung der Rechtslage und damit von einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO so lange nicht die Rede sein, als die Auslegung rechtlich vertretbar war (OLG Hamm, DNotZ 1967, 686; 1968, 631, 633; *Meikel/Streck*, GBO, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 78).

b) Das LG hat die für die Auslegung der Urkunde maßgeblichen Gesichtspunkte ungenügend gewürdigt. Insbesondere hat es den sprachlichen und grammatikalischen Aufbau der Vollmachtsklausel sowie deren Wortlaut nicht hinreichend in die Auslegung einbezogen. Es wurde auch nicht berücksichtigt, dass bei Zweifeln an dem in Anspruch genommenen Vollmachtumfang nur von dem geringeren Umfang auszugehen ist (BayObLG, Rpfleger 1991, 365).

(1) Zur Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten am gesamten Grundstück (mit entsprechender Festlegung der Ausübungsstelle) ist die Bewilligung aller Wohnungseigentümer als Miteigentümer des Grundstücks erforderlich (§ 19 GBO; BayObLG, DNotZ 1989, 496, 497; Rpfleger 1991, 365 m. w. N.). Die Eintragungsbewilligung kann auch von einem Vertreter abgegeben werden. Das Grundbuchamt hat in diesem Fall nicht nur die Wirksamkeit der Vollmacht, sondern insbesondere auch deren Umfang selbständig zu prüfen. Für die Auslegung der Vollmacht entsprechend § 133 BGB ist auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 113, 374, 378; BayObLG, Rpfleger 1991, 365; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28).

(2) Das Grundbuchamt und ihm folgend das LG haben zunächst zutreffend erkannt, dass eine, wie umfassend auch immer formulierte, Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung nicht genügt, um die Eintragung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bewilligen zu können. Denn die Teilungserklärung nach § 8 WEG erfasst nur das dingliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, nicht aber die Begründung von Rechten zugunsten Dritter. Die gegenständliche Vollmacht unterscheidet nun deutlich zwischen Außen- und Innenverhältnis (vgl. BayObLG, FGPrax 2002, 245; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., Einl. I Rdnr. 18; *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 59; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 249). Denn im letzten Satz der Vollmachtsklausel ist in Abgrenzung zum Innenverhältnis von einer „Generalvollmacht“ dem Grundbuchamt gegenüber die Rede. Eine „Generalvollmacht“ in diesem Sinne wäre zwar grundsätzlich geeignet zur Vertretung in allen grundstücksbezogenen Angelegenheiten, in denen eine Vertretung zulässig ist (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3534 a; ähnlich wohl *Meikel/Böttcher*, GBO, Einl. I Rdnr. 18), also auch in solchen, die nicht eine Änderung der Teilungserklärung zum Gegenstand haben. Der Textzusammenhang, die geregelte Materie und nicht zuletzt die offenkundigen Interessen der Beteiligten legen es indes nahe, den gewollt weiten Umfang einer derartigen Außenvollmacht sachgerecht auf die im einleitenden Satz erfasste Änderung der Teilungserklärung zu beziehen. Nur in diesem Umfang ist die gegenständliche Vollmacht generell. Denn eine Vollmacht des Bauträgers, namens der Erwerber in jeder Hinsicht dingliche Rechtsänderungen am Grundstück, insbesondere Belastungen jeglicher Art bewirken zu können, ist damit ersichtlich nicht gewollt und im Übrigen zur Fertigstellung des Objekts im Regelfall auch nicht erforderlich.

(3) Nicht selten erweist es sich bei derartigen Vorhaben darüber hinaus als notwendig, noch Dienstbarkeiten etwa zugunsten privater Versorgungsträger oder von Nachbargrundstücken zu bestellen, weshalb bei der Vertragsgestaltung auch Vollmachten zur Einräumung derartiger Rechte in Betracht kommen (*Basty*, NotBZ 1999, 233, 237 f. mit Formulierungsvorschlag). In der gegenständlichen Klausel sind solche Rechte unter Bezugnahme auf einen beigefügten Lageplan ausdrücklich erwähnt. Jedoch legt dieser Umstand nicht die unmissverständliche Auslegung nahe, der Bauträger sei hiermit auch zur Bestellung derartiger Rechte namens der Käufer bevollmächtigt.

Vom äußeren Aufbau ist die Regelung in Bestimmungen eingebettet, die das interne Verhältnis betreffen. So wird im vorausgehenden zweiten Absatz festgelegt, inwieweit Änderungen der Teilungserklärung im Innenverhältnis der Zustimmung der Vollmachtgeber bedürfen. Im dritten Absatz schließen sich dem logischen Aufbau folgend Fälle an, in denen die Zustimmung als erteilt gilt. Diese beziehen sich auf konkret geplante Änderungen der Teilungserklärung nach Maßgabe eines beigefügten Lageplans in Form des Freiflächengestaltungsplans. Die ausdrückliche Zustimmung ist erforderlich, weil es sich offensichtlich um solche Änderungen handelt, die Sondernutzungsrechte der Vollmachtgeber, bemessen nach dem damals vorhandenen Zustand, im Sinne des ersten Absatzes verändern. Die Erwähnung von Geh- und Fahrtrechten sowie von Ver- und Entsorgungsleitungen an dieser Stelle ist dem grammatikalischen Aufbau nach bezogen auf den Freiflächengestaltungsplan und dient der näheren Beschreibung des Umfangs, inwieweit die Teilungserklärung auch weitergehend und ohne zusätzliche notwendige interne Zustimmung abgeändert werden darf. Tatsächlich vollzog der Bauträger mit Hilfe der Vollmacht anschließend mit Urkunde vom 24.3.1999 unter Verwendung eines offensichtlich identischen Plans die Abänderung der Teilungserklärung, indem Stellplätze und Gartensondernutzungsflächen neu zugeordnet und zugeschnitten wurden.

(4) Dieses Auslegungsergebnis wird dadurch bestätigt, dass im abschließenden Absatz von Einschränkungen „der Vollmacht“ im Innenverhältnis die Rede ist. Die Formulierung lässt sich damit erklären, dass eine (nach außen unbeschränkte) Vollmacht ausschließlich zur Änderung der Teilungserklärung erteilt wurde, nicht auch eine zusätzliche zur Bestellung von Dienstbarkeiten am Gesamtgrundstück zugunsten außenstehender Dritter. Auch der beigefügte Plan hilft nicht weiter, weil er zwar die beabsichtigte Freiflächengestaltung, nicht aber die Ausübungsstelle von Dienstbarkeiten aufzeigt.

c) Weitere Voraussetzung für die Eintragung eines Widerspruchs ist die noch aktuelle Unrichtigkeit des Grundbuchs (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 26). Hierfür genügt Glaubhaftmachung. Vom Rechtsstandpunkt der Vorinstanzen zu Recht wurden dazu bisher keine tatsächlichen Feststellungen getroffen; diese sind nun nachzuholen. Für den Senat erschließen sie sich auch nicht aus dem unstrittigen Akteninhalt. Verfahrensrechtlich bedarf es zudem noch der bislang unterbliebenen Beteiligung und Anhörung der Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Auch deshalb kann der Senat nicht abschließend dahin entscheiden, dass das Grundbuchamt die Widersprüche einzutragen hat. Der Senat hebt demgemäß die angegriffenen Beschlüsse im dargestellten Umfang auf und verweist die Sache nach Maßgabe des ihm zustehenden Ermessens zur erneuten Behandlung an das Grundbuchamt zurück.

3. BGB § 1093 (*Im Zweifel kein Vermietungsrecht des Wohnungsberechtigten*)

Enthält die schuldrechtliche Vereinbarung über die Bestellung eines Wohnungsrechts keine Regelung, wie die Wohnung genutzt werden soll, wenn der Wohnungsberechtigte sein Recht wegen Umzugs in ein Pflegeheim nicht mehr ausüben kann, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Eine Verpflichtung des Eigentümers, die Wohnung zu vermieten oder deren Vermietung durch den Wohnungsberechtigten zu gestatten, wird dem hypothetischen Parteiwillen im Zweifel allerdings nicht entsprechen.

BGH, Urteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte erwarb 1979 von ihrer Mutter ein Hausgrundstück zum Preis von 180.000 DM. In dem notariellen Vertrag verpflichtete sie sich ferner, der Mutter ein unentgeltliches Wohnungsrecht auf Lebenszeit an der im Erdgeschoss des Hauses befindlichen Wohnung zu bestellen. Das Wohnungsrecht wurde in das Grundbuch eingetragen.

Die inzwischen pflegebedürftige Mutter wird seit dem Jahr 2001 in einem Pflegeheim betreut. Die durch ihre Einkünfte nicht gedeckten Heimpflegekosten übernimmt der Kläger als Träger der Sozialhilfe. Er leitete durch bestandkräftigen Bescheid „einen vertraglichen Ausgleichsanspruch für das nicht mehr in natura wahrnehmbare Wohnrecht“ der Mutter bis zur Höhe der gewährten Sozialhilfe auf sich über.

Die Beklagte vermietete die von der Mutter genutzte Wohnung nach deren Auszug und erzielte hierbei von Mitte 2003 bis Mitte 2006 eine monatliche Nettomiete von 400 €.

Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ausgleich vor September 2006 erbrachter Sozialleistungen in Höhe von 10.023,55 €; ferner beantragt er, sie zu verurteilen, beginnend ab dem 1.9.2006 monatlich 232,34 € nebst Zinsen an ihn zu zahlen.

Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG sie auch insoweit abgewiesen; die Anschlussberufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil in NJW-RR 2008, 607 veröffentlicht ist, ist das Wohnungsrecht der Mutter zwar nicht erloschen. Einen Zahlungsanspruch könne der Kläger daraus jedoch nicht herleiten. Die Beklagte und ihre Mutter hätten weder ausdrücklich noch konkludent eine Vermietungsvereinbarung getroffen. Es könne nicht einmal angenommen werden, dass die Mutter Kenntnis von der Vermietung habe. Ein Zahlungsanspruch lasse sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) herleiten. Die Möglichkeit, dass der Wohnungsberechtigte im Alter pflegebedürftig und in einem Heim untergebracht werde, sei für die Vertragsparteien regelmäßig und typischerweise vorhersehbar und rechtfertige daher keine Vertragsanpassung nach § 313 BGB. Ob der Kläger bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend machen könne, bedürfe keiner Entscheidung, da solche von der Überleitungsanzeige nicht erfasst seien.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass das Wohnungsrecht der Mutter trotz ihres Umzugs in ein Pflegeheim fortbesteht (vgl. BGH, NJW 2007, 1884, 1885 Rdnr. 11 ff. = DNotZ 2008, 703) und dass der Kläger

etwaige Zahlungsansprüche der Mutter wegen der Nichtausübung des Wohnungsrechts auf sich übergeleitet hat.

2. Richtig ist auch, dass Grundlage solcher Zahlungsansprüche nur eine schuldrechtliche Vereinbarung, nicht aber das dingliche Wohnungsrecht als solches sein kann. Als Recht, ein Gebäude oder den Teil eines solchen unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB), verpflichtet es den Eigentümer lediglich, diese Nutzung zu dulden. Geldersatzansprüche des Berechtigten begründet ein Wohnungsrecht auch dann nicht, wenn der Berechtigte es aufgrund der Gestattung des Eigentümers einem anderen zur Ausübung überlassen darf (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB).

3.a) Ohne Rechtsfehler und von der Revision nicht angegriffen nimmt das Berufungsgericht ferner an, die Beklagte und ihre Mutter hätten für den Fall, dass diese ihr Wohnungsrecht auf absehbare Zeit, möglicherweise auch dauerhaft, nicht ausüben könne, keine Vereinbarung getroffen, die eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten begründe. Der Grundstückskaufvertrag von 1979 enthält lediglich die Verpflichtung der Beklagten, ihrer Mutter im Gegenzug zu der Übertragung des Grundstücks ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht zu bestellen.

b) Richtig ist auch, dass eine Anpassung dieses Vertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB) nicht in Betracht kommt. Selbst wenn ihm die übereinstimmende Erwartung von Mutter und Tochter zugrunde gelegen haben sollte, die Mutter werde das Wohnungsrecht bis zu ihrem Tode ausüben können, fehlt es jedenfalls an der für eine gerichtliche Vertragsanpassung notwendigen Voraussetzung der unvorhergesehenen Änderung der Umstände, die Geschäftsgrundlage geworden sind (vgl. *Erman/Hohloch*, BGB, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 24). Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts muss jeder Vertragsteil grundsätzlich damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben kann. Der Umzug in ein Pflegeheim ist daher in aller Regel kein Grund, den der Bestellung eines lebenslangen Wohnungsrechts zugrundeliegenden Vertrag nach § 313 BGB anzupassen (vgl. BGH, NJW 2007, 1884, 1885 Rdnr. 11 ff. = DNotZ 2008, 703 [dort noch offen gelassen]; ebenso: *Krauß*, NotBZ 2007, 129, 130; *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 678; *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 15).

c) Rechtsfehlerhaft erwägt das Berufungsgericht indessen nicht die – gegenüber der Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorrangige (vgl. BGHZ 90, 69, 74; BGH, NJW-RR 2008, 562, 563 Rdnr. 12 m. w. N.) – ergänzende Auslegung des der Bestellung des Wohnungsrechts zugrundeliegenden Vertrages. Sie ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die eingetretene Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse objektiv vorhersehbar war. Eine ergänzende Vertragsauslegung käme mangels Regelungslücke nur dann nicht in Betracht, wenn die Vertragsparteien ihre Vereinbarung auch für den Fall eines Umzugs der Mutter in ein Pflegeheim bewusst als abschließend angesehen hätten (vgl. BGHZ 111, 110, 115). Wurde die Möglichkeit eines Wegzugs dagegen nicht bedacht oder in der unzutreffenden Annahme, das Wohnungsrecht würde dann erlöschen, irrtümlich für nicht regelungsbedürftig gehalten, ist eine ergänzende Vertragsauslegung möglich und geboten.

Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke liegt hier nahe. Handelte es sich bei dem Vertrag aus dem Jahr 1979 um eine bewusst abschließende Regelung, hätte dies nämlich zur Folge, dass die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nach dem Umzug der Mutter in ein Pflegeheim von niemandem

dem genutzt werden könnten. Die Mutter als Berechtigte wäre aus tatsächlichen Gründen gehindert, ihr Recht wahrzunehmen; die Beklagte wäre angesichts des fortbestehenden Wohnungsrechts nicht befugt, die Räume ohne Zustimmung der Mutter selbst zu nutzen oder Dritten zu überlassen (vgl. dazu *Brückner*, NJW 2008, 1111, 1112). Dass dies nicht der Vereinbarung der Parteien aus dem Jahr 1979 entspricht, wird schon daraus deutlich, dass sich die Beklagte ohne weiteres für berechtigt gehalten hat, die Wohnung zu vermieten.

III.

1. Das angefochtene Urteil kann demnach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil der Senat die erforderliche ergänzende Vertragsauslegung nicht selbst vornehmen kann (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Mit ihrer Berufung hat die Beklagte gegen die von dem LG vorgenommene ergänzende Auslegung des notariellen Grundstücksvertrages, nach der die Beklagte zur Vermietung der Wohnung berechtigt ist, Einnahmen hieraus jedoch der Mutter zustehen, Einwendungen tatsächlicher Art erhoben, die das Berufungsgericht bislang nicht geprüft hat. Das wird nachzuholen sein.

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Bei der Ergänzung des Vertragsinhalts ist darauf abzustellen, was redliche und verständige Parteien in Kenntnis der Regelungslücke nach dem Vertragszweck und bei sachgemäßer Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben vereinbart hätten (st. Rspr., vgl. BGH, NJW-RR 2008, 562, 563 m. w. N.). Im Hinblick darauf, dass eine Rückkehr der Mutter aus dem Pflegeheim in absehbarer Zeit offenbar nicht zu erwarten und die ihr überlassene Wohnung zur Vermietung an Dritte geeignet ist, spricht viel dafür, den Vertrag dahin zu ergänzen, dass die Beklagte berechtigt sein soll, die Wohnung zu vermieten.

Bei der Feststellung, wem die Einnahmen aus einer von der Beklagten vorgenommenen Vermietung zustehen, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass das Wohnungsrecht einen Teil der Altersvorsorge der Mutter darstellt, und dass ein Grund, weshalb ihr Umzug in ein Pflegeheim zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der Beklagten führen soll, nicht erkennbar ist (vgl. zu diesen Aspekten: BGH, NJW 2007, 1884, 1885 = DNotZ 2008, 703 sowie *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 17). Das könnte für die Richtigkeit der von dem LG vorgenommenen ergänzenden Vertragsauslegung sprechen.

Dagegen wird eine Verpflichtung der Beklagten, die Wohnung zu vermieten, angesichts des Charakters des Wohnungsrechts als eines im Grundsatz höchstpersönlichen Nutzungsrechts dem hypothetischen Parteiwillen im Zweifel nicht entsprechen. Zwar kann dessen Ausübung einem Dritten überlassen werden; dies erfordert jedoch die Gestattung des Eigentümers (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Enthält der Übergabevertrag, hier also der Grundstücksübertragungsvertrag aus dem Jahr 1979, eine solche Gestattung nicht, spricht dies dafür, dass der Eigentümer im Fall des Unvermögens des Berechtigten, sein Wohnungsrecht auszuüben, auch schuldrechtlich nicht verpflichtet sein sollte, die Nutzung durch Dritte zu dulden.

Ebensowenig wird im Zweifel anzunehmen sein, dass ein dem Wohnungsberechtigten nahestehender Eigentümer verpflichtet sein soll, ein Nutzungsentgelt an den Wohnungsberechtigten zu zahlen, wenn er die Wohnung für eigene private Zwecke nutzt oder wenn er sie einem nahen Familienangehörigen zur Nutzung überlässt. Die familiäre Verbunden-

heit wird häufig, wenn auch nicht zwingend, die Annahme rechtfertigen, dass eine Nutzung der Wohnung innerhalb der Familie unentgeltlich erfolgen sollte.

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass das Wohnungsrecht der Alterssicherung des Berechtigten dient. Denn das bedeutet nicht, dass der Eigentümer die Verpflichtung übernimmt hat, die Wohnung auch dann zur Sicherung der Lebensgrundlage des Berechtigten einzusetzen, wenn dieser sein Wohnungsrecht nicht mehr ausüben kann (a. A. *Gühlstorf/Ette*, ZfF 2007, 265, 268). Insbesondere kann ein solcher Wille nicht aus der Regelung in § 1093 Abs. 2 BGB abgeleitet werden, wonach der Wohnungsberechtigte unter anderem befugt ist, die zu seiner Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen (a. A. OLG Köln, ZMR 1995, 256; OLG Celle, MDR 1998, 1344; *Brückner*, NJW 2008, 1111, 1112). Eine Befugnis, die Wohnung Dritten zu überlassen, folgt daraus auch unter Berücksichtigung der sich seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches gewandelten Verhältnisse nicht. Mit der Bestellung eines Wohnungsrechts haben die Parteien die Alterssicherung im Zweifel bewusst auf ein höchstpersönliches Nutzungsrecht beschränkt (ebenso *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672, 685; *Auktor*, MittBayNot 2008, 14, 15 f.). Diesem im Übergabevertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen darf die ergänzende Vertragsauslegung nicht widersprechen (vgl. BGH, NJW 2002, 2310, 2311 = DNotZ 2003, 37). Das wäre indessen der Fall, wenn der Eigentümer nach einem Wegzug des Berechtigten verpflichtet wäre, die Wohnung zu vermieten oder der Vermietung durch den Berechtigten zuzustimmen, um mittels der Erträge der Wohnung zu dessen finanzieller Absicherung beizutragen. Das Wohnungsrecht würde dadurch in unzulässiger Weise um Elemente eines – von den Parteien gerade nicht gewählten – Nießbrauchs an der Wohnung (§§ 1030 Abs. 1, 1059 Satz 2 BGB) erweitert (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 577, 578 = MittBayNot 2004, 180).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Volmer*, MittBayNot 2009, 276 (in diesem Heft).

4. BayUnschZG Art. 1 Abs. 1, 2 (*Voraussetzungen für die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses*)

1. Unschädlichkeit i. S. d. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayUnschZG liegt vor, wenn die Minderung von Wert und Umfang des (Rest-)Grundstücks durch die Abschreibung der Teilfläche im Verhältnis zum ursprünglichen (Stamm-)Grundstück zwischen 5 % und 10 % liegt.

2. Liegen die Voraussetzungen nach Art. 1 und 2 BayUnschZG vor, so besteht ein Anspruch auf Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses, dem Gericht ist kein Ermessenspielraum eingeräumt. (Leitsatz des Einsenders)

LG Hof, Beschluss vom 13.3.2009, 24 T 70/08; eingesandt von Notar Dr. *Jörn Heinemann*, Rehau

Mit notarieller Urkunde vom 5.7.1998 verkaufte E. eine Grundstücksteilfläche an B. zum Zwecke des weiteren Baus einer Bundesautobahn; eine Auflassungsvormerkung wurde am 17.7.1998 eingetragen.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren das Grundstück sowie weitere Grundstücke des Veräußerers mit Grundschulden der S. belastet. Am 30.7.1998 bzw. am 21.8.1998 erklärte die S. hinsichtlich dieser am 9.7.1998 veräußerten Teilfläche (in der Größe von ca. 3 997 m²)

die lastenfreie Abschreibung der Buchgrundschulden gegenüber dem die entsprechende Grundstücksveräußerung beurkundenden Notar. Eine Eintragung dieser Pfandfreierklärung im Grundbuch erfolgte nicht.

Am 8.4.2002 wurden die Grundschulden, mit denen eine Grundstücksfläche von insgesamt 87 705 m² belastet war, von S. an H. abgetreten und diese Abtretung am 20.5.2003 ins Grundbuch eingetragen.

Nach erfolgtem Bau der Bundesautobahn und entsprechender Vermessung der gegenständlichen Grundstücksteile in den Jahren 2004 und 2005, die eine Gesamtfläche von 3 607 m² ergaben, wurden die Messungsanerkennung sowie die Auflassung zur Vorurkunde beurkundet und der Antragsgegner H. am 14.12.2006 um Erklärung der Pfandfreigabe hinsichtlich der Grundpfandrechte aufgefordert.

Nachdem der Antragsgegner diese am 12.7.2007 endgültig verweigert hatte, beantragte die Antragstellerin B. beim AG die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Veräußerung und Abschreibung der Trennstücke „unschädlich“ i. S. v. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayUnschZG sei, weil die durch die Veräußerung der Trennstücke entstehende Minderung des Umfangs und des Wertes der Grundstücke im Verhältnis zu dem Umfang und dem Wert der ursprünglichen Grundstücke eine geringe sei i. S. v. Art. 2 Abs. 1 Hs. 1 BayUnschZG.

Aus den Gründen:

II.

(...)

b) Gemäß Art. 2 UnschZG darf die Feststellung der Unschädlichkeit mit der Folge, dass das entsprechende Trennstück ohne Einwilligung der Berechtigten, z. B. des Grundschuldgläubigers, von der dinglichen Belastung frei wird (vgl. Art. 1 Abs. 1 UnschZG), nur erfolgen, wenn mit der Änderung nur eine geringe Wertminderung des Grundstücks eintritt. Dies ist hier der Fall.

Nach herrschender Meinung ist Unschädlichkeit in diesem Sinne dann anzunehmen, wenn die Minderung von Wert und Umfang des (Rest-)Grundstücks durch die Veräußerung der Teilfläche im Verhältnis zum ursprünglichen (Stamm-)Grundstück zwischen 5 % und 10 % liegt (vgl. *Staudinger/J. Mayer*, BGB, 2005, Art. 120 EGBGB Rdnr. 26 m. w. N.)

Die gegenständlichen Grundpfandrechte bestehen als Gesamtbelastung an mehreren Grundstücken (im grundbuchrechtlichen Sinn), sie sind aber gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 UnschZG als ein Grundstück im Sinne des Unschädlichkeitszeugnisgesetzes anzusehen. Auszugehen ist daher von der Gesamtfläche der mit den gegenständlichen Grundschulden belasteten Grundstücke, die ausweislich des beigezogenen Grundbuches insgesamt 87 705 m² beträgt.

Die hier veräußerte Fläche hat eine Gesamtgröße von 3 607 m², was eine Minderung der Restgrundstücksfläche im Vergleich zur Stammgrundstücksfläche um 4,1 % ergibt.

Unter Zugrundelegung der vom Antragsteller bereits genannten Grundstückspreise von 2,05 € pro m² für Ackerland, sowie 0,95 € für Waldflächen, ergibt dies zunächst einen Wert von insgesamt 7.342,65 € für das Trenngrundstück und damit eine Wertminderung – unter Außerachtlassung des höher anzusetzenden Wertes des Hofgrundstückes – von maximal 5,19 %.

Da somit der Umfang des Stammgrundstücks im Vergleich zu dem durch die Veräußerung des Trennstücks entstehenden Restgrundstücks nur um ca. 4,1 % und außerdem auch der Wert des Stammgrundstücks im Verhältnis zum Wert des Restgrundstückes nur um ca. 5,19 % gemindert wird, ist die durch die Veräußerung des Trennstücks entstehende Minderung

des Wertes und des Umfangs des Grundstücks im Verhältnis zu dem Umfang und dem Wert des übrigen Teils nach Art. 2 Abs. 1 Hs. 1 UnschZG gering.

Des Weiteren ist noch zu berücksichtigen, dass es sich bei den gegenständlichen Flächen auch um mittlerweile fertiggestellte Autobahnfläche handelt, deren Verkehrswert verschwindend gering ist, da diese Grundstücksteile nicht weiter veräußerbar sind. Daher dürfte der hier maßgebliche Grundstückswert weit unter dem oben errechneten Wert von 7.342,65 € liegen.

c) Die wirtschaftlichen Interessen des Antragsgegners sind deshalb nicht beeinträchtigt, die Anordnung eines Wertausgleichs gemäß Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 UnschZG war daher nicht veranlasst.

d) Entgegen der amtsgerichtlichen Beurteilung hat die Antragstellerin auch bei materiellrechtlich festgestellter Unschädlichkeit i. S. v. Art. 1 und 2 UnschZG einen justiziablen Anspruch auf deren formale Feststellung; hinsichtlich dieser Rechtsfolge ist dem jeweiligen Gericht kein Ermessensspielraum eingeräumt (vgl. *Staudinger/J. Mayer*, Art. 120 EGBGB Rdnr. 26 m. w. N.).

5. BGB §§ 891 Abs. 1, 892; GBO § 47 (*Keine eidesstattliche Versicherung bei Verfügung durch eingetragene GbR-Gesellschafter*)

Sind sämtliche Gesellschafter mit dem Zusatz als „Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, kann das Grundbuchamt bei Verfügungen sämtlicher eingetragener Gesellschafter über den Grundbesitz nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte weitere Nachweise, insbesondere die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über den unveränderten Gesellschafterbestand, verlangen. (Leitsatz des Einsenders)

LG Ingolstadt, Beschluss vom 14.4.2009, 12 T 526/09; eingesandt von Notar *Heinrich Saalfeld*, Pfaffenhofen a. d. Ilm

A und B sind im Grundbuch „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes“ der Beteiligten zu 1 eingetragen. Ein Vertreter bestellte am 11.2.2009 unter Vorlage zweier Originalvollmachten vom 22.12.2008 und 23.1.2009 für die Beteiligte zu 2 eine Grundschuld. In der notariellen Urkunde werden die beiden Gesellschafter der Beteiligten zu 1 durchgehend als „der Eigentümer“ bezeichnet. Unter Ziffer II. der Urkunde unterwarf „der Eigentümer“ den mit der Grundschuld belasteten Pfandbesitz der sofortigen Zwangsvollstreckung. Unter Ziffer IV. bewilligte und beantragte „der Eigentümer“, die Grundschuld sowie die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das Grundbuch einzutragen. Unter Ziffer XI. wurde als dinglicher Inhalt der Grundschuld vereinbart, dass diese nur mit Zustimmung der Grundstückseigentümer abgetreten werden könne; gleichzeitig wurde die Eintragung dieser Einschränkung bewilligt und beantragt.

Der beurkundende Notar beantragte gemäß § 15 GBO sowie im Namen des Grundpfandrechtsgläubigers den Vollzug der Eintragung der Grundschuld. Dem Schreiben lagen beglaubigte Abschriften der notariellen Urkunde sowie der Vollmachten der beiden Gesellschafter der Beteiligten zu 1 bei.

Daraufhin erließ das AG Pfaffenhofen a. d. Ilm – Grundbuchamt – eine Zwischenverfügung, wonach der beantragten Eintragung folgende Hindernisse entgegenstünden: Eigentümerin des Grundstücks sei eine BGB-Gesellschaft; die Grundschuld werde aber von deren Gesellschaftern zur Eintragung bewilligt, welche auch die Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO erklärt hätten. Da aus der Urkunde vom 11.2.2009 nicht hervorgehe, dass die bestellenden Personen insoweit als BGB-Gesellschafter gehandelt hätten, sei ein entsprechender Nachtrag erforderlich. Außerdem werde eine eidesstattliche Versicherung der Verfügenden benötigt, dass kein Gesell-

schafterwechsel stattgefunden habe. Die „einstige Eintragung“ der Gesellschafter im Grundbuch weise nicht mehr nach, dass die Gesellschaft auch heute noch aus den eingetragenen Gesellschaftern bestehe.

Der beurkundende Notar legte gegen diese Zwischenverfügung Beschwerde ein. Die vom Grundbuchamt eingewandten Eintragungshindernisse bestünden nicht, weil sämtliche Gesellschafter der BGB-Gesellschaft im Grundbuch eingetragen seien und an der Bestellung der Grundschuld mitgewirkt hätten. Die vorgelegten Vollmachten seien umfassend. Dadurch sei die handelnde Person ermächtigt worden, die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 auch in dieser Eigenschaft umfassend zu vertreten.

Das Grundbuchamt half dieser Beschwerde nicht ab. Mit der Grundschuldbestellung hätten die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 als Nichtberechtigte gehandelt, weil im Grundbuch eine BGB-Gesellschaft eingetragen sei. Mit Urteil vom 25.9.2006 (MittBayNot 2007, 118) habe der BGH festgestellt, dass als Grundstückseigentümerin die BGB-Gesellschaft anzusehen sei, auch wenn im Grundbuch noch deren Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ eingetragen seien. Erforderlich sei daher die Erteilung einer Eintragungsbewilligung seitens der BGB-Gesellschaft selbst. Zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs der BGB-Gesellschaft seien A und B deren Gesellschafter gewesen. Durch die Eintragung im Grundbuch werde der Gesellschafterbestand aber nicht mehr nachgewiesen, weil ein Aus- oder Eintritt eines Gesellschafters außerhalb des Grundbuchs wirksam möglich sei. Die Verfügenden müssten deshalb durch eidesstattliche Versicherung nachweisen, dass kein Gesellschafterwechsel stattgefunden habe.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig; ihre Statthaftigkeit folgt aus §§ 71 Abs. 1, 18 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG.

Im Hinblick auf das Beschwerdeziel sind als Beschwerdeführer die Beteiligten zu 1 und 2 anzusehen. Der Notar, der eine zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat, kann nämlich Beschwerde nur im Namen eines Beteiligten einlegen (*Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 71 Rdnr. 74; BayObLG, Beschluss vom 2.8.1989, BReg 2 Z 86/89 Rdnr. 12; zitiert nach juris). Die Berechtigung des Notars, im Namen der Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung einzulegen, ergibt sich aus seiner gesetzlich vermuteten Vertretungsbefugnis gemäß § 15 GBO. Den Eintragungsantrag vom 13.2.2009 hat der Notar ausdrücklich auch im Namen der Beteiligten zu 2 als Grundpfandrechtsgläubigerin gestellt. Daraus ist abzuleiten, dass er die Beschwerde auch in deren Namen eingelegt hat.

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind auch beschwerdeberechtigt, weil ihre Rechtsstellung durch die Zwischenverfügung unmittelbar beeinträchtigt wäre, falls die vom Grundbuchamt beanstandeten Eintragungshindernisse tatsächlich nicht vorliegen sollten. Die Beteiligte zu 1 wäre durch die angedrohte Zurückweisung ihres Eintragungsantrags daran gehindert, mit ihrem Grundbesitz im Rahmen ihrer Eigentümerbefugnisse nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Die Beteiligte zu 2 würde am Erwerb der zu ihren Gunsten bestellten Grundschuld gehindert werden.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung behaupteten Eintragungshindernisse stehen der Eintragung der Grundschuld und deren Einschränkung gemäß Ziffer XI. der notariellen Urkunde vom 11.2.2009 nicht entgegen.

a) Ein Nachtrag des Inhalts, dass A und B bei Bestellung der Grundschuld für die Beteiligte zu 2 in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der Beteiligten zu 1 gehandelt haben, ist

nicht erforderlich. Aus der notariellen Urkunde vom 11.2.2009 ergibt sich in Verbindung mit dem Grundbuchinhalt eindeutig, dass die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 für diese gehandelt haben.

Zutreffend ist allerdings die Rechtsauffassung des Grundbuchamts, dass das Grundstück (...) ungeachtet des Wortlauts der Grundbucheintragung nicht im Gesamthandseigentum von A und B steht, sondern im Eigentum der Beteiligten zu 1. Sind im Grundbuch die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eingetragen, so ist Eigentümerin des Grundstücks die nunmehr als teilrechtsfähig anerkannte Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solche (BGH, NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118). Soweit in der zu vollziehenden Urkunde vom 11.2.2009 die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 als „der Eigentümer“ bezeichnet werden, entspricht dies deshalb nicht der geltenden Rechtslage.

Die Auslegung der notariellen Urkunde gemäß §§ 133, 157 BGB führt jedoch zu dem eindeutigen Ergebnis, dass A und B bei der Bestellung der Grundschuld für die Beteiligte zu 2 als Gesellschafter der Eigentümerin gehandelt haben. Mangels abweichender Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag stehen den Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gemeinschaftlich zu (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB). Mit A und B haben – jeweils vertreten durch (...) – bei der Grundschuldbestellung alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der Beteiligten zu 1 mitgewirkt. Das Handeln sämtlicher Gesellschafter ist der Gesellschaft zuzurechnen, ohne dass insoweit eine ausdrückliche Klarstellung erforderlich wäre, wie sich aus dem Rechtsgedanken des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt.

Unzutreffend ist deshalb die Rechtsansicht des Grundbuchamts, die Gesellschafter der Beteiligten zu 1 hätten bei Bestellung der Grundschuld für die Beteiligte zu 2 als „Nichtberechtigte“ gehandelt. Da deren Handeln der Beteiligten zu 1 zuzurechnen ist, liegt mit der notariellen Urkunde vom 11.2.2009 die erforderliche Eintragungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form (§§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) vor.

b) Das Grundbuchamt darf die Eintragung der Grundschuld auch nicht von der Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung der Verfügenden abhängig machen, dass seit der Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentümerin kein Gesellschafterwechsel stattgefunden habe. Die verfügbaren Gesellschafter A und B sind im Grundbuch als die beiden einzigen „Grundstückseigentümer“ eingetragen. Im Hinblick auf die gesetzliche Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB kann in einem solchen Fall ein ergänzender Nachweis nur verlangt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Gesellschafterwechsel bestehen.

Soll eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin eines Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden, so kann dies auf zweierlei Weise geschehen: Führt die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag eine Bezeichnung, unter der sie im Rechtsverkehr auftritt, kann sie unter dieser Bezeichnung eingetragen werden (BGH, MittBayNot 2009, 225). Ist das nicht der Fall, kann sie nur als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ mit dem Zusatz „bestehend aus“ unter Anfügung der Namen der Gesellschafter eingetragen werden (BGH, a. a. O.). Dagegen ist aufgrund der Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Eintragung der Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ gemäß § 47 GBO nicht mehr möglich.

Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen, so hat das Ausscheiden eines der bisherigen Gesellschafter oder der Eintritt eines Gesellschafters in der Regel nicht zur Folge, dass das Grundbuch dadurch unrichtig wird. Vom Sonderfall der Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand – was zum Erlöschen der Gesellschaft führt – abgesehen, lässt ein Gesellschafterwechsel die Identität der Gesellschaft nämlich unberührt. Da die Gesellschafter entweder gar nicht in das Grundbuch eingetragen werden oder der Angabe des Gesellschafterbestandes zum Zeitpunkt der Eintragung neben der Bezeichnung der Gesellschaft nur eine deklaratorische Wirkung zukommt, muss die Gesellschaft im Grundbuchverfahren den aktuellen Bestand ihrer Gesellschafter und ihre Vertretungsverhältnisse ggf. in geeigneter Form nachweisen.

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, ein entsprechender Nachweis sei auch dann zu führen, wenn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch nur durch die Angabe ihrer Gesellschafter individualisiert wird oder – in Übereinstimmung mit der früheren Rechtslage – als Grundstückseigentümer die Gesellschafter gemäß § 47 GBO mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind (vgl. *Bielicke*, Rpfleger 2007, 441, 442 f.). Dem kann nicht gefolgt werden.

Wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts allein durch die Angabe der Gesellschafter individualisiert, aus denen sie besteht, so wird durch jeden Gesellschafterwechsel das Grundbuch unrichtig i. S. v. § 894 BGB bzw. § 22 GBO; denn die aus den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht nach einem Gesellschafterwechsel in dieser Form nicht mehr. Durch den einleitenden Zusatz „bestehend aus“ wird klargestellt, dass es sich bei der Angabe der Gesellschafter nicht um eine bloße Bezeichnung handelt, unter welcher die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsverkehr auftritt.

Die gesetzliche Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB bzw. der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 BGB erstreckt sich deshalb auf die zur Individualisierung einer namenlosen Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragenen Gesellschafter. Dies gilt erst recht, wenn im Grundbuch nach der mittlerweile überholten alten Rechtslage die Gesellschafter als solche mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eingetragen sind. In beiden Fällen wird gesetzlich vermutet, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus sämtlichen eingetragenen Gesellschaftern – und nur aus diesen – besteht.

Neben einer die Handelnden legitimierenden Grundbucheintragung kann das Grundbuchamt einen ergänzenden Nachweis des Gesellschafterbestandes und der Vertretungsverhältnisse nur verlangen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass nach Eintragung der Gesellschaft in das Grundbuch ein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat. Solche Anhaltspunkte sind aber im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung selbst eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen worden ist, den Bestand ihrer Gesellschafter und ihre Vertretungsverhältnisse nicht in jedem Falle durch eine aktuelle öffentlich beglaubigte Urkunde nachweisen muss. In der bereits zitierten Entscheidung vom 4.12.2008 (MittBayNot 2009, 225) hat der BGH eine zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits zwei Jahre alte Gerichtsentscheidung, welche die Gesellschafter aufführte, als öffentliche Urkunde genügen lassen und die Erforderlichkeit eines ergänzenden

Nachweises davon abhängig gemacht, dass sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für Veränderungen ergeben (a. a. O.). Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 war die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts deshalb in vollem Umfang aufzuheben.

Anmerkung:

Nach dem Beschluss des BGH vom 4.12.2008 zur Grundbuchfähigkeit der GbR¹ verlautbart die herkömmliche Eintragung von A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts kein gesamthänderisches Eigentum der Gesellschafter, sondern Eigentum der rechtsfähigen GbR, und zwar nicht seit Dezember letzten Jahres, sondern seit Inkrafttreten des BGB.

1. Daher steht auch für die Vergangenheit fest: Wenn die als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragenen Personen im Laufe der letzten einhundert Jahre eine Grundschuld bestellt haben, war es der Sache nach eine Grundschuldbestellung durch die (unter einer missverständlichen Bezeichnung eingetragene) GbR. Mit Recht legt das LG die Grundschuldukkunde, in welcher der Besteller in herkömmlich missverständlicher Weise bezeichnet war, als Grundschuldbestellung durch die GbR aus. Sonst müsste man den Beteiligten unterstellen, sie hätten für ein rechtlich nicht anerkanntes Rechtssubjekt handeln und damit das Fehlschlagen ihres Geschäfts in Kauf nehmen wollen. Denn der Numerus clausus der Gesamthandsgemeinschaften erlaubt es den aus dem Grundbuch „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ ersichtlichen Personen nicht, ihre Rechtsqualität als GbR abzustreifen und als Gesamthandsgemeinschaft eigener Art aufzutreten.

2. Die für die Praxis wichtigste Aussage des LG lautet: Das Grundbuchamt darf grundsätzlich davon ausgehen, dass der Bestand der Gesellschafter, welcher der letzten Grundbucheintragung zugrunde gelegt wurde, unverändert geblieben ist. Zusätzliche Nachweise oder gar eine eidesstattliche Versicherung kann es nur verlangen, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Änderungen stattgefunden haben.

a) Soweit das LG dafür § 891 Abs. 1 BGB bemüht, darf es allerdings nicht auf den BGH zählen, der uns wissen lässt: „Wer zur Vertretung einer GbR befugt ist, lässt sich (...) anders als bei registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht einem öffentlichen Register entnehmen, weil ein solches Register für die GbR nicht vorgesehen ist. Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird auch durch den Grundbucheintrag nicht geschützt“.² In der Diktion des BGH ist im Grundbuch ein Recht für die GbR eingetragen, nicht für deren Gesellschafter. Vermutet i. S. d. § 891 Abs. 1 BGB wird daher nur, dass der (missverständlich eingetragenen) GbR das Immobilienrecht zusteht, weiter nichts. Und auch im Rahmen des § 892 BGB belässt es der BGH bei diesem einzigen, fast wertlosen Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb.

b) Es bleibt die Frage, ob das Grundbuchamt nicht unabhängig von § 891 Abs. 1 BGB der herkömmlichen Nennung der Gesellschafter im Grundbuch denselben Aussagewert beimessen darf, den der BGH dem Rubrum eines vorausgegangenen Versäumnisurteils zugesprochen hat. Ein solches Rubrum genügt laut BGH als Nachweis der Identität der GbR und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters.³ Über

¹ MittBayNot 2009, 225.

² MittBayNot 2009, 225, 226, rechte Spalte unten.

³ Leitsatz c) des Beschlusses vom 4.12.2008, MittBayNot 2009, 225.

dieses Rubrum hinausgehende Nachweise hält der BGH nur für erforderlich, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nachträglich Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht. Kein Wort hat der BGH dabei der neugierigen Frage gewidmet, welche Feststellungen das Streitgericht zu der von Amts wegen zu prüfenden Vertretungsmacht *des (!)* handelnden Gesellschafters der klagenden GbR getroffen hat. Dem BGH hat die Rechtskraft des Versäumnisurteils Erörterungen darüber erspart. Der Außenstehende kann sich einstweilen nicht des Eindrucks erwehren, dass die Prozessgerichte trotz ihrer weitaus besseren Aufklärungsmöglichkeiten der Frage der ordnungsgemäßen Vertretung einer klagenden GbR möglicherweise weniger Aufmerksamkeit widmen als manche Grundbuchämter. Obwohl die herkömmliche Nennung von Gesellschaftern im Grundbuch weder den öffentlichen Glauben noch die Rechtskraft eines Rubrums hinter sich haben, ist m. E. dem LG Ingolstadt zuzustimmen, wenn es darin einen tauglichen Anknüpfungspunkt für weitere Grundbucheintragen erblickt, solange keine konkreten tatsächlichen Anzeichen für Veränderungen bestehen. Grundbuchämter, die ein höheres Maß an materieller Richtigkeitsgewähr anstreben, nähern sich unvermeidlich verfahrensfremden Beweiserhebungen, können aber dennoch keinen verlässlichen Rechts-erwerb in Aussicht stellen.

3. Der Beschluss des LG Ingolstadt erleichtert das Grundbuchverfahren. Leichterem Grundbuchvollzug darf jedoch niemals darüber hinwegtäuschen, dass der Rechtserwerb von einer GbR trotz perfekter Grundbucheintragung unsicher bleibt, bis der Gesetzgeber die Folgeprobleme der Rechtsprechung des BGH behoben hat.

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

6. BGB § 1570 (*Betreuungsunterhalt nach Vollendung des dritten Lebensjahres*)

- a) **Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Denn mit der Neugestaltung des nahehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB hat der Gesetzgeber für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung aufgegeben.**
- b) **Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein auf das Alter des Kindes abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.**
- c) **Soweit die Betreuung des Kindes auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, kann einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch entgegenstehen, dass der ihm daneben verbleibende Anteil an der Betreuung und Erziehung des Kindes zu einer überobligationsmäßigen Belastung führen kann (im Anschluss an BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 f. = DNotZ 2008, 937).**

BGH, Urteil vom 18.3.2009, XII ZR 74/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nahehelichen Unterhalt. Sie hatten im Januar 2000 die Ehe geschlossen, aus der ihr im November 2001 geborener Sohn hervorgegangen ist. Nach der Trennung im September 2003 wurde die Ehe im April 2006 rechtskräftig geschieden.

Der Sohn lebt seit der Trennung der Parteien bei der Klägerin. Seit 2005 besuchte er eine Kindertagesstätte mit nachmittagsbetreuung, seit September 2007 geht er zur Schule und danach bis 16.00 Uhr in einen Hort. Er leidet unter chronischem Asthma.

Die Klägerin ist verbeamtete Studienrätin und seit August 2002 mit knapp $\frac{7}{10}$ einer Vollzeitstelle (18 Wochenstunden) erwerbstätig.

Das AG hat den Beklagten zur Zahlung nahehelichen Betreuungs- und Aufstockungsunterhalts in zeitlich gestaffelter Höhe, zuletzt für die Zeit ab November 2007 in Höhe von monatlich 837 € verurteilt. Das KG hat die Berufung des Beklagten, mit der er eine Herabsetzung des monatlichen Unterhalts auf 416,32 € für die Zeit ab November 2007 und eine zeitliche Befristung der Unterhaltszahlungen bis Juni 2009 begehrt hat, zurückgewiesen. Es hat die Revision zugelassen, „weil die Fragen, ob die Klägerin aufgrund des seit dem 1.1.2008 geltenden Unterhaltsrechts gehalten ist, einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen und ihr Unterhaltsanspruch zeitlich zu befristen ist, grundsätzliche Bedeutung haben“.

Mit seiner Revision gegen das Berufungsurteil verfolgt der Beklagte seine Berufungsanträge in vollem Umfang weiter.

Aus den Gründen:

B

Soweit die Revision zulässig ist, hat sie Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.

Das KG, dessen Entscheidung in FamRZ 2008, 1948 veröffentlicht ist, hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, weil der Klägerin jedenfalls ein Anspruch auf Betreuungs- und Aufstockungsunterhalt in der vom AG zugesprochenen Höhe zustehe und eine Befristung des Unterhaltsanspruchs gegenwärtig nicht in Betracht komme.

Die für die Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes hinaus darlegungs- und beweispflichtige Klägerin habe schlüssig dargelegt, dass es ihr aus Kindeswohlgründen derzeit nicht zumutbar sei, einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das gemeinsame Kind sei im November 2007 erst sechs Jahre alt geworden und gehe seit September 2007 zur Schule. Es leide unstrittig an chronischem Asthma. Selbst wenn der Gesetzgeber für das neue Unterhaltsrecht das frühere Altersphasenmodell aufgegeben habe, folge daraus nicht automatisch, dass der betreuende Elternteil mit Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes auf eine vollschichtige Erwerbstätigkeit zu verweisen sei. Vielmehr entspreche es jedenfalls bei der hier gegebenen Konstellation der Billigkeit, den Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu verlängern. Eine vollschichtige Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils beeinträchtige auch die Belange des Kindes. Ein gerade erst eingeschultes Kind benötige noch die Zuwendung und Betreuung eines Elternteils, was mit erheblichem zeitlichem Aufwand verbunden sei. Jedes Kind solle sich darauf verlassen können, dass es jedenfalls nach einem Hortbesuch zu Hause auf einen Elternteil treffe, der genügend Zeit habe, sich ihm zu widmen und nicht durch die Führung des Haushalts oder andere der Grundversorgung dienende Tätigkeiten daran gehindert sei.

Die Klägerin sei nicht darauf verwiesen, die Großeltern mütterlicherseits oder andere Privatpersonen zu Betreuungszwecken in Anspruch zu nehmen, weil das Kind sich nicht zugunsten des unterhaltspflichtigen Elternteils darauf verlassen lassen müsse, zwischen den einzelnen Betreuungs-

institutionen hin und her geschoben zu werden, damit der betreuende Elternteil seinen Lebensunterhalt verdienen oder berufliche Nachteile ausgleichen könne. Eine regelmäßige Inanspruchnahme dritter Bezugspersonen neben der Hortbetreuung stelle eine Zumutung dar, zumal die Klägerin ohnehin im Falle einer Erkrankung des Kindes auf diese Betreuungsmöglichkeit angewiesen sei. Schließlich sei die Klägerin bereits jetzt zu fast 70 % teilschichtig erwerbstätig. (...)

Der Unterhaltsanspruch der Klägerin sei weder zeitlich zu befristen noch zur Höhe zu begrenzen. Zwar lege die Aufspaltung des Unterhaltsanspruchs in einen Basisunterhalt von drei Jahren und einen Folgeunterhalt aus kind- und ehebezogenen Gründen nahe, in Anknüpfung an den Verlängerungsgrund eine Befristung auszusprechen, soweit der Wegfall des Verlängerungsgrundes absehbar sei. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt sei aus sich heraus durch die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes begrenzt, dessen genaue Dauer nicht exakt absehbar sei. Eine Befristung des Unterhaltsanspruchs und eine Verweisung des betreuenden Elternteils auf eine prozessuale Durchsetzung seines künftigen Anspruchs widersprächen auch dem Grundsatz der nachehelichen Solidarität. Denn der Anspruch solle die wirtschaftlichen Grundlagen für eine stabile Betreuungs- und Lebenssituation schaffen.

Zurzeit komme eine Befristung schon deswegen nicht in Betracht, weil die weitere Entwicklung des Kindes nicht vorhersehbar sei. Außerdem könne noch keine sichere Prognose abgegeben werden, ob und in welchem Umfang der Klägerin infolge der Kindesbetreuung weitere ehebedingte Nachteile entstünden. Derzeit stehe lediglich fest, dass die Klägerin wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes keine vollschichtige Erwerbstätigkeit ausüben könne. Ehebedingte Nachteile könnten sich daraus ergeben, dass sie wegen der Kindesbetreuung nicht an wichtigen Fortbildungsveranstaltungen oder Klassenfahrten teilnehmen könne. Eine Herabsetzung vom eheangemessenen auf den angemessenen Unterhaltsbedarf nach der eigenen Lebensstellung der Klägerin als Studienrätin komme ebenfalls nicht in Betracht. Zwar beruhe der Unterhaltsanspruch der Klägerin nur teilweise auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB und im Übrigen auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB. Eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs komme aber nur in Betracht, wenn die Unterhaltspflicht in Höhe des eheangemessenen Bedarfs für den Beklagten auch unter Berücksichtigung der Belange des gemeinsamen Kindes unbillig sei. Besondere Gründe für eine solche Unbilligkeit habe der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen. Solches lasse sich auch aus dem vorgetragenen Sachverhalt nicht entnehmen. Gegen eine Herabsetzung des Unterhalts spreche zum einen, dass gegenwärtig noch nicht absehbar sei, welche ehebedingten Nachteile der Klägerin durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes entstünden. Außerdem solle die in § 1578 b Abs. 1 Satz 1 BGB verankerte Kinderschutzklausel davor schützen, dass der Unterhalt des betreuenden Elternteils so weit abgesenkt werde, dass zwischen dem Unterhaltsniveau des betreuenden Ehegatten und des Kindes ein erheblicher Unterschied bestehe. Das wäre im Falle einer Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf den eigenen angemessenen Bedarf der Klägerin der Fall.

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

Soweit die Revision zulässig ist, richtet sich der Anspruch der Klägerin auf Betreuungsunterhalt nach neuem Unterhaltsrecht, also nach § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung (BGBl 2007 I, S. 3189). Danach kann ein

geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB). Die Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 2 BGB).

1. Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber den nachehelichen Betreuungsunterhalt grundlegend umgestaltet. Er hat einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980, S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (vgl. BGH, FamRZ 2008, 1739, 1746 ff. = DNotZ 2008, 937). Obwohl der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ausgestaltet ist, wird er vor allen Dingen im Interesse des Kindes gewährt, um dessen Betreuung und Erziehung sicherzustellen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9).

a) Mit der Einführung des Basisunterhalts bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres hat der Gesetzgeber die Regelung übernommen, die er mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995 (BGBl I, S. 2942) für den Unterhaltsanspruch bei Betreuung eines nichtehelich geborenen Kindes in § 1615 I Abs. 2 BGB eingeführt hatte. Der betreuende Elternteil kann danach frei entscheiden, ob er das Kind in dessen ersten drei Lebensjahren selbst erziehen oder eine andere Betreuungsmöglichkeit in Anspruch nehmen will (vgl. Dose, Jugendamt 2009, 1).

Ein gleichwohl während der ersten drei Lebensjahre erzielt Einkommen ist damit stets überobligatorisch. Der betreuende Elternteil kann deswegen in dieser Zeit auch eine schon bestehende Erwerbstätigkeit wieder aufgeben und sich voll der Erziehung und Betreuung des Kindes widmen. Erzielt er allerdings eigene Einkünfte, weil das Kind auf andere Weise betreut wird, ist das überobligatorisch erzielte Einkommen nicht völlig unberücksichtigt zu lassen, sondern nach den Umständen des Einzelfalles anteilig zu berücksichtigen (BGH, FamRZ 2005, 1154, 1156 f. = NJW 2005, 2145).

b) Für die Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Neuregelung nur noch dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit verlangt die Neuregelung allerdings regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitberufstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich (BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 = DNotZ 2008, 937).

Zugleich hat der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Neuregelung des § 1570 BGB dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt (BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 = DNotZ 2008, 937). Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Voll-

endung des dritten Lebensjahres hinaus aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und ggf. zu beweisen.

2. Die im Rahmen der Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigenden kindbezogenen Verlängerungsgründe finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 6 Abs. 2 GG, wonach die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zu förderst ihnen obliegende Pflicht ist. Da den nichtehelich geborenen Kindern nach Art. 6 Abs. 5 GG durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen sind wie den ehelichen Kindern, sind kindbezogene Verlängerungsgründe bei den Ansprüchen auf nahehelichen Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB und auf Unterhalt bei Betreuung eines nichtehelich geborenen Kindes gemäß § 1615 I Abs. 2 BGB gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat die kindbezogenen Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus Billigkeitsgründen in § 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB und § 1615 I Abs. 2 Satz 5 BGB deswegen auch wortgleich ausgestaltet. Wegen des verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzes der Kinder sind diese Verlängerungsgründe stets vorrangig zu prüfen und entfalten im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; vgl. auch *Dose*, Jugendamt 2009, 1, 3).

a) Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nahehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben. Dies ist im Regelfall mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG und dem Kindeswohl vereinbar (BVerfG, FamRZ 2007, 965, 969 ff. = MittBayNot 2007, 497 m. Anm. *Fahl*; BT-Drucks. 16/6980, S. 8; *Puls*, FamRZ 1998, 865, 870 f.; vgl. auch § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II und § 11 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII). Dabei hat der Gesetzgeber an die zahlreichen sozialstaatlichen Leistungen und Regelungen angeknüpft, insbesondere an den Anspruch des Kindes auf den Besuch einer Tageseinrichtung (§ 24 Abs. 1 SGB VIII), die den Eltern auch dabei behilflich sein sollen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII; BT-Drucks. 16/6980, S. 8; zur früheren Regelung in § 1615 I Abs. 2 BGB vgl. schon BGH, FamRZ 2006, 1362, 1365).

Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme einer kindgerechten Betreuungsmöglichkeit findet erst dort ihre Grenzen, wo die Betreuung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar ist, was jedenfalls bei öffentlichen Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten oder Kinderhorten regelmäßig nicht der Fall ist.

b) In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine solche Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes berufen. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist deswegen stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte (BVerfG, FamRZ 2007, 965, 968 = MittBayNot 2007, 497 m. Anm. *Fahl*; OLG Celle, FamRZ 2008, 997, 998; OLG München, FamRZ 2008, 1945 f.; vgl. auch *Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 67; *Viefhues*, ZFE 2008, 44, 45; *Wever*, FamRZ 2008, 553, 555 f.; *Graba*, FamRZ 2008, 1217, 1221 f.;

Zimmermann, FPR 2009, 97, 98). Auf die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes kommt es erst dann nicht mehr an, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es zeitweise sich selbst überlassen werden kann und deswegen auch keiner durchgehenden persönlichen Betreuung durch einen Elternteil bedarf (vgl. *Meier*, FamRZ 2008, 101, 104).

Soweit demgegenüber in Rechtsprechung und Literatur zu der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung des § 1570 BGB abweichende Auffassungen vertreten werden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpfen und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig machen (OLG Köln, FamRZ 2008, 2119, 2129; OLG Celle, FF 2009, 81, 82; wohl auch OLG Jena, FamRZ 2008, 2203, 2205; *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1282, 1283; *Büttner*, FPR 2009, 92, 94; Leitlinien des OLG Hamm unter Nr. 17.1.1, NJW 2008, Beilage zu Heft 10, S. 50; vgl. dazu *Born*, FF 2009, 92, 94 ff. und *Borth*, FamRZ 2008, 1, 6), sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar.

c) Neben der grundsätzlichen Betreuungsbedürftigkeit minderjähriger Kinder können allerdings auch sonstige kindbezogene Gründe, wie z. B. schwere Krankheiten, die im Rahmen einer Betreuung in kindgerechten Einrichtungen nicht aufgefangen werden können, für eine eingeschränkte Erwerbspflicht und damit für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts sprechen. Auch insoweit sind die individuellen Umstände des jeweiligen Falles zu beachten.

Aus kindbezogenen Gründen ist dem betreuenden Elternteil deswegen eine Erwerbstätigkeit nicht zumutbar, soweit die Betreuung des Kindes unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nicht hinreichend gesichert ist und auch nicht in kindgerechten Einrichtungen sichergestellt werden könnte und wenn das Kind im Hinblick auf sein Alter auch noch nicht sich selbst überlassen bleiben kann.

3. Soweit die Betreuung des Kindes auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, können einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch elternbezogene Gründe entgegenstehen (BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 f. = DNotZ 2008, 937). Wie sich schon aus der Systematik des § 1570 BGB ergibt, sind elternbezogene Verlängerungsgründe i. S. d. § 1570 Abs. 2 BGB allerdings erst nachrangig zu prüfen, soweit nicht schon kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen.

Diese Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts beruhen auf einer nahehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kinderbetreuung (BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Die Umstände gewinnen durch das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung des gemeinsamen Kindes weiter an Bedeutung. Insoweit hat der Senat bereits ausgeführt, dass die ausgeübte oder verlangte Erwerbstätigkeit neben dem nach der Erziehung und Betreuung in Tageseinrichtungen verbleibenden Anteil an der Betreuung nicht zu einer überobligationsmäßigen Belastung des betreuenden Elternteils führen darf (BGH, FamRZ 2008, 1739, 1748 f. = DNotZ 2008, 937), die ihrerseits wiederum negative Auswirkungen auf das Kindeswohl entfalten könnte. Denn selbst wenn ein Kind ganztags in einer kindgerechten Einrichtung betreut und erzogen wird, was dem betreuenden Elternteil grundsätzlich die Möglichkeit zu einer Vollzeittätigkeit einräumen würde, kann sich bei Rückkehr in die Familienwohnung ein weiterer Betreuungsbedarf ergeben, dessen Umfang im Einzelfall unterschiedlich sein kann (vgl. KG, FamRZ

2009, 336, 337). Dann ist eine Prüfung geboten, ob und in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Elternteils trotz der Vollzeitbetreuung des Kindes noch eingeschränkt ist.

4. Diesen Vorgaben des neuen Unterhaltsrechts trägt die angefochtene Entscheidung nicht hinreichend Rechnung.

a) Das Berufungsgericht hat bei der Bemessung der Erwerbspflicht der Klägerin vorrangig auf das Alter des gemeinsamen Kindes abgestellt und nicht hinreichend berücksichtigt, dass das Kind nach Beendigung der Schulzeit bis 16.00 Uhr einen Hort aufsucht. Die Beaufsichtigung und Betreuung des Kindes ist deswegen werktäglich bis 16.00 Uhr sichergestellt. Weil das Berufungsgericht über die pauschale Angabe, das Kind leide unter chronischem Asthma, hinaus keine konkreten Auswirkungen festgestellt hat, sind auch keine Umstände ersichtlich, die zusätzliche Betreuungsleistungen der Klägerin in der Zeit bis 16.00 Uhr erfordern könnten. Andererseits hat das Berufungsgericht auch nicht festgestellt, dass die Klägerin als Lehrerin im Falle einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit (26 Wochenstunden) über 16.00 Uhr hinaus berufstätig sein müsste. Kindbezogene Gründe für eine eingeschränkte Erwerbsobliegenheit und somit für eine Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus hat das Berufungsgericht damit nicht festgestellt.

Auch die Billigkeitsabwägung, ob elternbezogene Gründe, insbesondere der Aspekt einer überobligationsmäßigen Beanspruchung durch Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung, zu einer eingeschränkten Erwerbsobliegenheit führen, obliegt grundsätzlich dem Tatrichter und kann vom Senat nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Zwar mag die Entscheidung des KG im Ergebnis gerechtfertigt sein. An den hierzu erforderlichen Feststellungen fehlt es indessen. Denn das Berufungsgericht hat im Rahmen der kindbezogenen Gründe vorrangig auf das Alter des Kindes abgestellt und deswegen schon kindbezogene Verlängerungsgründe angenommen. Mangels tatrichterlicher Feststellungen zum Umfang der zeitlichen Arbeitsbelastung im Rahmen einer Vollzeittätigkeit oder zum Umfang der zusätzlichen Beanspruchung durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes nach Beendigung der Hortbetreuung, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

III.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

(...)

2. Eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin hat das Berufungsgericht gegenwärtig noch zu Recht abgelehnt.

a) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts ist jedenfalls nicht schon nach der Systematik des § 1570 BGB geboten. Danach steht dem betreuenden Elternteil ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt für mindestens drei Jahre nach der Geburt mit Verlängerungsmöglichkeit aus kind- und elternbezogenen Gründen zu. Der Betreuungsunterhalt während der ersten drei Lebensjahre des Kindes und ein daran anschließender weiterer Betreuungsunterhalt bilden somit einen einheitlichen Unterhaltsanspruch (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; vgl. auch *Dose*, Jugendamt 2009, 1, 4 f.). Nur dann, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung für die Zeit nach Vollendung des dritten Lebensjahres absehbar keine kind- oder elternbezoge-

nen Verlängerungsgründe mehr vorliegen, ist ein künftiger Betreuungsunterhalt abzuweisen (*Borth*, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, Rdnr. 83).

b) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind aber bereits alle kind- und elternbezogenen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fort dauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (*Schwab*, FamRZ 2005, 1417, 1419; *Borth*, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, Rdnr. 155; *Peschel-Gutzeit*, Unterhaltsrecht aktuell, Rdnr. 57; *Viefhues/Mleczko*, Das neue Unterhaltsrecht, 2008, Rdnr. 335; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 68. Aufl., § 1578 b BGB Rdnr. 5).

c) Soweit nach bisheriger Rechtsprechung des Senats hier neben einem Anspruch der Klägerin auf Betreuungsunterhalt noch ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt in Betracht kommen sollte (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2009, 406, 407 f. [zu § 1572 BGB]; FamRZ 1999, 708, 709 [zu § 1571 BGB] und FamRZ 1990, 492, 493 f. [zu § 1570 BGB]; so auch *Eschenbruch/Klinkhammer*, Der Unterhaltsprozess, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 423 ff.; a. A. für das seit dem 1.1.2008 geltende Unterhaltsrecht *Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 76 und *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht/Gerhardt*, 6. Aufl., Kap. 6 Rdnr. 355; vgl. auch OLG Celle, FamRZ 2008, 1449, 1450) scheidet eine Befristung schon mangels hinreichend klarer Prognose über den Umfang einer künftigen Erwerbsobliegenheit aus. Einer Befristung dieses Anspruchs steht aber auch entgegen, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gegenwärtig nicht hinreichend sicher absehbar ist, ob die Klägerin infolge der Kindererziehung ehebedingte Nachteile erlitten hat oder noch erleiden wird.

d) Zu Recht hat das Berufungsgericht hier auch noch eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin der Höhe nach – vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf einen angemessenen Unterhalt nach ihrer eigenen Lebensstellung – abgelehnt. Zwar kommt eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn wegen der noch fort dauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt (*Graba*, FamRZ 2008, 1217, 1222). Besonders in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung bis auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung des gemeinsamen Kindes trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist, während eine fort dauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint (vgl. KG, FamRZ 2009, 336, 337). Soweit das Berufungsgericht hier eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin aus Billigkeitsgründen abgelehnt hat, weil der Umfang eventueller ehebedingter Nachteile noch nicht hinreichend feststehe, ist dagegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

Anmerkung:

1. Die Parteien streiten um nachehelichen Kinderbetreuungsunterhalt. Ihr siebenjähriger Sohn geht zur Schule und danach bis 16.00 Uhr in einen Hort. Er ist an einem chronischen Asthmaleiden erkrankt. Ob er Lernschwierigkeiten hat, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kinderbetreuungsunterhalt wurde im Ranking der Scheidungsfolgen zum Kernbereich gerechnet, „denn das Unterhaltsrecht will Risiken, die ein Ehegatte im Rahmen der gemeinsamen Lebensplanung um der Familie willen auf sich genommen hat und die sich bei Trennung bzw. Scheidung verwirklichen, gleichmäßig auf die Ehegatten verteilen“.¹ Durch die Neuregelung des Unterhaltsrechts gehört allerdings zum Kernbereich der Scheidungsfolgen nur noch der Betreuungsunterhalt für die ersten drei Lebensjahre des Kindes (sog. Basiszeit). Wie sich diese neue rechtliche Wertung auf alte Eheverträge auswirkt, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zunächst als wirksam angesehen wurden,² später dem Verdikt der Sittenwidrigkeit³ unterfielen und sich im Vergleich zum gesetzlichen Modell nunmehr sogar als „Wohlta“ erweisen, bleibt fraglich. Der Maßstab der Sittenwidrigkeit ist nämlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogen, so dass eine spätere gesetzliche Neubewertung zu keiner „Heilung“ führt. Konsequenz ist, dass sich auch derjenige Ehegatte, der nach damaliger Auffassung sittenwidrig gehandelt hat, auf die Unwirksamkeit berufen kann. Für Ausnahmen ist dogmatisch kein Platz.⁴ Das Dilemma, das die starre Rechtsfolgenregelung des § 138 BGB verursacht, lässt sich auch durch Anwendung des § 242 BGB nur schwerlich auflösen. Dies zeigt, dass die Sittenwidrigkeitskontrolle der Eheverträge ein Irrweg ist, was aus der Rechtsprechung zu den sog. Geliebtentestamenten längst bekannt ist. Die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB passt im Familienrecht, das wiederholten gesetzgeberischen Neuerungen „ausgesetzt“ ist, besser als die Sittenwidrigkeitskontrolle.⁵

2. Für die Vertragsgestaltung enthält das Urteil folgende Kernaussagen:

a) Innerhalb der dreijährigen Basiszeit kann jeder Elternteil frei entscheiden, ob er sein Kind selbst erziehen oder eine andere Betreuungsmöglichkeit in Anspruch nehmen möchte. In dieser Zeit erzielt Einkommen ist stets überobligatorisch; eine Erwerbstätigkeit kann deshalb ohne Konsequenzen wieder aufgegeben werden. Allerdings ist der Basisunterhalt nicht jeglicher vertraglicher Modifikation entzogen. Es lassen sich Fälle denken, in denen es der Beruf einem Ehegatten erlaubt, Kindesbetreuung und Erwerbstätigkeit miteinander zu verbinden, ohne dass das Kind Erziehungseinbußen erleidet. Auch ist eine ganztägige persönliche Betreuung durch einen Elternteil nicht unabdingbare Voraussetzung für einen guten Erziehungserfolg, so dass sich die Ehegatten auch darüber verständigen können, ab einem bestimmten Alter des Kindes Dritte zur Betreuung heranzuziehen, um einen möglichst frühzeitigen Wiedereintritt beider Eltern in das Berufsleben zu ermöglichen. Gleichzeitig sollte in diesem Fall eine Verständigung über die Kosten der Betreuung getroffen werden.

Insgesamt scheint damit die Bedeutung von Vereinbarungen über die persönlichen Ehwirkungen, insbesondere auch über die Rollenverteilung, zuzunehmen.⁶ Dabei kann die Kinderbetreuung schwerlich von der sonstigen Familienarbeit (Waschen, Putzen, Kochen, Einkauf usw.) getrennt werden. Die früher allein den Frauen zugeordneten (zumindest) zwei „K“ (Kinder und Küche) gehören vertraglich zusammen. Derartige Vereinbarungen sollen allerdings nicht sanktionierbar sein. Dies dürfte in dieser Pauschalität nicht zutreffen. Auch familienrechtliche Mitarbeit kann finanziell ausgeglichen werden.⁷ Umgekehrt ist es möglich, dass ein Ehegatte die Kosten der Fremderledigung der von ihm übernommenen, aber nicht oder nur schlecht erfüllten Familienarbeit durch eine dritte Person selbst trägt. Welche unabdingbaren Freiheits- oder Grundrechte dem entgegenstehen sollen, bleibt unklar.⁸ Inwieweit ein Ehegatte grundlos von einer getroffenen Rollenvereinbarung abweichen darf, ist derzeit umstritten. Unabhängig hiervon haben Rollenverteilungsvereinbarungen Bedeutung für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen.⁹

b) Der Kinderbetreuungsunterhalt endet nicht „fallbeilarig“ nach drei Jahren.¹⁰ Auch über diesen Zeitraum hinaus ist ein gestufter Übergang bis zu einer Vollerwerbstätigkeit möglich. Dabei ist allerdings die Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der es als kindgerecht ansieht, wenn nach Vollendung des dritten Lebensjahres öffentliche Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten und Kinderhorte in Anspruch genommen werden. Dem früheren Altersphasenmodell, das den Betreuungsunterhalt allein vom Kindesalter abhängig machte, hat der Gesetzgeber eine Absage erteilt. Nicht ganz klar ist allerdings, wie die Kinderbetreuung bei dreizehn Ferienwochen, begrenzten Öffnungszeiten der Betreuungseinrichtungen und Kinderkrankheiten praktisch realisiert werden kann. Aufgrund des gesetzlichen Anspruchs des Kindes auf Besuch einer öffentlichen Betreuungseinrichtung (§ 24 Abs. 1 SGB VIII) ist nach Ansicht des BGH der Einwand, diese Form der Betreuung sei mit dem Kindeswohl nicht vereinbar, wohl nur noch bei einer Krankheit des Kindes möglich. Die Verlängerung des Kinderbetreuungsunterhalts aus elternbezogenen Gründen wiederum im Zusammenhang mit Rollenverteilungsabreden dürfte bei Eheverträgen künftig zunehmen.

c) Der Basisunterhalt und der „verlängerte“ Anspruch bilden einen einheitlichen Unterhaltsanspruch. Der BGH hat ausdrücklich offen gelassen, ob an seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Teilansprüchen festzuhalten ist. Soweit nur eine Teilerwerbstätigkeit ausgeübt wurde, konnte danach zusätzlich ein Teilunterhaltsanspruch (§ 1573 Abs. 2 BGB) in Betracht kommen.¹¹ Nach neuerer Ansicht ist bei einer Teilerwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung lediglich der Unterhaltstatbestand des § 1570 BGB gegeben. Die komplizierte Berechnung von Teilansprüchen entfällt nach dieser

¹ *Hahne* in NotRV (Hrsg.), Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, S. 8, 10.

² BGH, NJW 1992, 3164 und BGH, MittBayNot 1997, 40.

³ § 138 BGB; vgl. nur OLG Düsseldorf, FamRB 2008, 2.

⁴ Ebenso MünchKommBGB/*Armbrüster*, 5. Aufl. 2006, § 138 Rdnr. 155; a. A. *Staudinger/Sack*, BGB, 2003, § 138 Rdnr. 91 a. E. und Rdnr. 155 ff.

⁵ Ähnlich *Hahne* in NotRV (Hrsg.), Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, S. 11.

⁶ Ähnlich *Münch*, Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform, 2009, Rdnr. 167 mit Formulierungsvorschlägen.

⁷ Vgl. *Bergschneider/Kössinger*, Beck'sches Formularbuch Familienrecht, 2008, D I 4.

⁸ A. A. wohl *Hausmann*, Nichtehele Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich, 1989, S. 90.

⁹ Vgl. BGH, NJW 2004, 930; dazu *Rauscher*, DNotZ 2004, 524, 545.

¹⁰ Vgl. auch BGH, FamRZ 2008, 1739 = MDR 2008, 1273 = NJW 2008, 3125.

¹¹ Siehe nur BGHZ 148, 368 = FamRZ 2001, 1687, 1691 = MDR 2002, 94 = NJW 2001, 3618 und BGH, FamRZ 2009, 406, 407 = NJW 2009, 989.

Ansicht.¹² Nachdem sich an die verschiedenen Unterhaltstatbestände keine unterschiedlichen Rechtsfolgen mehr knüpfen, kann auf eine differenzierte Prüfung richtigerweise verzichtet werden. Auch die Vertragsgestaltung könnte auf den Kinderbetreuungsunterhalt abstellen und müsste nicht mehr den Aufstockungsunterhalt für den Fall der Kinderbetreuung bei teilweiser Erwerbstätigkeit erwähnen. Allerdings ist insofern die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

3. Im Hinblick auf die neue Rangfolge des § 1609 BGB stellt sich die Frage, ob Unterhaltsvereinbarungen, die den kinderbetreuenden Ehegatten über die gesetzliche Regelung hinaus begünstigen, möglich sind. Praktisch relevant wäre neben einem Altersphasenmodell ein Unterhaltsanspruch des kinderbetreuenden Ehegatten, der über die gesetzliche Regelung hinaus berufliche Nachteile (z. B. Verzicht auf Karriere) ausgleichen soll. Für derartige Vereinbarungen ergeben sich jedoch zwei wichtige Grenzen: Einmal die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners.¹³ Allerdings drängen häufig Familienanwälte bei selbständig tätigen Unterhaltsschuldnern auf derartige Vereinbarungen, da durch eine Geschäftsverlagerung auf einen neuen Partner für den Unterhaltsgläubiger schwer nachweisbare Einkommensverschleierungen vorgenommen werden. Ob fixe Unterhaltsbeträge für bestimmte Zeiträume stets sittenwidrig sind, wie der BGH anzunehmen scheint, ist deshalb im Hinblick auf eine effektive Kompensation ehebedingter Nachteile fraglich.¹⁴

Im Hinblick auf den unterhaltsrechtlichen Vorrang von Elternteilen mit Kindesbetreuung nach § 1609 BGB hat der Familienunterhalt, der aufgrund der Kinderbetreuung eingetretene ehebedingte Nachteile ausgleichen soll, zum anderen Nachrang gegenüber dem Unterhaltsanspruch der außerehelichen „Affäre mit Kindesfolgen“.¹⁵ Ob eine vertragliche Vereinbarung dies korrigieren kann, ist fraglich. Rechtsphilosophisch handelt es sich um die Frage, ob das Großziehen von Kindern ökonomische Arbeit und hierfür gerechterweise ein Einkommen und nicht nur ein Erziehungsgeld geschuldet wird.¹⁶ Im Rahmen der Geschlechtergerechtigkeit wird das Prinzip der Tauschgerechtigkeit, insbesondere im Unterhaltsrecht, mitunter vorschnell auf wirtschaftliche Kriterien reduziert. Vergessen wird dabei, dass es neben den rein materiellen Vorteilen der Ehe auch „ideelle“ (z. B. Sicherheit, gesellschaftliche Anerkennung, Selbstverwirklichung) gibt. Wer mit dem Gedanken der Tauschgerechtigkeit im Zusammenhang mit Eheverträgen operiert, wie dies im Hinblick auf die geforderte Kompensation ehebedingter Nachteile der Fall ist, muss mit derart verschiedenen „Währungen“ umgehen können.

„Judicial restraint“ ist deshalb auch bei der Inhaltskontrolle umfassender Vereinbarungen zwischen Ehegatten angesagt. Dies hat der Familiensenat des BGH bisher, abgesehen von skurrilen Sonderfällen, weitgehend beachtet.

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

¹² Vgl. OLG Celle, FamRZ 2008, 1449, 1450; *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht/Gerhardt*, 6. Aufl. 2008, Kapitel 6 Rdnr. 355 und *Pauling* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl. 2008, § 4 Rdnr. 76 f.

¹³ Vgl. BGH, FamRB 2009, 66 = MittBayNot 2009, 152.

¹⁴ Vgl. hierzu entgegen dem BGH OLG Brandenburg, NJW-RR 2007, 578; OLG Bamberg, FamRZ 1998, 830 und OLG Düsseldorf, FamRZ 2002, 1118.

¹⁵ Zweifelnd im Hinblick auf Art. 6 GG *Münch*, Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform, Rdnr. 121.

¹⁶ Siehe dazu *Kambartel*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 1993, S. 239 ff. und *Krebs*, Arbeit und Liebe, 2002, S. 27 ff. sowie kritisch hierzu *Romanus*, Soziale Gerechtigkeit, Verantwortung und Würde, 2008, S. 306 ff.

7. BGB §§ 123, 313, 530 (*Kein Schenkungswiderruf wegen vor der Schenkung begangener ehelicher Untreue*)

Ein Ehemann kann eine zur Absicherung der Ehefrau geleistete Zuwendung nicht wegen außerehelicher Abstammung des während der Ehe geborenen Kindes nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückfordern. Die eheliche Abstammung des Kindes gehört als einseitige Erwartung des Ehemannes grundsätzlich nicht zur Geschäftsgrundlage. Auch ein Schenkungswiderruf wegen vor der Schenkung begangener ehelicher Untreue kommt nicht in Betracht. Die eheliche Untreue kann den Widerruf einer Schenkung nur dann rechtfertigen, wenn sie der Schenkung nachfolgt, denn die darin möglicherweise liegende schwere Verfehlung muss sich gerade im Lichte der vorangegangenen Schenkung als grober Undank darstellen.

OLG München, Urteil vom 28.1.2009, 20 U 2673/08

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Der Kläger hat weder Anspruch auf Rückzahlung der verfahrensgegenständlichen Zuwendungen noch auf Übertragung des Anwesens W.

A.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zurückzahlung der verfahrensgegenständlichen Geldzuwendungen bzw. auf Herausgabe des von der Klägerin für die verfahrensgegenständliche Wohnung in A. erzielten Erlöses.

1. Der Kläger hat der Beklagten während der Ehezeit aus seinem Vermögen Beträge in Höhe von 103.000 DM und 270.000 € zum Zwecke des Erwerbs von Immobilien zu Alleineigentum zugewandt. Dieser Sachverhalt steht aufgrund der Feststellungen des LG im unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils fest. Soweit der Kläger in der Berufung erstmals die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendungen in Zweifel zieht, ist dieser Vortrag neu und gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zuzulassen. Dessen ungeachtet kommt der pauschale klägerische Vortrag, die Beklagte habe den Nachweis der Unentgeltlichkeit nicht geführt, einem unzulässigen Bestreiten gemäß § 138 Abs. 4 ZPO gleich. Zu einem substantiierten Bestreiten der Unentgeltlichkeit wäre die Behauptung einer konkreten Gegenleistung für die verfahrensgegenständlichen Zuwendungen erforderlich gewesen, da dies Gegenstand eigener klägerischer Wahrnehmung gewesen wäre.

2. Diese Zuwendungen kann der Kläger nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückfordern.

2.a) Die grundsätzliche Möglichkeit der Rückforderung sog. ehebezogener Zuwendungen unter Ehegatten nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) besteht nach rechtskräftiger Scheidung, sofern kein güterrechtlicher Ausgleich nach gesetzlichem Güterstand erfolgt. Andernfalls stellen die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich ein angemessenes Ausgleichssystem zur Verfügung, das den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften, insbesondere den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, vorgeht (BGH, NJW 1991, 2553 = DNotZ 1992, 435 m. w. N.).

Vorliegend bestehen bereits Zweifel, ob die Parteien mit Ehevertrag vom 17.5.1990 wirksam den Güterstand der Güter-

trennung vereinbart haben und somit die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden können. Da in diesem Vertrag einerseits Gütertrennung und andererseits kompensationslos Versorgungsausgleich und weitestgehend Unterhaltsansprüche ausgeschlossen wurden, obwohl die vermögenslose Beklagte nach den unstreitigen Feststellungen des LG nach der Eheschließung ihren Beruf aufgab und sich der Haushaltsführung widmete, bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit des gesamten Vertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB. Nach den getroffenen Regelungen drängt sich eine einseitige Lastenverteilung im Scheidungsfall zum Nachteil der Beklagten auf, die durch den geplanten Zuschnitt der Ehe nicht gerechtfertigt und durch keinerlei Vorteile ausgeglichen wurde (vgl. BGH, NJW 2008, 3426, 3427 = DNotZ 2009, 62).

2.b) Im Ergebnis kann diese Frage jedoch dahinstehen, da dessen ungeachtet die Voraussetzungen für eine Rückforderung der Geldzahlung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) nicht vorliegen. Eine solche Rückforderung kommt nur in Betracht in Bezug auf ehebezogene Zuwendungen, nicht in Bezug auf Schenkungen. Von einer Schenkung unter Ehegatten ist auszugehen, wenn die Zuwendung nach deren Willen unentgeltlich im Sinne echter Freigebigkeit erfolgt und nicht an die Erwartung des Fortbestehens der Ehe geknüpft, sondern zur freien Verfügung des Empfängers geleistet wird. Dagegen liegt eine ehebezogene Zuwendung vor, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er ersichtlich die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde. Darin liegt die Geschäftsgrundlage der Zuwendung (BGH, NJW 1999, 2962 = DNotZ 2000, 514; NJW 2006, 2330 m. w. N.). Von einer ehebezogenen Zuwendung kann somit nicht zwangsläufig bei jeder Zuwendung unter Ehegatten ausgegangen werden, die ohne Gegenleistung erfolgt ist. Es sind vielmehr positive Feststellungen dazu erforderlich, dass die in der ständigen Rechtsprechung des BGH entwickelten Voraussetzungen vorgelegen haben, die zu einer Würdigung der Zuwendung als ehebezogene Zuwendung führen. Hierfür trägt der Kläger die anspruchsbegründende Darlegungs- und Beweislast (*Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 313 Rdnr. 96; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 67. Aufl., § 313 Rdnr. 43; BGH, NJW 2006, 2330).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und des klägerischen Vertrages hierzu kann keine der verfahrensgegenständlichen Geldzuwendungen als ehebezogen qualifiziert werden.

Im Gegensatz zu anderen in der Ehezeit von den Parteien gemeinsam erworbenen Immobilien hat die Beklagte die verfahrensgegenständlichen Gelder dazu verwendet, Alleineigentum an der Eigentumswohnung in A. und am Anwesen W. in M. zu erwerben. Ausweislich des klägerischen Vortrages in den Schriftsätzen vom 21.12.2006 und vom 23.12.2006 geschah dies mit Wissen und Billigung des Klägers. Dass der Kläger hierbei die Vorstellung oder Erwartung hegte, die eheliche Lebensgemeinschaft werde Bestand haben und er werde innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert der Immobilien weiter teilhaben, hat er weder schlüssig vorgetragen noch unter Beweis gestellt. Die bloße – von der Beklagten bestrittene – Behauptung einer entsprechenden Geschäftsgrundlage für die Zuwendungen ist nicht ausreichend. Die tatsächlichen Umstände deuten vielmehr auf eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne echter Freigebigkeit hin. Zum

Zeitpunkt der Zuwendungen war die Beklagte vermögenslos und ohne eigenes Einkommen. Sie kümmerte sich im gegenseitigen Einvernehmen ausschließlich um Haushalt und Familie. Ausweislich des zwischen den Parteien geschlossenen Ehevertrages hatte sie keinerlei Absicherung oder Auskommen. Der Kläger, der seinem eigenen Vortrag zufolge aus seinem Erbe Geldmittel von ca. 10 Mio. DM realisieren konnte, wandte der Beklagten für die verfahrensgegenständlichen Immobilienkäufe einen Gesamtbetrag von rund 323.000 € zu. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlich unsicheren Situation der Beklagten und der zu erwartenden Probleme, nach langjähriger Pause wieder eine Berufstätigkeit aufzunehmen, lag es nahe, die Beklagte – wie sie vorträgt – zumindest in gewissem Umfang abzusichern und diese Zuwendungen gerade nicht vom Fortbestand der Ehe abhängig zu machen. Diese Annahme rechtfertigt sich insbesondere in Differenzierung zu den von den Parteien anderweit gemeinsam getroffenen Anlagen. Dem ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten, sondern beschränkt sich lediglich auf die Behauptung der Ehebezogenheit. Dies ist für deren positive Feststellung nicht ausreichend.

Ein anderes rechtfertigt sich auch nicht daraus, dass die Zuwendungen möglicherweise Vermögensteile vor Verschwendung durch den Kläger retten sollten. Dieser Vortrag der Beklagten, den sich der Kläger nach anfänglichem Bestreiten nunmehr zu Eigen zu machen scheint, ist vielmehr gerade geeignet, das Absicherungsbedürfnis für die Beklagte durch eigenes, unbedingtes Eigentum herauszustellen.

Dies konnte der darlegungs- und beweisbelastete Kläger im Hinblick auf den Erwerb der Eigentumswohnung in A. nicht schlüssig entkräften.

Soweit der Kläger im Hinblick auf das Objekt W. in M. auf Ziffer IV. des notariellen Vertrages vom 16.5.2002 verweist, rechtfertigt dies die Annahme einer ehebezogenen Zuwendung von 270.000 € gleichfalls nicht. Gerade das dort geregelte Belastungs- und Veräußerungsverbot manifestiert die Absicht, die Beklagte auf Dauer gesichert wissen zu wollen, auch gesichert vor Verschleuderung durch die Beklagte selbst. Dass kein Übertragungsanspruch des Klägers für den Fall der Scheidung aufgenommen wurde, was bei einer ehebezogenen Zuwendung zu erwarten gewesen wäre, macht deutlich, dass es den Parteien auf einen dauerhaften Verbleib des Grundeigentums bei der Beklagten ankam. Ein diesbezügliches Regelungsbedürfnis hätte sich aufgedrängt, denn der Kläger stellt gerade nicht in Abrede, dass die Ehe der Parteien in den Jahren 2001/2002 „am Ende war“. Auch wurden Ansprüche des Klägers keineswegs – wie er vorträgt – mit einer Grundschuld über 260.000 € gesichert. Gesichert wurden lediglich die oben genannten Übertragungsansprüche des Klägers mit einer Vormerkung. Die angesprochene Grundschuld wurde – ausweislich des Grundbuchs – lediglich für die finanzierende Bank eingetragen.

2.c) Dessen ungeachtet hat der Kläger im Übrigen nicht schlüssig dargetan und bewiesen, dass ihm ein Festhalten am gegenwärtigen Zustand nicht zuzumuten sei. Auch unter Anwendung der gesetzlichen Regelung in § 313 BGB ist Voraussetzung einer Rückforderung erbrachter Leistungen die Unzumutbarkeit am Festhalten an der bestehenden Vermögensverteilung (*Palandt/Grüneberg*, § 313 Rdnr. 24 und 52 m. w. N.), wofür wiederum der Kläger die Darlegungs- und Beweislast trägt (*Bamberger/Roth*, § 313 Rdnr. 96; *Palandt/Grüneberg*, § 313 Rdnr. 43).

Bei der Abwägung, ob und ggf. in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Kläger es einmal für richtig erachtet hat, der

Beklagten diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Kläger die Beibehaltung der durch die Leistungen geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls, in die auch der Zweck der Zuwendung einzubeziehen sowie zu berücksichtigen ist, inwieweit dieser Zweck erreicht worden ist (BGH, NJW 2008, 3282).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist ein Festhalten an der bestehenden Vermögensverteilung nicht unbillig.

Zweifel bestehen bereits daran, dass den verfahrensgegenständlichen, klägerischen Zuwendungen eine erhebliche Bedeutung zukommt, da es sich unter Zugrundelegung der vom Kläger selbst vorgetragenen Zahlen um Zuwendungen in Höhe von knapp 7 % seines anfänglichen ererbten Vermögens gehandelt hat. Der Beklagten würde bei vollständiger Rückabwicklung weitgehend die wirtschaftliche Basis entzogen. Dies beurteilt sich auch bei eventuell drohender Zwangsverwertung des Anwesens W. durch die finanzierende Bank nicht anders, da der Beklagten dann jedenfalls der überschießende Erlös als wirtschaftliche Basis verbleibt. Dass der Kläger eine solche Verwertung als „nicht mehr zu überbietenden Unsinn“ empfindet, rechtfertigt es jedenfalls ebenso wenig wie seine Verbitterung über die gescheiterte Beziehung den Verbleib der Zuwendungen bei der Beklagten als unzumutbar anzusehen. Weiteres trägt der Kläger schlüssig nicht vor.

2.d) Die Frage der ehelichen Abstammung des Sohnes der Beklagten kann dahinstehen, da dieser Umstand gleichfalls nicht Geschäftsgrundlage der verfahrensgegenständlichen Zuwendungen geworden ist. Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (st. Rspr. BGH, NJW-RR 2006, 1037, 1038). Hierfür trägt die Partei, die sich auf die Geschäftsgrundlage beruft, die Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte hat bestritten, dass die Zuwendungen in einem Zusammenhang mit dem Sohn gestanden hätten. Es sei vielmehr ausschließlich um ihre Absicherung als Ehefrau nach elf Ehejahren gegangen. Der Kläger ist dem nicht mit substantiiertem Vortrag entgegen getreten und im Übrigen für die Geschäftsgrundlage beweisfällig geblieben.

Die eheliche Abstammung des Sohnes mag Motiv bzw. einseitige Erwartung des Klägers bei seinen Zuwendungen gewesen sein. Lediglich einseitige Erwartungen einer Partei, selbst wenn sie dem anderen Partner mitgeteilt worden sein sollten, gehören grundsätzlich nicht zur Geschäftsgrundlage, es sei denn, der andere Teil hätte diese Erwartung akzeptiert und auch in seinen Geschäftswillen aufgenommen (BGH, NJW-RR 1993, 774). Dafür fehlt hier jeder Vortrag und Anhaltspunkt.

3. Der Kläger konnte die verfahrensgegenständlichen Schenkungen nicht gemäß § 530 BGB widerrufen, da es am Widerrufsgrund fehlt.

Der Widerruf setzt voraus, dass sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung des groben Undanks schuldig gemacht hat. Diesbezüglich beruft sich der Kläger auf die angebliche eheliche Untreue der Beklagten im März 1991. Zwar ist dem Kläger darin Recht zu geben, dass eheliche Untreue

den Widerruf einer Schenkung rechtfertigen kann, jedoch nur dann, wenn sie der Schenkung nachfolgt. Denn die darin möglicherweise liegende schwere Verfehlung muss sich gerade im Lichte der vorangegangenen Schenkung als grober Undank darstellen (MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 530 Rdnr. 2). Ein zum Zeitpunkt der Schenkung bereits zehn Jahre zurückliegender Fehltritt kann daher den Widerruf nicht rechtfertigen.

4. Die vom Kläger erklärte Anfechtung der Schenkungen wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) hat ebenfalls keinen Erfolg. Der Kläger ist für die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung gleichfalls beweisfällig geblieben. Die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 123 BGB trägt der Anfechtende.

Der Kläger beruft sich hier auf Täuschung durch Verschweigen einer offenbarungspflichtigen Tatsache, nämlich, dass er nicht der Vater des in der Ehezeit geborenen Sohnes sei. Ob diese Tatsache zutrifft, kann dahinstehen, da auch für den Fall ihrer Richtigkeit die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen nicht hinreichend dargetan bzw. bewiesen sind. Fraglich ist bereits, ob diese Tatsache hier im konkreten Kontext der Zuwendungen offenbarungspflichtig gewesen wäre. Ungefragt offenbarungspflichtig sind nur Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, was vor allem dann anzunehmen ist, wenn sie den Vertragszweck vereiteln oder erheblich erschweren können (Palandt/Ellenberger, § 123 Rdnr. 5 b). Nach Vortrag der Beklagten war Vertragszweck ihre wirtschaftliche Absicherung, unabhängig vom Kind. Es ist zumindest zweifelhaft, ob ein elf Jahre zurückliegender Fehltritt der Beklagten den Kläger in seiner diesbezüglichen Entscheidung beeinflusst hätte. Letztlich kann die Entscheidung dieser Frage jedoch offen bleiben, da die Beklagte jedenfalls diesen Umstand nicht arglistig verschwiegen hat.

Im Fall des Verschweigens einer offenbarungspflichtigen Tatsache handelt nämlich nur arglistig, wer einen Umstand mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner diesen Umstand nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln der Beklagten, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (BGH, NJW 2001, 2326). Weitere Voraussetzung ist, dass der offenbarungspflichtige Umstand der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch präsent ist (BGH, NJW 2001, 2326).

Die Beklagte trägt hierzu vor, dass sie zum einen stets fest von einer Vaterschaft des Klägers überzeugt war und zum anderen der Sohn im Rahmen der Zuwendungen keine Rolle gespielt habe, sondern allein ihre Versorgungsbedürftigkeit nach elf-jähriger Ehe.

Dass eine Vaterschaft des Klägers gar nicht in Betracht kommt, trägt der Kläger selbst nicht vor, so dass auch die Beklagte wohl Grund hatte, von einer Vaterschaft des Klägers ausgehen zu können, so dass es bereits fraglich ist, ob sie das Gegenteil für möglich halten musste. Die konkreten Geschehnisse sind im Dunkeln, was grundsätzlich zulasten des Klägers geht.

Aber selbst wenn der Beklagten zu unterstellen wäre, dass sie im Zeitpunkt der Zuwendung zumindest damit rechnete oder es billigend in Kauf nahm, dass der Kläger nicht der Vater

ihres Sohnes war, musste sie im konkreten Fall nicht damit rechnen und es billigend in Kauf nehmen, dass er bei entsprechender Offenbarung die verfahrensgegenständlichen Zuwendungen nicht vorgenommen hätte. Der Kläger trägt selbst vor, dass die Ehe der Parteien in den Jahren der Zuwendungen 2001/2002 „am Ende war, was auch zur Scheidung führte“. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Folglich hätte die Offenbarung eines zehn Jahre zurückliegenden Fehltrittes und damit der – damals theoretischen – Möglichkeit, dass der Kläger nicht der Vater des Sohnes ist, keinen entscheidenden Einfluss mehr auf den Fortgang der ohnedies zerrütteten Ehe gehabt. Damit, dass der Kläger nach einer doch immerhin elf Jahre andauernden Ehe der Beklagten wegen dieses weit zurückliegenden Ereignisses jegliche Versorgung versagen würde, die er ihr offensichtlich aufgrund ihres übrigen Verhältnisses zuwenden wollte, musste die Beklagte nicht rechnen. Der jetzige Vortrag des Klägers beschränkt sich auf das plakative Argument des betrogenen Ehemannes, ohne auf die konkreten Umstände des Einzelfalles einzugehen, die es hier zu entscheiden gilt.

Ergänzend wird auf die zutreffenden Ausführungen des LG zum eingeklagten Rückforderungsanspruch Bezug genommen.

Weitere Anspruchsgrundlagen sind für das klägerische Begehren im Hauptantrag nicht ersichtlich.

B.

Der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Übertragung des Anwesens W. besteht in keiner der vom Kläger beantragten Formen. In Betracht kommt nur ein vertraglicher Anspruch aus Ziffer XIV des Vertrages vom 16.5.2002. Die dort vereinbarten Voraussetzungen für einen Übertragungsanspruch liegen jedoch nicht vor:

Die Beklagte hat das Grundstück weder veräußert noch selbst belastet. Die Eintragung einer Zwangshypothek steht dem nicht gleich. Die Zwangshypothek ist vielmehr ein Mittel der Zwangsvollstreckung und wird auf Antrag des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen (§ 867 ZPO). Die Beklagte hat hierauf grundsätzlich keinen Einfluss, „handelt“ damit folglich auch nicht der vertraglichen Vereinbarung „zuwider“. Der Vermögensverfall der Beklagten bzw. gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind als Voraussetzungen eines Übertragungsanspruches des Klägers gerade nicht vereinbart. Im Hinblick auf die einschneidenden Konsequenzen für die Rechte der Beklagten und im Hinblick auf die Rechtssicherheit verbietet sich eine extensive Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen über den Wortlaut hinaus.

Anmerkung:

Die vorstehende Entscheidung des 20. Zivilsenats des OLG München zeigt deutlich auf, wie schwierig und komplex die Beurteilung von Rückforderungsansprüchen unter Ehegatten im Falle der Scheidung der Ehe sein kann, wenn vertragliche Regelungen für diesen Fall nicht getroffen wurden. Sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenebene musste der Senat seine Entscheidung maßgeblich auf Wertungsgesichtspunkte stützen und die Auslegung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe vornehmen. Insgesamt wird die Annahme gestützt, dass der Ausgang von Prozessen in diesem Rechtsbereich vor Prozessbeginn nur schwer kalkulierbar ist.¹ Das Regelungsbedürfnis in einer notariellen Urkunde wird vom Senat deshalb auch ausdrücklich hervorgehoben.

¹ So auch *Wever*, FamRZ 2004, 1875.

Von Bedeutung für die notarielle Praxis sind vor allem die Ausführungen, welche der Senat zur Abgrenzung der Schenkung von der sog. ehebedingten Zuwendung macht. Im Ergebnis gelangt der Senat zur Annahme einer „echten“ Schenkung nach §§ 516 ff. BGB. Dies wirkt auf den ersten Blick überraschend, da die ehebedingte Zuwendung den Regelfall der Zuwendung unter Ehegatten darstellt und die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der Annahme einer Schenkung unter Ehegatten bislang eher zurückhaltend war.² Im Ergebnis kann diese Feststellung meines Erachtens jedoch nachvollzogen werden, wenn man bedenkt, dass es sich um einen Grenzfall gehandelt hat. Trotz des vorgenannten Regel-/Ausnahmeverhältnisses zwischen der ehebedingten Zuwendung und der Schenkung kommt die Annahme einer Schenkung zumindest in Konstellationen in Betracht, in welchen ein starkes wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Ehegatten besteht (sog. „Diskrepanztheorie“), das gesetzlich vorgesehene Ausgleichssystem abbedungen wurde, insbesondere durch die Vereinbarung des Güterstandes der Gütertrennung, und noch weitere Umstände hinzutreten, die gegen eine Ehebezogenheit der Zuwendung sprechen.³

Eine derartige Konstellation liegt hier vor. Es war ein bedeutender Unterschied zwischen den Vermögensverhältnissen der Ehegatten zugunsten des Ehemannes zu verzeichnen und das gesetzliche Ausgleichssystem war in einem Ehevertrag aus dem Jahre 1990 weitestgehend abbedungen worden. Des Weiteren befand sich die Ehe der Parteien gemäß deren Angaben zum Zeitpunkt der Vornahme der Zuwendungen in einer Krise. Vor diesem Hintergrund hätte es tatsächlich eines konkreten Nachweises des Ehemannes bedurft, dass die Leistungen gerade in der Erwartung des Fortbestandes der Ehe oder zur Beseitigung der bestehenden Krise erfolgten, um eine ehebedingte Zuwendung annehmen zu können.⁴ Auch die Tatsache des bedeutenden Wertes der Zuwendungen, welche ansonsten ein gewisses Indiz für die Annahme einer ehebedingten Zuwendung darstellt, liefert aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles kein maßgebliches Argument gegen die Annahme einer Schenkung. In Relation zum Gesamtvermögen des leistenden Ehegatten stellten die Zuwendungen tatsächlich nur einen relativ geringfügigen Bruchteil dar. Auch wenn Schenkungen unter Ehegatten meist in Form von Gelegenheitsgeschenken anzutreffen sind, spricht die bloße Tatsache der hohen Werthaltigkeit der Zuwendungen aufgrund dieser konkreten Vermögensverhältnisse nicht entscheidend gegen die Annahme einer Schenkung.

Auch wenn die vom Senat vorgenommene Abgrenzung aus den zuvor dargelegten Gründen im Ergebnis nachvollzogen werden kann, so kann doch seiner Argumentation nicht in vollem Umfang gefolgt werden. Dies gilt vor allem für das Argument, dass gegen die Annahme einer ehebedingten Zuwendung die Tatsache spreche, dass in der notariellen Urkunde kein Rückübertragungsanspruch für den Fall der Scheidung vorgesehen wurde. Eine solche Regelung ist nach Ansicht des Senats bei Vorliegen einer ehebedingten Zuwendung zu erwarten. Meines Erachtens wird hierdurch ein zu weitreichender Schluss von der Rechtsfolgenebene auf die Tatbestandsebene gezogen. Es ist zu bedenken, dass auch in notariellen Urkunden, in welchen die Zuwendung ausdrücklich als ehebedingte

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

³ Ähnlich *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 1173.

⁴ Im Übrigen erscheinen die in der Entscheidung herangezogenen Beweislastgrundsätze zumindest nicht als zwingend, da die ehebedingte Zuwendung gerade den Regelfall darstellt und die Schenkung die Ausnahme bildet.

Zuwendung bezeichnet wird, ein Rückübertragungsanspruch oftmals ausgeschlossen wird. Letztendlich entscheidet allein der Wille der Vertragsbeteiligten hinsichtlich der Frage der Vereinbarung eines Rückübertragungsanspruchs. Ein entscheidendes Argument für die Abgrenzung zwischen Schenkung und ehebedingter Zuwendung sollte hieraus nicht abgeleitet werden. Dies gilt gleichermaßen für den hier nicht entscheidungserheblichen Aspekt, ob in der notariellen Urkunde die Nichtanrechnung der Zuwendung auf den Zugewinnausgleich i. S. v. § 1380 BGB bestimmt worden ist. Auch diesem Aspekt sollte keine entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung zwischen der Schenkung und der ehebedingten Zuwendung zugesprochen werden.⁵

Dennoch darf nicht verkannt werden, dass die Rechtsprechung in den letzten Jahren den Regelungen und Feststellungen in notariellen Urkunden eine verstärkte Bedeutung bei der Beurteilung von Zuwendungen unter Ehegatten zumisst. An dieser Stelle ist eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2006 zu nennen, aus welcher der Schluss abzuleiten ist, dass der BGH der Bezeichnung einer Zuwendung in einer (aktuellen) notariellen Urkunde als Schenkung oder ehebedingte Zuwendung zukünftig einen erhöhten Stellenwert beimessen wird.⁶ Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, in der notariellen Urkunde zur Art der Zuwendung unter Ehegatten, zur Anrechenbarkeit auf etwaige Zugewinnausgleichsansprüche und zur Frage des Bestehens eines Rückforderungsanspruchs im Falle der Scheidung ausdrückliche Regelungen zu treffen.

Ferner kann aus meiner Sicht auch nicht ganz überzeugen, dass das OLG der Tatsache, dass die Zuwendungen zum Alleineigentum der Ehefrau erfolgten, eine maßgebliche Indizwirkung gegen die Annahme einer ehebedingten Zuwendung zuerkannt hat. Diese starke Indizwirkung sollte den Eigentumsverhältnissen, welche nach Durchführung der Zuwendung bestehen, nicht zugemessen werden. Die Annahme einer ehebedingten Zuwendung setzt im Grundsatz nur voraus, dass der Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrundeliegt, dass hierdurch die eheliche Lebensgemeinschaft gefördert wird. Dies kann aber unabhängig davon der Fall sein, ob der betreffende Gegenstand nach Vollzug der Zuwendung den Ehegatten zusammen oder einem Ehegatten alleine gehört. Die in der Entscheidung getroffene Aussage, eine ehebedingte Zuwendung setze voraus, dass der leistende Ehegatte nach seiner Vorstellung auch am Vermögenswert des Gegenstandes der Zuwendung weiter teilhabe, ist aus meiner Sicht zu weitreichend und könnte die ohnehin schon bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Schenkung und der ehebedingten Zuwendung noch verstärken. Ferner ist zu bedenken, dass man eine zumindest mittelbare Beteiligung des zuwendenden Ehegatten am Vermögenswert kaum zuverlässig ausschließen kann.

Notarassessor Dr. Alban Bruch, München

⁵ A. A. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 425.

⁶ BGH, NJW 2006, 2330, 2331. Für notarielle Urkunden aus den 70er- und den frühen 80er-Jahren des vorigen Jahrhunderts kann dies nicht gleichermaßen gelten, da hier das entsprechende Problembewusstsein bei den Notaren mangels Existenz der Rechtsprechung des BGH zur ehebedingten Zuwendung noch nicht vorhanden war.

8. BGB § 2200; FGG § 81 (*Beschwerdeberechtigung des Ersatztestamentsvollstreckers*)

Beschwerdeberechtigt gegen die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht ist auch der vom Erblasser in der letztwilligen Verfügung aufschiebend bedingt bestimmte Ersatztestamentsvollstreckter, wenn durch die gerichtliche Ernennung der Eintritt der Bedingung hinausgeschoben wird.

OLG München, Beschluss vom 4.2.2009, 31 Wx 84/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Erblasser ist im Oktober 2006 verstorben. Die Beteiligte zu 3 ist seine Ehefrau, die minderjährigen Beteiligten zu 4 und 5 sind die gemeinsamen Kinder. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Töchter des Erblassers aus einer früheren Ehe.

Der Erblasser hat durch notarielles Testament seine vier Kinder als Miterben zu gleichen Teilen berufen, seine Ehefrau mit Vermächtnissen bedacht und Testamentsvollstreckung angeordnet, die hinsichtlich jedes Erben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, mindestens aber für die Dauer von drei Jahren nach dem Tod des Erblassers dauern soll. Weiter lautet die letztwillige Verfügung auszugsweise wie folgt:

„f) Zu Testamentsvollstreckern berufe ich

1. (den Beteiligten zu 6) als geschäftsführenden Testamentsvollstreckter, und zwar bis zur Vollendung seines 80. Lebensjahres,
2. Herrn X., und zwar bis zur Vollendung seines 82. Lebensjahres,
3. (den Beteiligten zu 8),
4. Rechtsanwalt Y.,
5. (den Beteiligten zu 7), und zwar diesen bis zum Ablauf von zwei Jahren nach dem Erbfall.

g) Für den Fall, dass (der Beteiligte zu 6) zum Zeitpunkt des Erbfalls als Testamentsvollstreckter weggefallen ist oder dass er innerhalb von drei Jahren nach dem Erbfall wegfällt, wird Herr Rechtsanwalt Z. bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Erbfall Testamentsvollstreckter.

Im Übrigen berufe ich für den Fall, dass weniger als drei Testamentsvollstreckter vorhanden sind, (den Beteiligten zu 10) als Testamentsvollstreckter.

Darüber hinaus haben die amtierenden Testamentsvollstreckter, wenn und soweit ihre Zahl auf weniger als drei herabgesunken ist, fachlich und persönlich geeignete Personen ... als weitere Testamentsvollstreckter zu benennen ... Notfalls soll das deutsche Nachlassgericht nach Anhörung der amtierenden Testamentsvollstreckter die Benennung von Testamentsvollstreckern vornehmen, soweit weniger als drei Testamentsvollstreckter vorhanden sind.

h) ...

i) Die Testamentsvollstreckter sollen sich bemühen, die Nachlassauseinandersetzung mit (den Beteiligten zu 1 und 2) innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall zu bewirken. Sollten innerhalb dieser Frist mehr als 20 % der (den Beteiligten zu 1 und 2) zustehenden Werte noch nicht an diese ausgekehrt sein, verlängert sich die Amtszeit (des Beteiligten zu 7) als Testamentsvollstreckter bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Erbfall.

j) Solange die Testamentsvollstreckung für (die Beteiligten zu 1 und 2) nicht beendet ist und nicht sowohl Herr Y. als auch (der Beteiligte zu 7) Testamentsvollstreckter sind, sondern nur einer der beiden Genannten Testamentsvollstreckter ist, hat dieser bei Beschlüssen über Gegenstände, bei denen (die Beteiligten zu 1 und 2) einerseits und (die Beteiligten zu 4 und 5) oder (die Beteiligte zu 3) andererseits kollidierende Interessen haben, kein Stimmrecht.“

Die Beteiligten zu 6 bis 9 beantragten mit Schriftsatz vom 9.10.2006, anstelle des Ende August 2006 schwer erkrankten Rechtsanwalts Y. gemäß § 2200 BGB dessen Sozium, den Beteiligten zu 9, zum Testamentsvollstreckter zu ernennen. Es sei der Wille des Erblassers gewesen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die Beteiligte zu 3 als gesetzliche Vertreterin der minderjährigen Kinder im Testamentsvoll-

streckergerium jeweils durch eine Person ihres Vertrauens vertreten seien; dementsprechend habe er auf Vorschlag der Beteiligten zu 1 und 2 den Beteiligten zu 7 und auf Vorschlag der Beteiligten zu 3 Rechtsanwalt Y. als Testamentsvollstrecker eingesetzt. Auf den nicht vorausgesehenen Ausfall von Rechtsanwalt Y. habe er aufgrund der eigenen schweren Erkrankung nicht mehr reagieren können. Die Erben stimmten dem Antrag zu. Mit Beschluss vom 3.4.2007 ernannte das Nachlassgericht den Beteiligten zu 9 zum Ersatztestamentsvollstrecker.

Am 4.7.2007 legte der Testamentsvollstrecker X. sein Amt nieder.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2007 erklärten die Erben und die amtierenden Testamentsvollstrecker die Anfechtung der letztwilligen Verfügung bezüglich der Ernennung des Beteiligten zu 10 zum Ersatztestamentsvollstrecker. Diese Verfügung beruhe auf einem Irrtum des Erblassers, der selbstverständlich davon ausgegangen sei, dass der seit vielen Jahre in leitender Position für ihn tätige Beteiligte zu 10 sich ihm gegenüber stets loyal und vertragstreu verhalten habe und dies auch in Zukunft tun werde. Der Erblasser habe sich aber im Beteiligten zu 10 getäuscht, denn dieser habe über Jahre hinweg in erheblichem Umfang Honorare zu seinen Gunsten vertragswidrig abgerechnet und unerlaubt von Konten des Erblassers abgehoben. In dem noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Klageverfahren verlangen die Testamentsvollstrecker Rückzahlung von Honoraren für die Jahre 2002 bis 2007, weil mehr Stunden berechnet als tatsächlich geleistet worden seien, sowie einer im Jahr 2005 vom Erblasser bezahlten Abfindung, für die im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung die Geschäftsgrundlage entfallen sei. Den Beratervertrag des Beteiligten zu 10 mit der Vermögensverwaltungsgesellschaft des Erblassers hatten die Testamentsvollstrecker im März 2007 zunächst ordentlich zum 30.4.2008, im Juli 2007 außerordentlich gekündigt.

Der Beteiligte zu 10, dem der Beschluss des Nachlassgerichts vom 3.4.2007 nicht zugestellt worden war, legte am 3.1.2008 sofortige Beschwerde ein mit der Begründung, seine vom Erblasser verfügte Berufung als Testamentsvollstrecker werde durch die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers durch das Gericht unterlaufen. Das LG verwarf das Rechtsmittel mit Beschluss vom 30.6.2008 als unzulässig. Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Beteiligten zu 10. Mit Schriftsatz vom 29.9.2008 haben die Erben und Testamentsvollstrecker beim AG die Entlassung des Beteiligten zu 10 als Testamentsvollstrecker beantragt, über die noch nicht entschieden ist.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist insoweit begründet, als das LG zu Unrecht die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 10 verneint hat. Es bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. (...)

2. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass nach § 20 Abs. 1 FGG derjenige beschwerdeberechtigt ist, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Erforderlich ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht. Ein bloßes rechtliches Interesse an der Abänderung der angegriffenen Verfügung reicht nicht aus, ebenso wenig ein lediglich wirtschaftliches Interesse (vgl. *Jansen/Briesemeister*, FGG, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 4 f.; *Keidel/Kahl*, FGG, 15. Aufl., § 20 Rdnr. 12). Das gilt auch für die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2200 BGB. Beteiligter an diesem Verfahren ist zwar jeder, der ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung hat (*Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2200 Rdnr. 12, § 2198 Rdnr. 23; BGHZ 35, 296, 300 zur Antragsberechtigung nach § 2227 BGB). Für die Begründung einer Beschwerdeberechtigung genügt jedoch nicht allein die tatsächliche formelle Beteiligung in dem Verfahren, erforderlich ist darüber hinaus, dass der Beteiligte rügt, durch die Entscheidung in einem eigenen Recht betroffen zu sein (OLG Hamm, MittBayNot 2008, 390,

391 m. Anm. *Reimann*; *Staudinger/Reimann*, § 2200 Rdnr. 16, 21; offen gelassen in BayObLG, FamRZ 2002, 641, 642; a. A. *Jansen/Briesemeister*, FGG, § 20 Rdnr. 23, *Jansen/Müller-Lukoschek*, FGG, § 81 Rdnr. 5: jeder Beteiligte). Ob im Einzelfall ein rechtliches Interesse ein Beschwerderecht begründen kann (vgl. KG, NJW 1963, 1717; BayObLGZ 1997, 1, 10; KG, NJW-RR 2002, 439 und NJW-RR 2005, 810 jeweils zur Antrags- und Beschwerdebefugnis des Pflichtteilsberechtigten), bedarf hier keiner Entscheidung, denn der Beteiligte zu 10 ist durch die Entscheidung des Nachlassgerichts in einem eigenen Recht betroffen.

b) Entgegen der Auffassung des LG wirkt sich die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers für den weggefallenen Rechtsanwalt Y. durch das Nachlassgericht nicht nur mittelbar auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aus. Das LG schließt dies aus dem Umstand, dass der Beteiligte zu 10 auch ohne die angegriffene Verfügung des Nachlassgerichts zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung noch nicht Testamentsvollstrecker wäre. Es verkennt dabei, dass der vom Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung zum Testamentsvollstrecker ernannte Beteiligte zu 10, der sein Amt unter der dort festgelegten und mit Zeitablauf eintretenden aufschiebenden Bedingung antreten kann, auch vor Antritt seines Amtes insoweit eine Rechtsstellung inne hat. Anders als das LG meint, bedarf es nämlich bei einer vom Erblasser verfügten Ernennung keines Ernennungsaktes durch das Nachlassgericht (vgl. BayObLG, FamRZ 2002, 224). Das gilt auch dann, wenn der Erblasser einen Testamentsvollstrecker unter einer aufschiebenden Bedingung ernannt hat. In diesem Fall tritt der Ernannte das ihm vom Erblasser übertragene Amt mit dem Eintritt der Bedingung an (vgl. *Staudinger/Reimann*, § 2201 Rdnr. 4), wobei er bereits bei Eintritt des Erbfalls das Amt annehmen kann (*Staudinger/Reimann*, § 2202 Rdnr. 13).

Die Ernennung des Beteiligten zu 9 durch das Nachlassgericht beeinträchtigt die Rechtsposition des Beteiligten zu 10, indem sie ein zusätzliches Hindernis für den Eintritt der vom Erblasser festgelegten aufschiebenden Bedingung aufstellt. Der Beschwerdeführer ist vom Erblasser zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden für den Fall, dass weniger als drei Testamentsvollstrecker vorhanden sind. Die vom Nachlassgericht vorgenommene Ersatzernennung hat zur Folge, dass das Absinken der Zahl der amtierenden Testamentsvollstrecker unter die vom Erblasser festgelegte Anzahl hinausgeschoben wird. Damit verzögert sich auch der Eintritt der testamentarisch festgelegten Bedingung für die Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch den Beteiligten zu 10. Dies gilt umso mehr, als die Amtszeiten von drei von fünf Testamentsvollstreckern vom Erblasser zeitlich befristet wurden, nämlich durch Festlegung von Altersgrenzen bei dem Beteiligten zu 6 und X. und durch eine Frist von zwei, höchstens drei Jahren nach dem Erbfall beim Beteiligten zu 7.

c) Die Ernennung des Beteiligten zu 10 als Ersatztestamentsvollstrecker durch den Erblasser ist nicht nichtig. Die Anfechtung (§ 2078 Abs. 2 BGB) greift nicht durch, denn für den von den Anfechtenden behaupteten Motivirrtum des Erblassers liegen keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH, NJW-RR 1987, 1412, 1413), d. h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte (BayObLG, FamRZ 1997, 1436, 1437; OLG München, FGPrax 2008, 254, 258). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen trägt der Anfechtende (BayObLG, FamRZ 1997, 772, 773). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Dafür, dass korrekte Honorarabrechnungen des Beteiligten zu 10 für den

Erblasser ein bewegender Grund für dessen Ernennung zum Ersatztestamentsvollstrecker waren, fehlt aber außer der bloßen Behauptung der Anfechtenden jeder tatsächliche Anhaltspunkt. Insbesondere wird nichts vorgetragen zu konkreten Äußerungen oder Verhaltensweisen des Erblassers, die eine solche Vorstellung bei Testamentserrichtung belegen könnten. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Beteiligte zu 10 tatsächlich überhöhte, von den vertraglichen Vereinbarungen nicht gedeckte Honorare in Rechnung gestellt und aufgrund der ihm erteilten Bankvollmacht an sich ausbezahlt hat. Im Übrigen spricht gegen die behauptete Motivation des Erblassers, dass dieser über Jahre hinweg eine Überprüfung der Honorarrechnungen des Beteiligten zu 10 weder selbst vorgenommen noch veranlasst hat.

d) Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, ist gegenüber dem Beteiligten zu 10 die Frist für die sofortige Beschwerde (§ 22 Abs. 1 FGG) nicht in Lauf gesetzt worden, weil ihm die Entscheidung des Nachlassgerichts nicht bekanntgegeben wurde. Es ist weder eine Zustellung (§ 16 Abs. 2 Satz 1 ZPO) erfolgt noch eine Bekanntmachung zu Protokoll (§ 16 Abs. 3 FGG). Wann der Beteiligte zu 10 auf andere Weise von der Entscheidung erfahren hat, ist unerheblich (keine Heilung entsprechend § 189 ZPO, da kein Zustellungswille vorlag).

3. Die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 10 gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 3.4.2007 ist folglich zulässig; das LG hat sie zu Unrecht verworfen. Einer Zurückverweisung an das LG bedarf es nicht, weil weder ein unbedingter Rechtsbeschwerdegrund vorliegt (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i. V. m. § 547 ZPO) noch weitere Ermittlungen erforderlich sind. Der Senat kann daher unter Berücksichtigung des gesamten Akteninhalts selbst in der Sache entscheiden. Das Rechtsmittel des Beteiligten zu 10 gegen die Ernennung des Beteiligten zu 9 zum Testamentsvollstrecker durch das Nachlassgericht erweist sich danach als unbegründet.

a) Nach § 2200 BGB kann das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn der Erblasser in dem Testament darum ersucht hat. Das Ersuchen muss nicht ausdrücklich gestellt sein, es genügt, dass sich durch gegebenenfalls ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung ein darauf gerichteter Wille des Erblassers feststellen lässt (BayObLG, FamRZ 2003, 789; *Staudinger/Reimann*, § 2200 Rdnr. 7; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl., § 2200 Rdnr. 2). Das Nachlassgericht hat zutreffend angenommen, dass der Erblasser den Wegfall von Rechtsanwalt Y. noch vor Eintritt des Erbfalls nicht bedacht und für diesen Fall keine Anordnungen getroffen hat. Zwar enthält die letztwillige Verfügung, wie der Beschwerdeführer hervorhebt, eingehende Regelungen für den Wegfall von ernannten Testamentsvollstreckern. So wird für den Beteiligten zu 6 ausdrücklich auch für den Fall des Wegfalls vor dem Erbfall oder in den drei Jahren danach ein Ersatztestamentsvollstrecker ernannt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der Erblasser auch den Wegfall von Rechtsanwalt Y. schon vor dem Erbfall in seine Überlegungen einbezogen hat. Der Beteiligte zu 6 war bei Testamentserrichtung bereits über 70 Jahre alt, was eine Ersatzbestimmung nahe liegend erscheinen ließ. Rechtsanwalt Y. hingegen war bei Errichtung der letztwilligen Verfügung hingegen noch nicht einmal 50 Jahre alt.

Die Bestimmung unter lit. j) bestätigt den Vortrag der Erben und Testamentsvollstrecker, wonach Rechtsanwalt Y. als Interessenvertreter der minderjährigen Beteiligten zu 4 und 5 und der Beteiligte zu 7 als Interessenvertreter der Beteiligten zu 1 und 2 vom Erblasser in den Kreis der Testamentsvollstrecker aufgenommen wurde. Denn nach dieser Bestimmung soll, wenn nicht beide Testamentsvollstrecker sind, der ver-

bleibende kein Stimmrecht in Angelegenheiten haben, in denen es Interessenkonflikte zwischen den Abkömmlingen aus den verschiedenen Ehen gibt. Diese Bestimmung lässt zwar erkennen, dass der Erblasser es nicht für ausgeschlossen gehalten hat, dass auch einer dieser beiden noch verhältnismäßig jungen Testamentsvollstrecker wegfallen könnte, zwingt aber nicht zu dem Schluss, dass der Erblasser auch bei einem Wegfall des insbesondere zur Wahrung der Interessen seiner minderjährigen Kinder vorgesehenen Testamentsvollstreckers Y. bereits zu Beginn der Testamentsvollstreckung diesen nicht gesondert ersetzt wissen, sondern die allgemeine Ersatzregelung eingreifen lassen wollte. Dies gilt umso mehr, als nach lit. i) die Nachlassauseinandersetzung mit den Beteiligten zu 1 und 2 innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall erfolgen sollte.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 826; GmbHG §§ 30, 31, 73 (*Existenzvernichtungshaftung bei Liquidationsgesellschaft*)

- a) **Eine Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters aus § 826 BGB für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen (vgl. BGHZ 173, 246 = DNotZ 2008, 213 – TRIHOTEL) kommt auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft (§§ 69 ff. GmbHG) in Betracht.**
- b) **Der für die Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB bei der werbenden Gesellschaft anerkannte Grundsatz eines verselbständigten Vermögensinteresses gilt erst recht für eine Gesellschaft in Liquidation, für die § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG den Erhalt des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gläubiger in besonderer Weise hervorhebt. Der Liquidationsgesellschaft kann daher ein eigener (Innenhaftungs-) Anspruch aus § 826 BGB gegen den Gesellschafter schon dann zustehen, wenn dieser unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG in sittenwidriger Weise das im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zweckgebundene Gesellschaftsvermögen schädigt, ohne dass zugleich die speziellen „Zusatzkriterien“ einer Insolvenzverursachung oder -vertiefung erfüllt sind.**

BGH, Urteil vom 9.2.2009, II ZR 292/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DB 2009, 891.

10. HGB § 17 Abs. 1 (Eintragungsfähigkeit des Sonderzeichens @)

Das Sonderzeichen @ in der Firma ist im Handelsregister eintragungsfähig. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluss vom 15.12.2008, 17 HKT 920/09; eingesandt von Notarin Dr. Sybille Wenner, München

Mit Anmeldung vom 11.11.2008 wurde zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, dass die Firma geändert ist in @... oHG. Darauf hin erließ am 17.11.2008 das Registergericht eine Zwischenverfügung, in der in Ziffer 1. mitgeteilt wurde, dass die vorgelegte Anmeldung nicht vollzogen werden könne, weil in der Firma das Sonderzeichen @ nicht eintragungsfähig sei. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gemäß den §§ 19, 20 FGG statthaft. Die Beschwerde ist auch begründet.

Nach § 17 Abs. 1 HGB hat die Firma eines Kaufmannes Namensfunktion. Die Namensfunktion setzt voraus, dass dieses Kennzeichen wörtlich aussprechbar ist, Firmenkern und Firmenzusatz müssen grundsätzlich eine wörtliche und aussprechbare Bezeichnung darstellen. Aus diesem Grunde kommt insbesondere Bildzeichen wie beispielsweise „*“, „#“, „§“ keine namens- und somit auch keine firmenrechtliche Funktion zu (vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 214).

Sonderzeichen sind dann im Handelsregister nicht eintragungsfähig, wenn sie in ihrer Aussprache objektiv mehrdeutig sind (vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 215, sowie MünchKommHGB, 2. Aufl. 2005, § 18 Rdnr. 13). Dies hat jedenfalls so lange zu gelten, als diese Zeichen eine eindeutige Verkehrsgeltung nicht erlangt haben.

Nach der Entscheidung des BayObLG vom 4.4.2001 (NJW 2001, 2337) hatte das @-Zeichen Mitte 2001 eine solche Verkehrsgeltung nicht erreicht. Nach Auffassung der Kammer kann es dabei sein Bewenden nicht haben. Das @-Zeichen wird bei Domain-Bezeichnungen verwendet, wobei sich die Funktion von Domain-Bezeichnungen häufig nicht in der technischen Adressfunktion erschöpft, sondern hat bei entsprechender Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft auch Namensfunktion. Die zunehmende Verbreitung des Zugriffs auf das Internet als Informations- und Kommunikationsmedium, das aus der heutigen Gesellschaft nicht mehr wegzudenken ist, führt nach Ansicht der Kammer dazu, dass das @-Zeichen mittlerweile bei einem ganz erheblichen und weiter zunehmenden Teil der angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr als Bildzeichen, sondern als Wortzeichen mit spezifischer Bedeutung, vergleichbar den schon lange firmenüblichen Zeichen „&“ sowie „+“ aufgenommen wird (vgl. ebenso LG Berlin, GmbHR 2004, 428 = RNotZ 2004, 412). Die Bedeutung von Kennzeichen ist nicht statisch festgeschrieben, sondern kann einem Verständniswandel unterliegen.

Angesichts der rasanten Entwicklung des Internets und dem damit einhergehenden allgemeinen Gebrauch der elektronischen Kommunikation per E-Mail, deren Adresse zur Bezeichnung der Domain jeweils das Zeichen @ enthält, ist dieses Sonderzeichen (englisch gesprochenes „at“) im Jahre 2009, mehr als sieben Jahre nach der Entscheidung des BayObLG vom April 2001, im täglichen Sprachgebrauch der Bevölkerung so verbreitet, dass heute eine eindeutige Verkehrsgeltung anzunehmen ist.

Soweit die Benutzung des @-Zeichens als solches beabsichtigt ist, handelt es sich somit, wie die allgemein anerkannten

„&“ und „+“, um ein den Verkehrskreisen bekanntes aussprechbares Sonderzeichen, also kein Bildzeichen, sondern ein wortersetzendes Zeichen wie die Silbe „at“ (vgl. MünchKommHGB, § 18 Rdnr. 13). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn lediglich eine modische Schreibweise des Buchstabens „a“ beabsichtigt wäre, dann würde die Eintragung daran scheitern, dass bei Firmen kein Anspruch auf eine bestimmte Schreibweise besteht.

Im vorliegenden Falle ist erkennbar aber nicht gewollt, dass es sich um eine modische Schreibweise des Buchstabens „a“ handeln sollte, sondern erkennbar ist, dass das @-Zeichen in seiner Bedeutung als „at“ verwendet werden soll.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. InsO §§ 49, 89 Abs. 1; ZVG §§ 10 Abs. 1, 155 (*Aus Insolvenzmasse freigegebener Gegenstand unterliegt Vollstreckungsverbot*)

Gibt ein Insolvenzverwalter oder Treuhänder einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand aus der Insolvenzmasse frei, unterliegt dieser als sonstiges Vermögen des Schuldners dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO.

BGH, Beschluss vom 12.2.2009, IX ZB 112/06

Die Beteiligte zu 2 ist Miteigentümerin eines Grundstücks, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Tiefgaragestellplatz. Über ihr Vermögen wurde am 8.3.2005 das (Verbraucher-) Insolvenzverfahren eröffnet. Der im Insolvenzverfahren ernannte Treuhänder erklärte mit Schreiben vom 11.7.2005 gegenüber der Beteiligten zu 2 die Freigabe der Wohnungseigentumsrechte aus der Insolvenzmasse. Die Beteiligte zu 1 ist Verwalterin der Eigentümergemeinschaft. Sie beantragte am 17.10.2005 wegen titulierter Hausgeldrückstände aus dem Jahr 2004 die Anordnung der Zwangsverwaltung über das Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2. Der Antrag blieb beim AG – Vollstreckungsgericht – und beim Beschwerdegericht ohne Erfolg. Beide Gerichte stellten sich auf den Standpunkt, dass die Zwangsvollstreckung nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässig sei. Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung lehnte das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in Rpfleger 2006, 430 veröffentlicht ist, ab. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg.

Mit Recht haben die Vorinstanzen entschieden, dass der Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung nach § 89 Abs. 1 InsO unzulässig ist. Nach dieser Norm sind Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig.

1. Die von der Antragstellerin vertretene Wohnungseigentümergemeinschaft ist als Insolvenzgläubigerin (§ 38 InsO) vom Vollstreckungsverbot des § 89 InsO betroffen. Mit ihrem Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung betreibt sie die Vollstreckung eines vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen und titulierten persönlichen Anspruchs. Sie wäre nur dann nicht als Insolvenzgläubigerin zu behandeln, wenn mit dem Antrag ein Absonderungsrecht verwertet werden sollte (MünchKommInsO/Breuer, 2. Aufl., § 89 Rdnr. 21; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 89 Rdnr. 11; HK-InsO/Kayser,

5. Aufl., § 89 Rdnr. 7). So liegt der Fall jedoch nicht. Ein Absonderungsrecht bestand zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Bezug auf die vollstreckten Forderungen nicht.

a) Die Antragstellerin betreibt die Vollstreckung in unbewegliches Vermögen der Schuldnerin. Gemäß § 49 InsO sind Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen zusteht, zur abgesonderten Befriedigung nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung berechtigt. Was ein Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück gewährt, ist den §§ 10 ff., 155 ZVG zu entnehmen (MünchKommInsO/Ganter, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 3). Danach kommen zunächst dingliche Rechte an einem Grundstück i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG in Betracht. Hierzu gehören die Grundpfandrechte und Reallasten (§§ 1105, 1113, 1191, 1199 BGB). Kraft ihres gesetzlichen Inhalts verschaffen diese dinglichen Rechte ihrem Inhaber im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Absonderungsrecht, ohne dass weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Inhaberin eines derartigen dinglichen Rechts ist die Eigentümergemeinschaft nicht.

b) Dem Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung liegen vielmehr rückständige, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordene Hausgeldansprüche (§ 16 Abs. 2, § 28 Abs. 2 und 5 WEG) zugrunde. Dies sind persönliche Forderungen. Auch solche können zu einem Recht auf Befriedigung aus einem Grundstück führen (§§ 155 Abs. 2 Satz 1, 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG), jedoch erst ab dem Zeitpunkt, zu dem das Grundstück zugunsten des Gläubigers im Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren beschlagnahmt wird. Die Tatsache allein, dass ein persönlicher Gläubiger mit seinem Anspruch in die Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG eingeordnet ist, verschafft ihm noch kein Befriedigungsrecht aus dem Grundstück (MünchKommInsO/Ganter, § 49 Rdnr. 76; *Smid/Depré*, InsO, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 17). Ein Absonderungsrecht nach § 49 InsO besteht nur, wenn das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstanden war. Persönliche Gläubiger müssen daher bis zu diesem Zeitpunkt die Beschlagnahme des Grundstücks bewirkt haben, indem sie die Anordnung der Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung selbst erwirkt haben (§§ 20, 146 Abs. 1 ZVG) oder einem laufenden Verfahren beigetreten sind (§§ 27, 151 Abs. 2 ZVG; vgl. MünchKommInsO/Ganter, § 49 Rdnr. 76). Daran fehlt es hier.

c) Ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück kann schließlich auch in den Fällen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZVG bestehen (MünchKommInsO/Ganter, § 49 Rdnr. 47 ff.; *Smid/Depré*, InsO, § 49 Rdnr. 16: Absonderungsrecht aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung; vgl. auch *Prütting* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 49 Rdnr. 14; *FK-InsO/Imberger*, 5. Aufl., § 49 Rdnr. 28–31). Ansprüche der Eigentümergemeinschaft auf Hausgeld fielen nach der bis zum 30.6.2007 geltenden Rechtslage jedoch nicht in diese Rangklassen. Erst seit der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durch Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007 (BGBl I, S. 370) sind Ansprüche auf Hausgeld nach §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 2 und 5 WEG bei der Vollstreckung in ein Wohneigentum nicht mehr der fünften, sondern der zweiten Rangklasse zugewiesen. Damit besteht für solche Ansprüche nunmehr ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück, das im Insolvenzverfahren im Wege der abgesonderten Befriedigung verfolgt werden kann, ohne dass eine Beschlagnahme des Wohnungseigentums vor Insolvenzeröffnung vorausgesetzt wäre (*Hintzen/Alff*, ZInsO 2008, 480, 483 f.). Die neue Rechtslage gilt

jedoch nur für Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren, die ab Inkrafttreten der Neuregelung am 1.7.2007 anhängig werden (§ 62 Abs. 1 WEG). Rückstände von Ansprüchen der zweiten Rangklasse können nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in gewissem Umfang (aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren davor) in einem Zwangsversteigerungsverfahren, gemäß § 155 Abs. 2 Satz 2 ZVG, aber nicht im Zwangsverwaltungsverfahren geltend gemacht werden. Ein Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsverwaltung besteht daher auch nach neuem Recht für die von der Antragstellerin verfolgten Hausgeldrückstände nicht.

2. Das Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 fällt unter das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO. Das Verbot gilt für Zwangsvollstreckungen in die Insolvenzmasse und in das sonstige Vermögen des Schuldners. Nachdem der Treuhänder das Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 freigegeben hat, ist es aus der Insolvenzmasse ausgeschieden und in die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Schuldnerin zurückgelangt (vgl. zur Freigabe BGHZ 35, 180, 181; 148, 252, 258 f.; 163, 32, 34 f.; *Pape*, ZInsO 2008, 465, 470 f.). Es ist damit entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde Teil des sonstigen Vermögens der Schuldnerin i. S. v. § 89 Abs. 1 InsO.

a) Der Wortlaut der Norm schränkt den Begriff des sonstigen Vermögens nicht ein. Freigegebene Gegenstände im Eigentum des Schuldners gehören begrifflich zweifelsfrei zu seinem sonstigen Vermögen.

b) Die Systematik der §§ 35 bis 37 InsO rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Bestimmungen regeln, was zur Insolvenzmasse gehört. Sie beschreiben nicht abschließend, was – da nicht zur Insolvenzmasse gehörend – das sonstige Vermögen des Schuldners bildet. Als auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezogene Regelung sagen sie nichts über die Zuordnung von Gegenständen aus, die wie im Falle der Freigabe zu einem späteren Zeitpunkt aus der Insolvenzmasse ausscheiden.

c) Auch die Entstehungsgeschichte des § 89 Abs. 1 InsO spricht nicht gegen eine Zuordnung freigegebener Gegenstände zum sonstigen Vermögen des Schuldners. Vorläufer von § 89 Abs. 1 InsO war § 14 Abs. 1 KO. Das bereits in dieser Norm enthaltene Verbot der Zwangsvollstreckung einzelner Konkursgläubiger auch in das nicht zur Konkursmasse gehörige, sonstige Vermögen des Schuldners sollte es dem Schuldner ermöglichen, bereits während des Konkursverfahrens eine neue wirtschaftliche Existenz zu begründen (Motive II, S. 51 f.; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 14 Rdnr. 2). Diesem Gesichtspunkt kommt unter der Geltung der Insolvenzordnung, die anders als die Konkursordnung (§ 1 Abs. 1 KO) auch den Neuerwerb der Insolvenzmasse zuordnet (§ 35 Abs. 1 InsO), nur noch eine geringere Bedeutung zu. In Kenntnis dieses Umstands hat der Gesetzgeber das sonstige Vermögen des Schuldners auch in § 89 Abs. 1 InsO für die Dauer des Insolvenzverfahrens dem Zugriff der Insolvenzgläubiger entzogen (Begründung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 137). Das geringere Gewicht des Zwecks, dem Schuldner durch den Schutz des sonstigen Vermögens einen Neuanfang zu ermöglichen, ist angesichts dieses gesetzgeberischen Willens kein Argument dafür, freigegebene Gegenstände vom Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO auszunehmen.

d) Es ist daher in Rechtsprechung und Schrifttum fast einhellige Meinung, dass das Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO auch für vom Insolvenzverwalter oder Treuhänder aus der Insolvenzmasse freigegebene Gegenstände gilt,

weil sie zum sonstigen Vermögen des Schuldners gehören (BGHZ 166, 74, 83; LG Berlin, ZMR 2005, 910; OLG Hamm, Rpfleger 1971, 109 [zu § 14 KO]; *Jaeger/Eckardt*, InsO, § 89 Rdnr. 29 und 7; MünchKommInsO/Breuer, § 89 Rdnr. 18; *HK-InsO/Kayser*, § 89 Rdnr. 16; *Uhlenbruck*, InsO, § 89 Rdnr. 15; *Lüke* in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 89 Rdnr. 14; *Kuleisa* in Hamburger Kommentar zur InsO, 2. Aufl., § 89 Rdnr. 9; *Gerhardt* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 12; *BK-InsO/Blersch/v. Olshausen*, § 89 Rdnr. 12; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 89 Rdnr. 4; a. A. *Schmidberger*, Rpfleger 2006, 431).

e) Die Unzulässigkeit des Antrags auf Anordnung der Zwangsverwaltung führt nicht zu einem für die Wohnungseigentümergeinschaft unzumutbaren Ergebnis. Zum einen fallen etwaige Mieteinkünfte des Schuldners aus der freigegebenen Wohnung als Neuerwerb in die Masse. Zum anderen hat die Gläubigerin die Möglichkeit, sich einen Vollstreckungstitel bezüglich der in §§ 10 Abs. 1 Nr. 2 n. F., 155 Abs. 2 Satz 2 ZVG aufgeführten Hausgeldansprüche zu verschaffen und gestützt auf diesen Titel die Zwangsverwaltung des Wohnungseigentums der Beteiligten zu 2 zu beantragen.

Beurkundungs- und Notarrecht

12. BeurkG §§ 17 Abs. 1, 21 Abs. 1; BNotO § 14 Abs. 1 (*Keine allgemeine Pflicht des Notars zur Einsicht der Grundakten*)

Beim Verkauf einer Eigentumswohnung braucht der Notar ohne besondere Umstände, etwa weil Zweifel am Umfang des Sondereigentums bestehen, nicht in die Grundakten Einsicht zu nehmen, selbst wenn in dem von ihm einzusehenden Wohnungsgrundbuch auf die in den Grundakten befindliche Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Es bedarf dann auch keines Hinweises auf die unterbliebene Einsichtnahme oder darauf, dass sich nur mit ihr der Umfang des Sondereigentums ermitteln lasse.

BGH, Urteil vom 4.12.2008, III ZR 51/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger erwarben eine in einem 1983 in eine Wohnungseigentumsanlage umgewandelten Altbau belegene Eigentumswohnung. Der beklagte Notar beurkundete am 13.2.1998 den zugrundeliegenden Kaufvertrag. Der Vertragsgegenstand war wie folgt bezeichnet:

„... eingetragener Eigentümer der Eigentumseinheit Nr. 13, bestehend aus 85,20/1.000 Miteigentumsanteil am Grundstück K. 54, Flur 9, Flurstück 352/2, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 13 bezeichneten Wohnung, verzeichnet im Wohnungsgrundbuch von G., des AG C., Bl. 4673, ist die Erschienenen zu 1 ...“

Im Beurkundungstermin gingen alle Beteiligten davon aus, zu der Wohnung gehöre ein Zimmer im darüber gelegenen Dachgeschoss, welches nur über eine in der Wohnung vorhandene Treppe erreichbar war. Dieses Zimmer stand jedoch im Gemeinschaftseigentum, war also nicht Bestandteil des von den Klägern erworbenen Sondereigentums. Der Beklagte hatte vor dem Beurkundungstermin das Grundbuch eingesehen, nicht aber die Grundakten. Im Beurkundungstermin lagen Unterlagen zum erworbenen Wohnungseigentum wie die Teilungserklärung, die Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen oder eine Gemeinschaftsordnung nicht vor.

Im Februar 2001 erhielten die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft Kenntnis davon, dass der Dachgeschosswohnraum nicht zum Sondereigentum der Kläger gehört. Diesen war es nicht möglich, das Sondernutzungsrecht an diesem Raum zu erlangen.

Die Kläger verlangen vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 74.086,19 €, weil er nicht in die Grundakten Einsicht genommen habe und auch keinen Hinweis darauf gegeben habe, dass er diese, aus denen allein sich der Umfang des Sondereigentums ermitteln lasse, nicht eingesehen habe. Besonderer Anlass zur Einsichtnahme in die Grundakten habe bestanden, weil der Beklagte den Kaufvertragsentwurf nach einem zuvor überreichten Exposé zu fertigen gehabt habe, in dem auch der über der Wohnung befindliche Dachgeschossraum als zur Wohnung gehörend aufgeführt gewesen sei.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen sie ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass eine Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht vorliege, da dieser keine Pflicht zur Einsichtnahme in die Grundakten gehabt habe. Eine solche Pflicht habe sich im vorliegenden Fall weder aus § 21 Abs. 1 BeurkG noch aus § 14 BNotO ergeben. Der Beklagte habe keinen Anlass gehabt, daran zu zweifeln, dass die Angaben der Parteien zum Bestand der Wohnung denjenigen in der Teilungserklärung bzw. dem dazu gehörigen Aufteilungsplan zur Abgeschlossenheitsbescheinigung entsprochen hätten. Eine Pflicht darauf hinzuweisen, dass er die Grundakten nicht eingesehen habe und dass sich der Umfang des Sondereigentums nur durch eine Einsichtnahme in die Grundakten ermitteln lasse, bestehe ebenfalls nicht.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung stand. Den Klägern steht kein Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO gegen den Beklagten zu. Es liegt keine Amtspflichtverletzung des Beklagten vor.

1. Der Beklagte war nicht verpflichtet, die Grundakten einzusehen und den Inhalt der Teilungserklärung bzw. des Aufteilungsplans und der Abgeschlossenheitsbescheinigung mit dem Inhalt des ihm nach dem – revisionsrechtlich zugrundezulegenden – Vortrag der Kläger überreichten Exposés über die Wohnung abzugleichen.

a) Eine Pflicht zur Einsichtnahme in die Grundakten ergab sich nicht aus § 21 Abs. 1 BeurkG. Danach soll sich der Notar bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, über den Grundbuchinhalt unterrichten. Ansonsten soll er nur beurkunden, wenn die Beteiligten trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren auf eier sofortigen Beurkundung bestehen.

aa) Eine generelle Pflicht zur Einsichtnahme der Grundakten folgt aus dieser Vorschrift nicht (BGH, DNotZ 1953, 492, 495 f.; NJW-RR 2004, 1071, 1072 = MittBayNot 2004, 294; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 21 Rdnr. 20 ff.). Zweck der Vorschrift ist, dass der Notar seinen Belehrungspflichten nachkommen kann und keine Urkunden erstellt werden, die nicht vollziehbar sind (BT-Drucks. V/3282, S. 33). Die nach der Vorschrift vorzunehmende Grundbucheinsicht erstreckt sich aber dann auf den Inhalt der Grundakten, wenn die Grundbucheintragung auf dortige Vorgänge Bezug nimmt, die für das zu beurkundende Geschäft von Bedeutung sind (vgl. §§ 874, 1115 Abs. 1 BGB; BGH, DNotZ 1953, 492, 495 f.; NJW-RR 2005, 315 = MittBayNot 2005, 245; RG, HRR 1934 Nr. 805; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 884; *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 6).

Die oben genannten Grundsätze könnten den Schluss nahe legen, dass im Falle der Bezugnahme in der Grundbucheintragung auf die Eintragungsbewilligung nach § 7 Abs. 3 WEG beim Verkauf einer Eigentumswohnung auch eine Einsichtnahme in die Grundakten erforderlich sei, weil sich der konkrete Inhalt des Sondereigentums nur daraus ergibt. Jedoch begrenzen hier zu berücksichtigende Besonderheiten diese Pflicht in der Weise, dass eine Einsichtnahme in die Grundakten nur bei Vorliegen besonderer Umstände notwendig ist, etwa weil Zweifel am Umfang des Sondereigentums bestehen.

Der Gesetzgeber hat Rücksicht darauf genommen, dass insbesondere bei größeren Wohnungseigentumsanlagen die Eintragungsbewilligung mit der Teilungserklärung, der Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung einen erheblichen Umfang haben können. Nach § 7 Abs. 3 WEG, § 3 Abs. 2 Wohnungsgrundbuchverfügung darf deshalb die Grundbucheintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen. Nach § 10 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 Abs. 3 GBV kann zusätzlich hinsichtlich der zu der Grundakte zu nehmenden Schriftstücke auf eine andere Grundakte desselben AG verwiesen werden. Deshalb wird bei Wohnungseigentumsanlagen die Eintragungsbewilligung mit den dazugehörigen Unterlagen regelmäßig nur zu den Grundakten des ersten Wohnungsgrundbuchs der Anlage genommen und hierauf in den Grundakten der übrigen Wohnungsgrundbücher verwiesen (*Staudinger/Rapp*, BGB, 2005, § 7 WEG Rdnr. 16). Die Einsichtnahme in die Grundakte würde deshalb allenfalls beim Verkauf der ersten Wohnung der Anlage auch die Einsichtnahme in die Eintragungsbewilligung mit den dazu gehörigen Unterlagen ermöglichen. Sonst müsste der Notar nicht nur in die Grundakte des Wohnungsgrundbuchs der verkauften, sondern auch in die der ersten Wohnung der Anlage Einsicht nehmen.

Hinzu tritt, dass die Eintragungsbewilligung mit den dazu gehörigen Unterlagen regelmäßig nicht ohne größeren Aufwand zu erfassen ist. Die Einsichtnahme würde wegen deren Schwierigkeitsgrades kaum auf einen Mitarbeiter delegiert werden können. Dies in allen Fällen des Verkaufs einer Eigentumswohnung zu verlangen, ohne einen konkreten Anlass dafür zu haben, stellt sich als unverhältnismäßig dar.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich regelmäßig die tatsächliche Nutzung der Räume in der Wohnungseigentumsanlage durch den jeweiligen Eigentümer auch mit dem ihm zugewiesenen Sondereigentum deckt. Die Gefahr einer Fehlvorstellung über den Umfang des verkauften Wohnungseigentums, die im entgegengesetzten Fall einer Abweichung der tatsächlichen Nutzung von der Eintragung im Grundbuch infolge einer Besichtigung der Wohnung beim Käufer entstehen kann, ist dementsprechend als gering einzustufen und rechtfertigt es nicht, generell und ohne konkreten Anlass eine Einsichtnahme in die Grundakten des Wohnungsgrundbuchs der verkauften Eigentumswohnung und der ersten Wohnung der Anlage durch den Notar zu verlangen.

bb) Im vorliegenden Fall bestand kein Anlass für den Beklagten, Einsicht in die Grundakten zu nehmen. Er hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes keinen Grund anzunehmen, dass die tatsächliche Nutzung der Eigentumswohnung durch die Verkäufer über das ihnen zugewiesene Sondereigentum hinausging und insofern eine Fehlvorstellung bei den Klägern über den Kaufgegenstand vorlag. Ohne Anhaltspunkt hierfür und ohne Einzelauftrag konnte vom Beklagten nicht verlangt werden, dass er das ihm vorgelegte Exposé auf dessen Übereinstimmung mit der Eintragungsbewilligung überprüfte. Der Verkauf der Eigentumswohnung im eingetragenen Umfang konnte ohne Einsichtnahme erfolgen.

b) Eine Pflicht zur Einsichtnahme in die Grundakte ergab sich auch nicht aus einer erweiterten Belehrungspflicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Eine solche Pflicht setzt voraus, dass für den Notar erkennbar eine Gefahrenlage für die Urkundsbeteiligten besteht (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH, NJW 2008, 1085 m. w. N. = DNotZ 2008, 370). Danach kann die Pflicht zur Einsichtnahme in weitere Unterlagen erforderlich sein, wenn z. B. beim Verkauf einer nicht vermessenen Teilfläche noch nicht sicher ist, ob das verkaufte Grundstück mit der angegebenen Flurstücknummer entsteht (BGH, Beschluss vom 26.11.1998, IX ZR 231/97, BGHR BNotO § 14 Abs. 1 Identitätsprüfung 1), oder erkennbar ist, dass dem beurkundeten Geschäft zeitlich vorgehende Eintragungsanträge entgegenstehen können (BGH, DNotZ 1967, 496, 497).

Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichtes hatte der Beklagte keinen Anlass, daran zu zweifeln, ob hier der Umfang des Sondereigentums und die tatsächliche Nutzung voneinander abwichen. Ein solcher Anlass ergab sich auch nicht aus dem Umstand, dass 1984 der Inhalt des Sondereigentums geändert wurde. Dies lag so lange zurück, dass es ebenfalls keinen Grund gab anzunehmen, der tatsächliche Gebrauch weiche von dem im Grundbuch eingetragenen Umfang des Sondereigentums ab.

c) Auch aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ließ sich keine Pflicht zur Einsichtnahme herleiten, wonach der Notar den Sachverhalt zu klären hat. Der Notar darf sich dabei regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Urkundsbeteiligten verlassen. Deshalb braucht der Notar die Wohnungsgröße ohne weiteren konkreten Anlass nicht aus den in den Grundakten befindlichen Urkunden zu ermitteln (vgl. BGH, NJW-RR 1999, 1214, 1215). Da im vorliegenden Fall beide Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren, der im Dachgeschoss gelegene Raum gehöre zur Wohnung, musste der Beklagte dies nicht ohne Anlass hinterfragen und auf die Übereinstimmung mit den Unterlagen in den Grundakten überprüfen. Anhaltspunkte für die übereinstimmende Fehlvorstellung der Beteiligten hatte der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht.

2. Eine Amtspflichtverletzung liegt auch nicht in der unterlassenen Belehrung der Urkundsbeteiligten, dass der Beklagte allein durch die Einsichtnahme in das Wohnungsgrundbuch den Umfang des Sondereigentums nicht ermitteln könne und sich dieser nur aus den Grundakten ergibt, die er nicht eingesehen habe.

a) Eine Pflicht zur Belehrung in der von den Klägern gewünschten Weise ergibt sich nicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG. Danach soll der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden werden.

aa) Zur rechtlichen Tragweite gehören die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die außerhalb der Beurkundung erforderlichen weiteren Voraussetzungen zur Erreichung der mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen, die unmittelbaren Rechtsfolgen und etwaige Hindernisse beim Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts. Damit soll gewährleistet werden, dass die zu errichtende Urkunde den Willen der Beteiligten vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt. Demzufolge hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung ihrer Erklärungen sowie die Voraussetzungen für den Eintritt der bezweckten Rechtsfolge in dem Umfang zu belehren, wie es zur Errichtung einer dem wahren Willen entsprechenden rechtsgültigen Urkunde erforderlich ist (BGH, NJW 2005, 3495 = Mitt-

BayNot 2005, 514 = DNotZ 2005, 847; NJW 1996, 522, 523 m. w. N. = DNotZ 1996, 568) Der Notar ist aber nicht gehalten, eine schematische Belehrung vorzunehmen und ohne Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten sämtliche in dem Vertrag enthaltenen Klauseln eingehend zu erläutern. Eine solche Handhabung könnte nicht nur die notarielle Verhandlung überfrachten, sondern die Aufmerksamkeit der Beteiligten von den wesentlichen Punkten ablenken (BGH, NJW 2005, 3495 m. w. N. = MittBayNot 2005, 514 = DNotZ 2005, 847).

bb) Hiervon ausgehend hält die Annahme des Berufungsgerichtes, dass keine Hinweispflicht in der von den Klägern gewünschten Weise bestand, der rechtlichen Überprüfung stand. Der Wille der Beteiligten, die streitgegenständliche Wohnung zu verkaufen, ist in der Urkunde des Beklagten richtig wiedergegeben worden. Der Kaufvertrag konnte auch vollzogen werden. Fehl gingen die gemeinsamen Vorstellungen der Beteiligten nur über den Umfang des Wohnungseigentums. Im notariellen Vertrag genügt zur Bezeichnung der Wohnung die Angabe des betreffenden Wohnungsgrundbuches (BGHZ 125, 235). Die Ausgestaltung der Wohnung, wie sie sich aus den in den Grundakten befindlichen Unterlagen ergibt, gehört dementsprechend auch nicht zwingend zum Inhalt der auf den Verkauf bzw. den Eigentumsübergang gerichteten Willenserklärung (vgl. *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 444) und damit nicht ohne weiteres zur rechtlichen Tragweite des Geschäfts (vgl. *Reithmann*, MittBayNot 2005, 207, 208). Dies gilt erst recht für den von den Klägern gewünschten Hinweis, dass sich der Umfang des eingetragenen Sondereigentums nur aus den Grundakten ersehen lasse.

Dass die Teilungserklärung, der Aufteilungsplan und die Gemeinschaftsordnung für den Umfang der hier verkauften Rechte an der Wohnung von Bedeutung sind, ergibt sich bereits unmittelbar aus der Bezugnahme auf diese Unterlagen im Kaufvertrag (§ 1 Nr. 1, § 4 a Nr. 1). Die Kläger erwarten der Sache nach einen Hinweis auf ein Risiko, für dessen Eintritt keine Anhaltspunkte vorlagen und das insbesondere aufgrund der bereits seit langem bestehenden Nutzung der Wohnung auch als unwahrscheinlich einzustufen war. Es war deshalb im hier vorliegenden Fall nicht pflichtwidrig, keinen Hinweis zu geben, dass sich der Umfang des eingetragenen Sondereigentums nur aus einer hier unterbliebenen Einsichtnahme in die Grundakten ermitteln lasse.

b) Eine Pflichtverletzung wegen des unterlassenen Hinweises aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO scheidet aus bereits genannten Gründen aus. Eine Pflicht zur betreuenden Belehrung setzt die Erkennbarkeit einer Gefährdungslage voraus, woran es hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes fehlt.

Anmerkung:

1. (Systematische) Grundlagen

Der BGH trennt im vorstehenden Urteil stringent die Pflicht des Notars, die Grundakten einzusehen, von der Pflicht zur Erteilung eines Hinweises auf die unterbliebene Einsichtnahme. Verfahrens- und berufsrechtlich befindet man sich bei beiden Pflichten bei der Vorschrift des § 17 Abs. 1 BeurkG, ggf. zusätzlich bei der Vorschrift des § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Die Pflicht des Notars, sich über den Grundbuchinhalt zu unterrichten, wenn er Geschäfte, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, beurkundet oder entwirft, ist in § 21 Abs. 1 BeurkG niedergelegt. Diese Vorschrift umfasst als *lex specialis* zu § 17 Abs. 1 BeurkG aber (lediglich) die Einsicht in das aktuelle Grundbuchblatt vom

Bestandsverzeichnis bis zur Abteilung III. Sie gibt dem Notar bei Grundstücksgeschäften auf, sich durch *eigene Ermittlungen* diejenigen Grundbuchinformationen zu beschaffen, die für die *rechtlich erfolgreiche Durchführung* des von den Beteiligten gewünschten Geschäfts erforderlich sind. Die Beschränkung der notariellen Pflichtenbindung bei der Grundbucheinsicht betont der BGH bereits im Jahr 1953 und stellt fest, dass

- sich der Notar nicht in allen Einzelheiten über den Grundbuchinhalt unterrichten muss, und
- die Folgen, die sich für die Beteiligten aus dem Grundbuchstand ergeben, nicht Gegenstand der ihm obliegenden Feststellungen und Aufklärungen sind, so dass er auch nicht verpflichtet sein kann, auf sie besonders aufmerksam zu machen.¹

Aus der Pflicht zur Einsichtnahme in das Grundbuch(blatt) nach § 21 Abs. 1 BeurkG kann demnach keine Pflicht zur Einsichtnahme in die Grundakten deduziert werden. Diese Auffassung entspricht der allgemeinen Meinung im Schrifttum² und der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung³; sie wird ferner dem Charakter des § 21 Abs. 1 BeurkG als Spezialregelung zu § 17 Abs. 1 BeurkG, die aktive Nachforschungen verlangt, gerecht.

2. Konkrete Anlassbezogenheit der Grundakteneinsicht

Eine Verpflichtung des Notars zur Einsicht in die Grundakten ist indes anzunehmen, wenn ein Beteiligter die Einsicht beantragt („gefragt“) und ausnahmsweise auch ungefragt, wenn aufgrund konkreter Umstände mit unerledigten Anträgen oder schädlichen Voreintragungen zu rechnen ist („konkreter Anlass“).⁴ Diese, eine aktive Nachforschung verlangende Pflicht ist, obige Ausführungen vergegenwärtigt, direkt aus § 17 Abs. 1 BeurkG, bei Abstellen auf die erweiterte Betreuung- oder die Warnpflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, abzuleiten.

Eine Pflicht zur Einsichtnahme der Grundakten wird von der Kommentarliteratur unter Bezugnahme auf zwei Judikate des RG und des BGH jedoch auch in dem Fall angenommen, in dem die Grundbucheintragung auf Vorgänge Bezug nimmt (§ 874 BGB, § 7 Abs. 3 WEG), die für das zu beurkundende Geschäft von rechtlicher Bedeutung sind.⁵ Die Ausführungen dieser Judikate werden hierbei in ihrer Allgemeinheit, ohne weitere Konkretisierung und insbesondere ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles – daher nahezu unreflektiert – übernommen.⁶ Es ist selbstverständlich, dass der sich

¹ DNotZ 1953, 492, 495.

² *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, 2. Aufl., § 21 BeurkG Rdnr. 3; *Preuß* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DONot, 5. Aufl., § 21 BeurkG Rdnr. 7; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2005, S. 463; *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 884.

³ BGH, Beschluss vom 26.11.1998, IX ZR 232/97 (n. v.); OLG Köln, MittRhNotK 1985, 23.

⁴ OLG Frankfurt, DNotZ 1985, 244, 245; OLG Köln, DNotZ 1989, 454, 455 f.; LG München, MittBayNot 1978, 424; *Preuß* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DONot, § 21 BeurkG Rdnr. 7; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 21 Rdnr. 21.

⁵ *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 21 BeurkG Rdnr. 3; *Preuß* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DONot, § 21 BeurkG Rdnr. 7; *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 884; *Winkler*, BeurkG, § 21 Rdnr. 22; *Albrecht* in Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 437.

⁶ Zur Kritik bereits *Regler*, MittBayNot 2008, 199.

bei den Grundakten befindlichen Eintragungsbewilligung stets maßgebliche Bedeutung für den Inhalt der Grundbucheintragung zukommt, für den Inhalt und Umfang von Dienstbarkeiten ebenso wie für Sondereigentum. Die Grundbucheintragung erhält ihre rechtliche Gestalt erst durch die Urkunde, auf die Bezug genommen wird. Eine (irgendwie geartete) rechtliche Bedeutung für das zu beurkundende Geschäft dürfte sich nur in den seltensten Fällen verneinen lassen. Die Annahme einer Pflicht des Notars, bei Bezugnahmen gemäß § 874 BGB, § 7 Abs. 3 WEG und möglicher Bedeutsamkeit der verlaublichen Eintragungen die Grundakte einzusehen, würde jedoch das bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis von Grundbuch- und Grundakteneinsicht konterkarieren. Sie würde auch der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gerecht. Insofern ist die nunmehrige Klarstellung durch den BGH zu begrüßen.

Der BGH stellt zutreffend heraus, dass der Notar auch bei der vorstehenden Fallgruppe nur bei Vorliegen besonderer Umstände die Grundakten einzusehen hat, etwa weil Zweifel am Umfang des Sondereigentums bestehen. Die Pflicht zur Einsichtnahme der Grundakten wird demnach nur bei konkretem Anlass ausgelöst.⁷ Die Argumentation des BGH zeichnet sich maßgeblich durch rechtstatsächliche Erwägungen aus und nimmt auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und der notariellen Praxis Rücksicht:

- Bei größeren Wohnungseigentumsanlagen können Teilungserklärung, Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung einen erheblichen Umfang haben, wobei der Notar regelmäßig nicht lediglich in die Grundakten der veräußerten Wohnung, sondern auch in die der ersten Wohnung Einsicht nehmen müsste (§ 10 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 Abs. 3 GBV).
- Die Eintragungsbewilligung ist regelmäßig nicht ohne besonderen Sachverstand zu erfassen, so dass eine Delegation der Einsicht auf Mitarbeiter unzureichend sein kann.
- In der Regel ist davon auszugehen, dass sich die tatsächliche Nutzung der Räume durch den jeweiligen Eigentümer mit dem ihm zugewiesenen Sondereigentum deckt.

Der für die Bejahung einer Pflicht zur Einsichtnahme erforderliche konkrete Anlass lässt sich nicht generell aus dem Pflichtenkatalog des § 17 Abs. 1 BeurkG ableiten, da der Notar auf die Angaben der Beteiligten angewiesen ist und sich regelmäßig auf diese verlassen darf.⁸ Die Voraussetzungen der erweiterten Pflichtenbindung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO), beispielsweise bei erkennbaren zeitlich vorgehenden Eintragungsanträgen, waren im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Dem ist nicht viel hinzuzufügen: Für den Inhalt der Pflichten gemäß §§ 21 Abs. 1, 17 Abs. 1 BeurkG ist die Bedeutung des Sachverhalts für die rechtliche Durchführbarkeit des von den Beteiligten gewünschten Rechtsgeschäfts entscheidend. Demgegenüber liegen die Auswahl des Kaufgegenstandes und seiner wesentlichen Eigenschaften rechtlicher und wirtschaftlicher Art in der Verantwortung des Käufers.⁹ Diesbezüglich obliegt dem Notar keine allgemeine Nachforschungspflicht. Vielmehr endet die dem Notar gemäß § 21 Abs. 1 BeurkG auferlegte Unterrichtungspflicht grundsätzlich mit der Einsicht in das aktuelle Grundbuchblatt, wodurch für den Käufer entweder hinreichende Klarheit über den Kaufgegenstand geschaffen oder ihm die Möglichkeit gegeben wird, auf

der Grundlage des aktuellen Grundbuchstandes weitere Ermittlungen anzustellen oder – durch den Notar¹⁰ – anstellen zu lassen. Eine ungefragte Ermittlungspflicht in Bezug auf die Grundakten überspannt nicht nur die Anforderungen an den Notar, sondern auch an die Beschäftigten der Grundbuchämter. Die Existenz des automatisierten Grundbuchabrufverfahrens wäre bei einem solchen Pflichtenumfang gefährdet; die effektive und zügige Abwicklung von Grundstückstransaktionen könnte Schaden nehmen. Auch bei Bezugnahmen von Grundbucheintragungen nach § 874 BGB, § 7 Abs. 3 WEG besteht eine notarielle Pflicht zur Einsichtnahme in die Grundakten nur bei einem konkreten Anlass. Ohne einen solchen ist der Notar nicht zu Nachforschungen in den Grundakten gehalten.

3. Hinweis- und Belehrungspflicht

Dieses Ergebnis wird flankiert durch die Ausführungen des BGH zur Belehrungs- und Hinweispflicht des Notars in Bezug auf den Inhalt der Grundakten. Angesichts der vorstehend geschilderten Pflichtenbindung ist der Notar nicht verpflichtet, (standardmäßig) darauf hinzuweisen, dass er die Grundakten vor der Beurkundung nicht eingesehen habe. Von der geschuldeten Belehrung über die rechtliche Tragweite und Durchführbarkeit ist wiederum die nicht geschuldete Belehrung über die wesentlichen Eigenschaften des Kaufgegenstandes, im vorliegenden Fall über den konkreten Umfang des Sondereigentums, zu unterscheiden. In ständiger Rechtsprechung¹¹ stellt der BGH zudem fest, dass der Notar nicht gehalten ist, ohne Rücksicht auf die konkret schutzwürdigen Interessen der Beteiligten schematisch zu belehren.

4. Elektronische Grundakte?

Das vom Bundestag am 18.6.2009 beschlossene Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)¹² sieht in §§ 94 ff. GBV vor, dass die Grundakte vollständig oder teilweise elektronisch geführt werden kann. Hierüber soll das jeweilige Grundbuchamt nach pflichtgemäßer Ermessensausübung zu entscheiden haben, sofern nicht die Landesregierung oder die von ihr ermächtigte Landesjustizverwaltung eine bestimmte Verfahrensweise durch Rechtsverordnung vorschreibt (§ 96 GBV). Technisch wird die Einsichtnahme in eingescannte und zur Auskunftserteilung eingestellte Bilddateien dann vergleichsweise einfach möglich sein. Eine Überlastung der bei den Grundbuchämtern Beschäftigten stünde nicht mehr zu befürchten. Die übrigen, in vorstehender Ziffer 2. dargelegten Argumente bestehen jedoch in gleicher Weise im Falle der elektronischen Grundaktenführung. Daher ist auch bei der elektronischen Grundakte eine notarielle Nachforschungspflicht ohne Anlass zu verneinen. Eine technisch einfache Einsichtnahme lässt allerdings erwarten, dass die Beteiligten den Notar in stärkerem Maß damit beauftragen, eine Einsicht in die Grundakten vorzunehmen. Hieraus kann ggf. eine gute Praxis, nicht aber eine Amtspflicht entstehen.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

⁷ Das OLG Celle, DNotZ 1965, 571, 573, spricht von „begründetem Anlass“.

⁸ BGH, NJW 1996, 520; NJW-RR 1999, 1214.

⁹ Hierzu auch Reithmann, MittBayNot 2005, 207.

¹⁰ Winkler, JR 1985, 375, spricht vom „Zusammenwirken des Notars mit den Beteiligten“.

¹¹ Vgl. nur BGH, JR 1985, 374, 375; WM 1992, 1662, 1665; DNotZ 1995, 407, 408 f. m. w. N.; NJW 1996, 522, 523.

¹² Die Neuregelungen zum elektronischen Rechtsverkehr und zur elektronischen Akte im Grundbuchverfahren treten am ersten Tag des zweiten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft.

Kostenrecht

13. KostO § 30 Abs. 2 (*Geschäftswert Verwalterbestellung*)

Der Geschäftswert für die Beglaubigung der Unterschriften unter einen Beschluss über die Bestellung eines Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft ist nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen.

Bei der Ermessensentscheidung, ob von dem Regelwert abzuweichen ist, sind die Umstände des Einzelfalls, darunter insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für die Beteiligten, zu berücksichtigen.

BGH, Beschluss vom 23.10.2008, V ZB 89/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kostenschuldnerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, beschloss in ihrer Eigentümerversammlung vom 24.5.2006, die amtierende Verwalterin für weitere fünf Jahre zu bestellen. In ihrem Auftrag beglaubigte der Kostengläubiger nacheinander die auf der Versammlungsniederschrift vollzogenen Unterschriften des Vorsitzenden der Versammlung, des Vertreters des Verwaltungsbeirats und der Wohnungseigentümerin H. K. Für die Beglaubigungen stellte er je eine ^{2,5}/₁₀-Gebühr aus einem Geschäftswert von 255.052,98 € in Rechnung. Dieser Betrag entspricht einem Zehntel des Gesamtwerts der Wohnanlage, den der Kostengläubiger anhand der Gesamtwohnfläche und der Angaben von H. K. über den Quadratmeterpreis ihrer Wohnung errechnet hatte. In seiner Kostenberechnung vom 14.8.2006 sind die Vorschriften der §§ 32, 45 Abs. 1 KostO zitiert. Die Angabe des Geschäftswerts ist mit dem Zusatz „10 %“ versehen. Unter einem der drei Beglaubigungsvermerke wird sie außerdem wie folgt erläutert: „941,85 € x 2 708 qm = 2.550.529,80 €“.

Mit ihrer Beschwerde hat die Kostenschuldnerin die Höhe des Geschäftswerts beanstandet und die Ansicht vertreten, die Bestellung des Verwalters sei nach dem jährlichen Verwalterhonorar zu bewerten. Das LG hat den Regelwert von 3.000 € (§ 30 Abs. 2 Satz 1 KostO) angenommen und die Kostenberechnung entsprechend herabgesetzt. Hiergegen richtet sich die von dem LG zugelassene weitere Beschwerde des Kostengläubigers, der das KG stattgeben möchte. Es sieht sich daran jedoch durch den Beschluss des OLG Stuttgart vom 6.5.1988 (Grundeigentum 1988, 769) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Gericht und das OLG Stuttgart sind unterschiedlicher Auffassung darüber, wie der Geschäftswert des Beschlusses einer Wohnungseigentümergeinschaft über die Bestellung des Verwalters zu bestimmen ist. Das vorlegende Gericht vertritt die Ansicht, der Wert der Wohnanlage sei geeignet, eine Abweichung von dem Regelwert nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO zu begründen. Demgegenüber hält das OLG Stuttgart (Grundeigentum 1988, 769) die Berücksichtigung dieses wirtschaftlichen Anhaltspunktes für unzulässig. Das rechtfertigt die Vorlage. Denn die auf weitere Beschwerde ergangene Vergleichsentscheidung des OLG Stuttgart beruht auf der abweichenden Beurteilung der streitigen Rechtsfrage. Dass sie vor der Einföhrung des Vorlageverfahrens bei der Notarkostenbeschwerde ergangen ist, steht der Vorlage nicht entgegen (vgl. nur BGHZ 164, 355, 357 und zuletzt BGH, NJW 2008, 2192 = MittBayNot 2008, 409 = DNotZ 2008, 796, jeweils m. w. N.). An die Auffassung des vorlegenden Gerichts, dass die Rechtsfrage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde erheblich sei, ist der Senat – soweit es um die Statthaftigkeit der Vorlage geht – gebunden (vgl. BGHZ 164, 355, 357 und BGH, NJW 2008, 2192 = MittBayNot 2008, 409 = DNotZ 2008, 796, jeweils m. w. N.).

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 KostO). Sie hat auch in der Sache Erfolg. Denn die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf einer ermessensfehlerhaften Bestimmung des Geschäftswerts und damit auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

1. Das Beschwerdegericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der Geschäftswert für die Beglaubigung des Beschlusses über die Bestellung des Verwalters nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen ist. Das folgt unmittelbar aus den Vorschriften der Kostenordnung und ist heute nicht mehr umstritten (vgl. nur OLG Braunschweig, OLG 2007, 577, 578; OLG Düsseldorf, JurBüro 1992, 551; OLG Hamm, JurBüro 1983, 1554, 1556; OLG Stuttgart, Grundeigentum 1988, 769; AG Freiburg, Rpfleger 1985, 378; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 5 a; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 29 Rdnr. 4, 7; *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 30 Rdnr. 88; *Becker/Filzek*, KostO, 3. Aufl., § 30 Rdnr. 4; *Staudinger/Bub*, BGB, 2005, § 26 WEG Rdnr. 527; *Merle* in *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., § 26 Rdnr. 267; *Bund*, JurBüro 2003, 578; *Grziwotz*, MietRB 2007, 293; *Lappe*, NJW 1989, 3254, 3259; *ders.*, KostRsp. KostO § 30 Nr. 68; *Mümmeler*, JurBüro 1981, 837, 840; 1985, 1147, 1150; *Tiedtke*, ZNotP 2007, 360; *ders.*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Aufl., Rdnr. 1096; a. A. [§ 30 Abs. 1 KostO] noch LG Heilbronn, BWNotZ 1983, 174 und Notarkasse A. d. ö. R., MittBayNot 1977, 173, 176).

a) Gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 KostO ist die Beglaubigung einer Unterschrift ebenso zu bewerten wie die Beurkundung der unterzeichneten Erklärung. Für Beschlüsse von Gesellschaften und anderen Vereinigungen (§ 47 KostO), die – wie die Wohnungseigentümergeinschaft – nicht unter die Sonderregelung des § 41 c Abs. 1 KostO fallen, gilt daher § 29 Satz 1 KostO. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach § 30 Abs. 2 KostO, es sei denn, dass der Gegenstand des Beschlusses einen bestimmten Geldwert hat.

b) Letzteres setzt – wie in § 41 c Abs. 1 KostO und § 27 Abs. 1 KostO a. F. – voraus, dass sich der für die Bewertung maßgebende Betrag ohne weiteres aus dem Inhalt des Beschlusses und den ihn betreffenden Unterlagen ersehen oder zumindest errechnen lässt; ein durch Schätzung ermittelter Wert genügt hingegen nicht (h. M.; vgl. vor allem OLG Braunschweig, OLG 2007, 577, 578; OLG Düsseldorf, JurBüro 1992, 551; OLG Hamm, JurBüro 1983, 1554, 1556 und OLG Stuttgart, Grundeigentum 1988, 769; aber auch BayObLGZ 1960, 1, 5 f.; 1979, 223, 224 f.; 1990, 133, 137 f., 138 f.; OLG Celle, MittBayNot, 2007, 246, 247; OLG Hamm, DNotZ 1994, 126, 128; OLG Karlsruhe, BWNotZ 1995, 69, 70; OLG München, ZNotP 2006, 359; OLG Zweibrücken, DNotZ 1972, 119 f.; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 41 c Rdnr. 13; *Reuter*, BB 1989, 714, 715 f.; a. A. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 41 c Rdnr. 25, 30 [vgl. aber auch Rdnr. 52]; *Heckschen*, DB 1989, 29, 31; *Janke*, MittRhNotK 1989, 77, 78; *Lappe*, NJW 1989, 3254, 3258 f.; *Mümmeler*, JurBüro 1989, 1231, 1233 f.; *Schmidt*, BB 1989, 1290 f.). Denn § 30 Abs. 1 KostO lässt eine Schätzung nur zu, wenn der Wert sich aus den Vorschriften der Kostenordnung nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht, wenn er also unbestimmt ist und darum einer Bestimmung nach freiem Ermessen bedarf (vgl. BGHZ 165, 125, 131 und 132 f.). Für diesen Fall verweist § 29 Satz 1 KostO aber unmittelbar auf den zweiten Absatz von § 30 KostO und schließt damit die Anwendung des ersten Absatzes aus.

c) Gemessen daran hat der Beschluss über die Bestellung des Verwalters nach § 26 WEG keinen bestimmten Geldwert. Er ist auf die unmittelbare Begründung wohnungseigentums-

rechtlicher Befugnisse und Pflichten gerichtet und konstitutiver Bestandteil des zweistufigen Aktes, mit dem der Verwalter sein Amt erhält (BGHZ 152, 46, 58 m. w. N.). Der Wert dieses Gegenstands lässt sich nicht ohne weiteres in Geld beziffern. Er kann auch nicht nach §§ 25 Abs. 2, 39 Abs. 2 KostO aus der Vergütung des Verwalters errechnet werden. Denn der Verwaltervertrag, in dem die Vergütung geregelt ist, hat einen anderen Gegenstand. Er dient dazu, die Rechtsposition des Verwalters im Verhältnis zu den Wohnungseigentümern auszugestalten, und ist deshalb streng von dem Akt der Bestellung zu trennen (vgl. nur BGHZ 152, 46, 58 und *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 132 m. w. N.). Dessen Wert wird also nicht durch die Verwaltervergütung bestimmt. Er könnte zwar nach deren Höhe geschätzt werden, eine solche Schätzung führte aber gerade nicht zu einem bestimmten Geldwert i. S. v. § 29 Satz 1 KostO. Dass der Geschäftswert einer wohnungseigentumsrechtlichen Streitigkeit über die Bestellung des Verwalters, die nach dem bis zum 30.6.2006 geltenden Recht in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden war, grundsätzlich nach der Verwaltervergütung bemessen wurde (vgl. nur BGH, FGPrax 2003, 13, 18 – insoweit nicht in BGHZ 152, 46 abgedruckt – und *Staudinger/Wenzel*, § 49 WEG Rdnr. 22; jeweils m. w. N.), steht dem nicht entgegen. Denn im Unterschied zu § 29 KostO setzt die insoweit vorrangige Vorschrift des § 48 Abs. 3 WEG a. F. keinen bestimmten Geldwert voraus.

2. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts ist auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Geschäftswert selbst neu bestimmt hat.

a) Gemäß § 30 Abs. 2 KostO ist der Geschäftswert regelmäßig auf 3.000 € anzunehmen; er kann nach Lage des Falls aber auch niedriger oder höher, jedoch nicht über 500.000 € angenommen werden. Die Entscheidung hierüber steht im Ermessen des Notars, der als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) einen öffentlichrechtlichen Gebührenanspruch geltend macht (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 784, 785 m. w. N.). Im Rahmen der Beschwerde nach § 156 Abs. 1 KostO kann sie daher nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat (ganz h. M.; vgl. KG, DNotZ 1994, 713, 717; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 126, 127; OLG Hamm, MittBayNot 2006, 448, 449; OLG Frankfurt, MittBayNot 2006, 360; OLG Zweibrücken, JurBüro 1981, 1059; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 3 a und § 156 Rdnr. 48; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 156 Rdnr. 65; *Becker/Filzek*, KostO, § 30 Rdnr. 1, 5; *Hartmann*, Kostengesetze, 38. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 31; *Baumann*, Rpfleger 1987, 220; differenzierend *Lappe*, DNotZ 1994, 718, 720 f.; a. A. OLG Köln, FGPrax 2000, 126, 127).

Wenn das Beschwerdegericht einen solchen Ermessensfehler feststellt, ist es jedoch befugt, nach eigenem Ermessen über eine mögliche Abweichung von dem gesetzlichen Regelwert zu entscheiden (a. A. insoweit OLG Zweibrücken, JurBüro 1981, 1059 und *Baumann*, Rpfleger 1987, 220). Der Vorrang des Notarermessens wird durch diese – prozessökonomisch gebotene – Einschränkung nicht wesentlich beeinträchtigt. Denn der Notar kann die beanstandete Kostenberechnung noch während des Beschwerdeverfahrens ändern und dabei auch eine ermessensfehlerfreie Wertbestimmung nachholen (so zutreffend *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 48).

b) Das Beschwerdegericht hat diese Grundsätze beachtet und zutreffend erkannt, dass der Kostengläubiger das ihm eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat.

aa) Bei der Ermessensentscheidung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO ist von dem in Satz 1 bestimmten Wert auszugehen, der – wie das Wort „regelmäßig“ zeigt – für die Mehrzahl der Fälle gelten soll. Die Annahme eines niedrigeren oder höheren Werts ist zwar nicht auf seltene Ausnahmefälle beschränkt, sie erfordert aber eine auf den Einzelfall abgestellte Bewertung (Begründung des Entwurfs für das Gesetz zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften vom 26.7.1957, BR-Drucks. 138/56, S. 183). Dabei können alle Umstände berücksichtigt werden, die den Fall von einem durchschnittlichen unterscheiden. Im Vordergrund stehen jedoch die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für die Beteiligten, ihr Interesse daran und ihre Vermögenslage, bei Beschlüssen nach §§ 47, 29 KostO außerdem die Bedeutung und der Zweck der Vereinigung (vgl. etwa BayObLGZ 1960, 1, 6, 9; 1979, 223, 224 f.; OLG München, ZNotP 2006, 359; *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 14, 21; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 5, § 30 Rdnr. 37; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 29 Rdnr. 6; *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 30 Rdnr. 108; *Becker/Filzek*, KostO, § 29 Rdnr. 2; *Hartmann*, Kostengesetze, § 29 KostO Rdnr. 6, § 30 KostO Rdnr. 53, 55).

bb) Der Kostengläubiger hat den Beschluss über die Bestellung des Verwalters mit einem Zehntel des geschätzten Gesamtwerts der Wohnanlage bewertet. Dieser Ansatz ist in der Praxis verbreitet (vgl. *Lappe*, NotBZ 2006, 51). Entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung (AG Freiburg, Rpfleger 1985, 378; zustimmend *Lappe*, NotBZ 2006, 51 und – vorsichtiger – KostRsp. KostO § 30 Nr. 68; ebenso – wenn auch auf der Grundlage von § 30 Abs. 1 KostO – LG Heilbronn BWNZ 1983, 174), der auch das vorliegende Gericht folgen möchte, liegt er aber nicht mehr in dem Rahmen des durch §§ 29 Satz 1, 30 Abs. 2 Satz 2 KostO eröffneten Ermessens (so zutreffend *Tiedtke*, ZNotP 2007, 360; vgl. auch OLG Braunschweig, OLGR 2007, 577, 578; OLG Hamm, JurBüro 1983, 1554, 1555 f.; OLG Stuttgart, Grundeigentum 1988, 769; *Becker/Filzek*, KostO, § 29 Rdnr. 4). Das Zugrundelegen des Werts der Wohnanlage und das Ansetzen eines bestimmten Prozentsatzes davon als Grundlage der Schätzung widersprechen der Systematik der §§ 29, 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 KostO, die eine Schätzung ausschließen (siehe oben unter 1) und die einseitige Bindung des Geschäftswerts an das Vermögen nur noch für Beschlüsse von Kapitalgesellschaften vorsehen (weitergehend §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 3 KostO in der bis zum 31.12.1994 gültigen Fassung; alle Vereinigungen, für deren Betriebsvermögen ein steuerlicher Einheitswert ermittelt wurde). Ob dies eine entsprechende Bestimmung des Geschäftswerts in den Fällen des § 29 KostO von vornherein ausschließt (so OLG Stuttgart, Grundeigentum 1988, 769 sowie – für Vereinsbeschlüsse – BayObLGZ 1979, 223, 225; OLG München, ZNotP 2006, 359; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 6; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 29 Rdnr. 8; *Becker/Filzek*, KostO, § 29 Rdnr. 2; *Hartmann*, Kostengesetze, § 29 KostO Rdnr. 6), bedarf hier keiner Entscheidung. Denn bei dem Beschluss einer Wohnungseigentümergeinschaft über die Bestellung des Verwalters ist der Ansatz von zehn Prozent des Gesamtwerts der Wohnanlage jedenfalls überhöht und deshalb ermessensfehlerhaft (so zutreffend *Tiedtke*, ZNotP 2007, 360; vgl. auch *Becker/Filzek*, KostO, § 29 Rdnr. 4). Das zeigt der Vergleich mit dem Beschluss einer Kapitalgesellschaft über die Bestellung ihres Vorstands oder Geschäftsführers, den das Gesetz mit nur einem Prozent des Stammkapitals bewertet (§ 41 c Abs. 1 KostO i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO).

3. Das Beschwerdegericht hat aber zu Unrecht davon abgesehen, den Regelwert von 3.000 € zu überschreiten. Diese Ermessensentscheidung kann der Senat als Gericht der weite-

ren Beschwerde (§§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, 28 Abs. 3 FGG) zwar lediglich auf Rechtsfehler (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), also wiederum nur darauf überprüfen, ob das Beschwerdegericht das durch § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO eröffnete Ermessen ausgeübt, dessen Grenzen eingehalten und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (allgemeine Auffassung; vgl. nur OLG Braunschweig, OLG 2007, 577, 578; OLG Stuttgart, Grundeigentum 1988, 769; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 3, 3 a und § 156 Rdnr. 67; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 156 Rdnr. 89 f.; *Becker/Filzek*, KostO, § 30 Rdnr. 5 sowie allgemein BGHZ 18, 143, 148 und BGH, NJW-RR 1990, 1157). In diesem Rahmen ist die Entscheidung jedoch zu beanstanden. Denn das Beschwerdegericht hat wesentliche Gesichtspunkte außer Betracht gelassen, die für die Annahme eines höheren Werts sprechen.

a) Das gilt zum einen für den von dem Kostengläubiger geschätzten Wert der Wohnanlage, den die Kostenschuldnerin der Größenordnung nach nicht in Zweifel zieht. Hierzu hat das Beschwerdegericht im Anschluss an die Vergleichsentscheidung des OLG Stuttgart (Grundeigentum 1988, 769 f.) die Auffassung vertreten, derartige wirtschaftliche Anhaltspunkte hätten bei der Entscheidung über eine mögliche Abweichung von dem gesetzlichen Regelwert außer Betracht zu bleiben, weil das Gesetz durch die Verweisung auf § 30 Abs. 2 KostO unterstelle, dass tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO fehlten. Ob der Vorschrift des § 29 Satz 1 KostO eine solche Unterstellung entnommen werden kann (so auch BayObLGZ 1960, 1, 5; 1979, 223, 224; OLG München, ZNotP 2006, 359), mag dahinstehen. Jedenfalls folgt aus ihr nicht, dass alle wirtschaftlichen Gesichtspunkte, die der gesetzlich ausgeschlossenen Schätzung zugrunde gelegt werden könnten, auch bei der Ermessensentscheidung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO außer Betracht bleiben müssten (vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 30 Rdnr. 109). Bei Beschlüssen einer Wohnungseigentümergeinschaft ist daher auch der Wert der Wohnanlage zu berücksichtigen (so schon *Mümmeler*, JurBüro 1981, 837, 840; 1985, 1147, 1150; insoweit zutreffend auch AG Freiburg, Rpfleger 1985, 378; *Lappe*, NotBZ 2006, 51). Er gehört zwar nicht zu dem Verwaltungsvermögen der teilrechtsfähigen Gemeinschaft (BGHZ 163, 154, 177), ist aber ein tauglicher Gradmesser sowohl für die wirtschaftliche Bedeutung als auch für die finanzielle Leistungsfähigkeit dieser Vereinigung. Ähnlich aussagekräftig – und leichter zu ermitteln – sind zwar auch die Größe der Anlage und die Zahl der Wohneinheiten (vgl. *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 5 a; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 29 Rdnr. 7; *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 30 Rdnr. 88; *Becker/Filzek*, KostO, § 30 Rdnr. 4; *Bund*, JurBüro 2003, 578; *Gregor*, InfoM 2007, 376; *Grziwotz*, MietRB 2007, 293; *Tiedtke*, ZNotP 2007, 360). Diese Kriterien hat das Beschwerdegericht jedoch ebenfalls außer Betracht gelassen.

b) Zum anderen hat das Beschwerdegericht nicht berücksichtigt, dass der Verwalter nach der Eigentümerversammlung das wichtigste Organ der Gemeinschaft und seine Bestellung deshalb für alle Wohnungseigentümer von grundlegender Bedeutung ist (BGHZ 152, 46, 57). Im Hinblick darauf bildet der gesetzliche Regelwert, der den Durchschnitt aller Beschlüsse der nicht von § 41 c Abs. 1 KostO erfassten Vereinigungen repräsentiert, eher die untere Grenze. Jedenfalls bei größeren Gemeinschaften kann man der Bedeutung der Verwalterbestellung und der Wirtschaftskraft der jeweiligen Gemeinschaft dadurch Rechnung tragen, dass man – je nach Wert und Größe – zwischen 300 € und 500 € pro Wohneinheit in Ansatz bringt (so *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 30 Rdnr. 88 und *Grziwotz*, MietRB 2007, 293; vgl. auch schon Notarkasse A. d. ö. R., MittBayNot 1977, 173, 176: 500 bis

1.000 DM pro Einheit). Diese recht pauschale Bewertung ist im Rahmen von § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil die Regelung der §§ 29 Satz 1, 41 c Abs. 1 KostO erkennbar darauf ausgelegt ist, die Bewertung von Beschlüssen einfach und sicher zu gestalten (vgl. BayObLGZ 1990, 133, 139; OLG Zweibrücken, DNotZ 1972, 119, 121; *Reuter*, BB 1989, 714, 715); im Unterschied zu einer schematischen Multiplikation des Regelwerts (dazu ablehnend *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 29 Rdnr. 5 a und *Becker/Filzek*, KostO, § 30 Rdnr. 4) führt sie – auch im Vergleich mit den in §§ 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 KostO vorgesehenen Beträgen – nicht zu überhöhten Werten. Außergewöhnliche Umstände – wie die erforderlich werdende Zustimmung des Verwalters zu der bevorstehenden Veräußerung mehrerer Wohneinheiten (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 1992, 551) – können allerdings entsprechend höhere Ansätze rechtfertigen.

4. Der Rechtsfehler des Beschwerdegerichts führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache. An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat nicht nur deshalb gehindert, weil das Beschwerdegericht keine Feststellungen über die Zahl der Wohneinheiten getroffen hat. Er kann dem Kostengläubiger auch deshalb keine höheren Gebühren zusprechen, weil die Kostenberechnung vom 14.8.2006 den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO nicht genügt und deshalb als Grundlage für eine Einforderung der Kosten ausscheidet (BGHZ 164, 355, 359).

a) Gemäß § 154 Abs. 2 KostO muss der Notar in der Kostenberechnung über den Betrag der angesetzten Kosten hinaus den Geschäftswert, die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestands und der Auslagen sowie verauslagte Gerichtskosten und empfangene Vorschüsse angeben. Durch diese Angaben soll die Kostenberechnung transparent gemacht und der Kostenschuldner in die Lage versetzt werden, den Kostenansatz anhand der zugrundeliegenden Bestimmungen zu prüfen (BGH, NJW-RR 2007, 784, 785 = MittBayNot 2007, 157; NJW 2008, 2192, 2193 = MittBayNot 2008, 409; NJW 2003, 976, 977 = DNotZ 2003, 234). Die in der Kostenberechnung vom 14.8.2006 enthaltenen Angaben zum Geschäftswert sind danach aus zwei Gründen zu beanstanden.

aa) Zum einen verweist der erläuternde Zusatz „10 %“ zwar auf einen zehnfachen Betrag des angegebenen Geschäftswerts; er lässt aber nicht erkennen, wie sich dieser – in der Urkunde nicht erwähnte und auf einer eigenen Schätzung des Kostengläubigers beruhende – Betrag zusammensetzt.

Dem Zweck des § 154 Abs. 2 KostO ist damit nicht Genüge getan. Denn danach muss die Kostenberechnung aus sich selbst heraus verständlich und auch der Geschäftswert so dargestellt sein, dass der Kostenschuldner dessen Ermittlung nachvollziehen kann (BGH, NJW 2003, 976, 977 = DNotZ 2003, 234). Die bloße Angabe eines Werts, der dem Kostenschuldner weder bekannt noch aus der Urkunde ersichtlich ist, genügt dafür nicht. Zusammengesetzte Werte sind vielmehr aufzuschlüsseln und die darin enthaltenen Einzelwerte – soweit dies zu ihrem Verständnis erforderlich ist – schlagwortartig zu bezeichnen (BGH, NJW 2003, 976, 977 = DNotZ 2003, 234; ebenso *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 154 Rdnr. 12; *Assenmacher/Matthias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort „Kostenberechnung“ 2.2.1; *Becker/Filzek*, KostO, § 154 Rdnr. 6 und *Hartmann*, Kostengesetze, § 154 KostO Rdnr. 6 m. w. N.; a. A. *Reithmann*, EWIR 2003, 653, 654; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 154 Rdnr. 8 c, vgl. aber auch Rdnr. 19 und *Tiedtke*, ZNotP 2004, 77, 78).

Ob die weitere Erläuterung des Geschäftswerts, die der Kostengläubiger der unter einem Beglaubigungsvermerk aufge-

stellten Kostenberechnung § 154 Abs. 3 Satz 2 KostO hinzugefügt hat, diesen Anforderungen gerecht wird, erscheint ebenfalls zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung. Denn nach Zweck und Systematik des Gesetzes kommt es nur auf die dem Schuldner mitgeteilte Kostenberechnung nach § 154 Abs. 1 KostO an.

bb) Zum anderen hat der Kostengläubiger in der Kostenberechnung vom 14.8.2006 nicht angegeben, nach welchen Vorschriften er den Geschäftswert ermittelt hat.

Ob sich das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO auf diese Bestimmungen erstreckt, ist umstritten. Nach der früher herrschenden Meinung, der auch das vorliegende Gericht folgt, ist das nicht der Fall (vgl. OLG Hamm, JurBüro 1992, 343, 345 m. w. N.; aber auch noch *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 154 Rdnr. 8 c; *Assenmacher/Matthias*, KostO, Stichwort „Kostenberechnung“ 2.2.1; *Schmidt*, JurBüro 2005, 116, 118; *Tiedtke/Schmidt*, DNotZ 1995, 737, 739 und *Tiedtke*, ZNotP 2005, 279; anders jedoch *ders.*, ZNotP 2004, 77, 78). Seit der Verschärfung des Zitiergebots durch das Kostenrechtsänderungsgesetz vom 24.6.1994 (BGBl I, S. 1325; dazu NJW 2008, 2192, 2193 = MittBayNot 2008, 409) werden allerdings zwei Gegenauffassungen vertreten. Nach der einen sind die für den Geschäftswert maßgeblichen Bestimmungen dann anzugeben, wenn der Wert aus der Urkunde nicht ohne weiteres ersichtlich oder seine Ermittlung anders nur schwer nachvollziehbar ist (*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, § 154 Rdnr. 12; *Hartmann*, Kostengesetze, § 154 KostO Rdnr. 7); die Vertreter der anderen halten diese Angabe stets für erforderlich (OLG Düsseldorf, JurBüro 2005, 151, 152; *Heinze*, NotBZ 2007, 119, 121; *Klein*, RNotZ 2006, 628; *Klein/Schmidt*, RNotZ 2006, 340, 341; *Lappe*, NJW 1995, 1191, 1199; ebenso – für § 154 Abs. 2 KostO a. F. – *ders.*, KostRspr. KostO § 154 Nr. 42 und 43).

Zutreffend ist die zuletzt genannte Ansicht. Das folgt zwar nicht schon daraus, dass das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO nicht mehr nur für Gebührenvorschriften, sondern für alle Kostenvorschriften gilt. Denn mit dieser Änderung wollte der Gesetzgeber vor allem die Vorschriften einbeziehen, welche die in Ansatz gebrachten Auslagen regeln (vgl. die Begründung zu dem Kostenrechtsänderungsgesetz vom 24.6.1994, BT-Drucks. 12/6962, S. 92, 102). Nach dem Gesetzeszweck erfasst der Begriff der Kostenvorschriften alle Normen, deren Angabe für die Nachvollziehbarkeit und Durchschaubarkeit des Kostenansatzes aus der Sicht eines verständigen – mit Kostensachen nicht vertrauten – Kostenschuldners von grundlegender Bedeutung sind (BGH, NJW 2008, 2192, 2193 = MittBayNot 2008, 409). Aus diesem Grund hat der Senat (BGH, NJW 2008, 2192, 2193 = MittBayNot 2008, 409) bereits entschieden, dass das Zitiergebot die Angabe der Vorschriften des § 32 KostO verlangt, weil der Kostenschuldner ohne diesen Hinweis nicht nachvollziehen kann, wie sich der angegebene Geschäftswert in der geforderten Gebühr niederschlägt. Nichts anderes gilt für den Geschäftswert selbst. Denn seine Höhe ist für die Berechnung der Wertgebühren ebenso bedeutsam wie der jeweilige Gebührentatbestand, und auch sie kann von einem verständigen, aber mit Kostensachen nicht vertrauten Kostenschuldner ohne Hinweis auf die maßgeblichen Vorschriften in der Regel nicht vollständig nachvollzogen und vor allem nicht auf ihre Berechtigung überprüft werden. Im Hinblick darauf ist die Angabe dieser Vorschriften auch dann erforderlich, wenn der angesetzte Geschäftswert aus der Urkunde ersichtlich oder nachvollziehbar berechnet ist.

b) Der Verstoß gegen das Zitiergebot hat grundsätzlich zur Folge, dass die Kostenberechnung ohne weitere Sachprüfung

aufgehoben werden muss (BGHZ 164, 355, 359; NJW 2008, 2192, 2193 = MittBayNot 2008, 409). Das kommt hier aber – unabhängig von dem Verbot der *reformatio in peius* (dazu BGHZ 165, 125, 133 f.) – schon deshalb nicht in Betracht, weil das Beschwerdegericht den Kostengläubiger nicht auf § 154 Abs. 2 KostO hingewiesen hat.

Anmerkung:

I. Zitiergebot

Der Senat führt seine strenge Rechtsprechung zum Zitiergebot fort und erweitert den Umfang der anzugebenden Normen auf Geschäftswertvorschriften: Anders könne der für die Höhe der Gebühren maßgebliche Wert von mit Kostensachen nicht vertrauten Schuldnern nicht nachvollzogen und geprüft werden. Das verdient keinen Beifall.

Gesetzeswortlaut und -historie führen auch nach Auffassung des Senats nicht zwingend zu diesem Ergebnis, mit dem sich die Praxis nun arrangieren muss. Mehr Kostentransparenz schafft es kaum. Überinformation desinformiert. Insbesondere wirken zu viele und zu komplexe Erstinformationen eher einschüchternd. Damit verhindert die Paragrafentransparenz den einzig effizienten Aufklärungsmechanismus: das Gespräch.

Formal korrekt abzurechnen, wird schwerer. Die Vielgestaltigkeit der Geschäftswertvorschriften behindert automatisierte Rechnungslegungen erheblich. Selbst bewährte Delegationsstrukturen geraten ins Wanken, weil nur der Kostenrechtsexperte, also häufig der Notar oder die Notarin persönlich, die einschlägigen Geschäftswertvorschriften benennen kann – bloße Kenntnis des Berechnungsprinzips genügt zur Rechnungslegung nicht mehr.

Nicht ganz deutlich hat der Senat gemacht, welche Präzision er bei der Angabe der Geschäftswertvorschriften für angemessen hält. Konkret: Reicht die Angabe von § 30 Abs. 2 KostO als maßgebliche Wertvorschrift beim entschiedenen Sachverhalt? § 29 Satz 1 KostO würde die Paragrafentransparenz erhöhen. Man könnte den interessierten Kostenschuldner noch präziser auf § 29 Satz 1 Fall 3 KostO hinweisen, läuft allerdings Gefahr, dass er sich – angesichts der Unterschriftsbeglaubigung – über die „Beurkundung von Beschlüssen“ wundert. Diesbezüglich wäre Kenntnis von § 45 Abs. 1 Satz 2 KostO hilfreich. Blicke zur Geschäftswertermittlung noch die Frage, ob die Verwalterbestellung wirklich zu den in § 29 Satz 1 KostO gemeinten „Beschlüssen (§ 47)“ gehört. Insofern wären §§ 47 Satz 1 Fall 4 KostO, 26 Abs. 1 Satz 1 WEG hilfreich. Der Kommentarauszug, aus dem hervorgeht, dass die Wohnungseigentümergeinschaft eine „andere Vereinigung“ i. S. d. zitierten § 47 Satz 1 Fall 4 KostO ist, könnte letzte Zweifel zerstreuen. Dann stünde das Ergebnis für den formalen Teil dieses Abschnitts der Kostenberechnung auch schon fest: „§§ 30 Abs. 2, 29 Satz 1 Fall 3, 45 Abs. 1 Satz 2, 47 Satz 1 Fall 4 KostO, 26 Abs. 1 Satz 1 WEG, ...“. Fehlt nur noch der Geschäftswert.

II. Geschäftswertermittlung nach § 30 Abs. 2 KostO

Mangels speziellerer Wertvorschrift würde § 29 Satz 1 Fall 3 KostO an § 30 Abs. 1 KostO vorbei zur Anwendung von § 30 Abs. 2 KostO führen, wenn der Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat.

1. Der Anwendungsbereich von § 21 Abs. 2 KostO ist abschließend; auf die Hälfte des Grundstückswertes kann für

den Wert der Verwalterbestellung nicht abgestellt werden. Ein bestimmter Geldwert ergibt sich auch nicht aus §§ 39 ff. KostO, insbesondere nicht aus dem Verwaltervertrag und §§ 39 Abs. 2, 25 Abs. 2 KostO. Der Gegenstand „Verwalterbestellung durch Beschluss“ ist verschieden vom Gegenstand „Verwaltervertrag“. Letzterer begründet die Pflicht zur Zahlung einer Verwaltervergütung, der Beschluss installiert die Organstellung. Die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen Gemeinschaft und Verwalter – das Anstellungsverhältnis – haben mit dessen organschaftlicher Berufung – die Bestellung – nichts zu tun. Der Beschluss ist kein Austauschvertrag, ist kein Dienstvertrag.

2. Nicht ganz eindeutig ist, ob eine Wertermittlung durch Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO im Anwendungsbereich von § 29 KostO ausscheiden muss. Überwiegend wird ein geschätzter Geldwert nicht für bestimmt gehalten. Das scheint mir für § 29 Satz 1 KostO richtig, weil dort der Wert des Gegenstandes gemeint ist – ausdrücklich nicht wie in § 30 Abs. 1 KostO dessen nach den Vorschriften der Kostenordnung ermittelter Wert. Wer als Ergebnis der Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO einen bestimmten Geldwert i. S. v. § 29 Satz 1 KostO ermittelt, könnte den Tatbestand von § 29 Satz 1 KostO in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zudem nie bejahen.

§ 30 Abs. 1 KostO setzt voraus, dass sich der Wert nicht aus den Vorschriften der Kostenordnung ergibt. Für die in § 29 KostO bezeichneten Gegenstände ist aber für den Fall, dass ein bestimmter Geschäftswert fehlt, geregelt, dass der Wert nach § 30 Abs. 2 KostO zu ermitteln ist. Der Tatbestand von § 30 Abs. 1 KostO ist damit nicht erfüllt, weil sich der Wert aus den Vorschriften der Kostenordnung ergibt. Namentlich enthält § 29 Satz 1 KostO eine Rechtsfolgenverweisung auf § 30 Abs. 2 KostO. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO ist daher „In Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung und in den Fällen des § 29 Satz 1 dieses Gesetzes ...“ zu lesen. Das alles verdient Zustimmung.

III. Ermessen

Ist der Geschäftswert nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO regelmäßig 3.000 €, kann er „nach Lage des Falles“ auch höher angenommen werden, § 30 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 KostO. Diese Ermessensentscheidung des Notars kann im Beschwerdeverfahren, § 156 KostO, nur auf Rechtsfehler überprüft werden.

1. Entschieden ist: Ermessensfehlerhaft ist der pauschale Ansatz von 10 % des Gesamtwertes einer Wohnanlage als Berechnungsmethode.

2. Darüber hinaus hat sich der Senat zur Ermessensentscheidung des Notars nur indirekt geäußert: Rechtsfehlerhaft habe das KG als Beschwerdegericht am Regelwert festgehalten. Bereits der Gegenstandstyp an sich und dessen allgemeine Bedeutung für die Beteiligten präge die „Lage“ und damit den Geschäftswert. Weil die Verwalterbestellung für Wohnungseigentümer zentrale Bedeutung habe, könne für diesen Geschäftstyp der Regelwert von 3.000 € nur die untere Wertgrenze darstellen. Sie kann deshalb auch bei einfachen Wohnungseigentumsgemeinschaften aufgrund der Bedeutung der Verwalterbestellung „an sich“ überschritten werden.

3. Da Größe und Ausstattung der Wohneinheiten sowie Wert des Gemeinschaftseigentums die Verwalterbestellung prägen, wird es der „Lage des Falles“ gerecht, wenn diese Anhaltspunkte in die Ermessensentscheidung einfließen. Zudem kommt der Zahl der Wohneinheiten und der Wohnungseigentümer Bedeutung zu: Mit ihnen steigen Komplexität und Streitpotenzial der Anlage.

4. Weil die Verweisung in § 29 Satz 1 KostO auf § 30 Abs. 2 KostO eine einfache Bewertung von Beschlüssen ermöglichen soll, sind pauschale Bewertungen – unter Berücksichtigung der maßgeblichen Kriterien – zulässig. Diese richtige und ausdrückliche Klarstellung des BGH ist sehr zu begrüßen.

5. Bei *kleineren* Gemeinschaften wird man der Praxis empfehlen können, sich unter Berücksichtigung der Kriterien unter 3. am Regelwert zu orientieren. Dieser kann, nach „Lage des Falles“, auch maßvoll zu überschreiten sein. Bei *größeren* Gemeinschaften kommt eine pauschale Bewertung je Wohneinheit in Betracht: Der BGH erwähnt je 300 € bis 500 €; ein darüber liegender Ansatz ist jedoch nicht automatisch ermessensfehlerhaft, sondern kann im Einzelfall sogar geboten sein, etwa bei konkreten Verkaufsabsichten.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL. M. (Harvard), Berlin

14. KostO §§ 35, 147 Abs. 2 und 3 (*Keine Betreuungsgebühr für die Erstellung einer XML-Datei*)

Erstellt der Notar im Zuge einer elektronischen Registeranmeldung eine sog. XML-Datei mit den Strukturdaten der Anmeldung, kann er hierfür keine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO verlangen, da es sich insoweit um ein gebührenfreies Nebengeschäft (§§ 147 Abs. 3, 35 KostO) handelt.

OLG Hamm, Beschluss vom 26.3.2009, 15 Wx 158/08; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 fertigte am 5.6.2007 den Entwurf einer Anmeldung zum Genossenschaftsregister und beglaubigte die Unterschriften zweier Vorstandsmitglieder der Kostenschuldnerin.

Die Anmeldung übermittelte er auftragsgemäß in elektronischer Form als Bilddatei dem Genossenschaftsregistergericht. Mit der Anmeldung übersandte er ebenfalls die Strukturdaten im sog. XML-Format. Diese XML-Strukturdaten sind erforderlich, um die bereitgestellten Dokumente in elektronischer Form im Registergericht verwertbar zu machen. Die Anmeldungsdokumente werden im Notariat als Bilddatei erstellt. Bei dieser Bilddatei handelt es sich aus Sicht des EDV-Systems um graphische Daten, die nicht als Schrift erkannt werden. Die sog. XML-TAGS ermöglichen die elektronische Bearbeitung der Anmeldung, indem sie die anmelderelevanten Daten in elektronisch lesbarer Form zur Verfügung stellen.

Der Beteiligte zu 1 stellte seine Tätigkeit der Kostenschuldnerin mit insgesamt 94,37 € in Rechnung. Unter anderem berechnete er aus einem Geschäftswert von 25.000 € eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO für die Anmeldung der Vorstandsänderung zum Genossenschaftsregister. Für die Erstellung der Strukturdaten stellte er eine ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 6.250 € in Höhe von 24 € in Rechnung.

Der Präsident des LG hat den Beteiligten zu 1 gemäß § 156 Abs. 6 KostO angewiesen, die Frage, ob der Ansatz der Betreuungsgebühr für die Erstellung der Strukturdaten gerechtfertigt ist, gerichtlich zu klären. Der Beteiligte zu 1 hat weisungsgemäß Kostenbeschwerde beim LG eingelegt. Mit der Beschwerde hat er eine in formaler Hinsicht korrigierte Kostenrechnung vorgelegt.

Der Beteiligte zu 1 hat die Auffassung vertreten, die Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO sei im Hinblick auf den mit der Erstellung der aufbereiteten Daten verbundenen erheblichen Aufwand gerechtfertigt. Es handele sich auch um eine im Auftrag der Beteiligten vorzunehmende Tätigkeit, nicht um eine pflichtige Vollzugsaufgabe der Notare. Aus § 12 HGB ergebe sich, dass die Anmeldung zum Handelsregister auch ohne die XML-Strukturdaten bewirkt werden könne.

Nach Anhörung des Präsidenten des LG und der Kostenschuldnerin hat die Kammer die Kostenrechnung durch Beschluss abgeändert und um die Betreuungsgebühr nebst anteiliger Umsatzsteuer reduziert. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 1 aus eigenem Recht mit der durch das LG zugelassenen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist infolge Zulassung durch das LG gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1 folgt daraus, dass das LG die angefochtene Kostenberechnung zu seinem Nachteil abgeändert hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer gemäß § 156 Abs. 6 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1 ausgegangen. Auch in der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

Der Senat teilt allerdings nicht die Auffassung des LG, dass es bereits an einer im Auftrag der Beteiligten ausgeübten Tätigkeit i. S. d. § 147 Abs. 2 KostO fehlt, weil der Notar kraft ausdrücklicher „gesetzlicher“ Anordnung zur Erstellung der XML-Datei verpflichtet wäre. Entgegen der Auffassung der Kammer enthält die Bekanntmachung der Landesjustizverwaltung aufgrund § 10 der Verordnung über die elektronische Registerführung in Ziffer 6 keine Verpflichtung, die anmelderelevanten Strukturdaten in Form einer XML-Datei zu übermitteln. Nach der dortigen Regelung muss vielmehr allein eine XML-Datei mit dem gerichtlichen Aktenzeichen, einer Kurzbezeichnung des Vorgangs, dem Firmennamen und dem Namen des Einreichers übermittelt werden, also eine Art elektronisches Deckblatt, damit der Vorgang überhaupt eingeordnet werden kann. Die hier in Frage stehenden XML-Dateien sollen hingegen sämtliche anmelderelevanten Informationen enthalten und die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs ermöglichen (vgl. im Einzelnen *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439; *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885).

Die Entscheidung des LG erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig. Eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO kann für das Erstellen der XML-Datei nicht in Ansatz gebracht werden, da es sich bei dieser Tätigkeit um ein Nebengeschäft i. S. d. §§ 147 Abs. 3, 35 KostO handelt.

Bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO handelt es sich um eine Auffangregelung, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, NJW 2006, 3428 = MittBayNot 2007, 71; NJW 2007, 3212 = MittBayNot 2008, 71). Keine Gebühr kann danach für Nebengeschäfte i. S. d. §§ 147 Abs. 3 und 4, 35 KostO verlangt werden.

Als Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO ist alles anzusehen, was mit dem Hauptgeschäft so eng zusammenhängt, dass es nicht als ein selbstständiges Geschäft in Erscheinung tritt, sowie im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minder wichtig erscheint und vorgenommen wird, um das Hauptgeschäft vorzubereiten oder den Vollzug des bereits vorgenommenen Hauptgeschäfts zu fördern und den mit diesem beabsichtigten Erfolg herbeizuführen (vgl. etwa OLG Hamm, FGPrax 2002, 40; OLG Zweibrücken, FGPrax 2001, 167; BayObLGZ 1979, 383). Nach dieser Definition zählt zweifelsfrei auch der rechtliche Vollzug des beurkundeten Vorgangs selbst (unabhängig von den daneben bestehenden Rechtsverhältnissen der Beteiligten) zu dem Tätigkeitsbereich, in dem der Notar nach den §§ 147 Abs. 3, 35 KostO keine gesonderte Vergütung verlangen kann.

Vorliegend hat der Beteiligte zu 1 die Anmeldung der Bestellung eines neuen Vorstandes entworfen und beurlaubt. Diese

Anmeldung der nach § 28 GenG eintragungspflichtigen Tatsache hatte der Notar nach § 53 Abs. 1 BeurkG beim Genossenschaftsregister einzureichen, mithin zum Vollzug vorzulegen. Dass die Erstellung der XML-Datei, die erst einen EDV-förmigen Vollzug der Anmeldung sicherstellt (vgl. im Einzelnen *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439; *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885), den Vollzug der Anmeldung fördert und neben dieser keine eigenständige Bedeutung hat oder auch nur haben kann, wird man nicht ernstlich in Frage stellen können. Die Erstellung der Datei ist integraler Bestandteil des elektronisch ausgestalteten Vollzugsvorganges und macht ohne denselben keinerlei Sinn. Soweit in der Literatur versucht wird, der Erstellung der XML-Datei eine Sonderstellung außerhalb des Vollzugsvorgangs zuzuweisen, überzeugt dies den Senat aus den folgenden Gründen nicht:

Das Abstellen auf den Aufwand der Erstellung der Datei (so *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 396) ist als Auslegungsargument im Rahmen des § 147 KostO wenig tragfähig. Schon grundsätzlich ist der Aufwand einer Tätigkeit kein tragfähiges Argument für das Entstehen einer Gebühr (BGH, NJW 2005, 3218 = MittBayNot 2005, 433). Hinzu kommt jedoch, dass der bei Einführung des elektronischen Handelsregisters beklagte Aufwand stark von der Ausgestaltung der Arbeitsabläufe abhängt, die ihrerseits durch die eingesetzte Software vorgegeben werden. Aktuell sind insoweit bei der gängigen Software bereits Umgestaltungen erfolgt, die zu einer Arbeitersparnis führen sollen (vgl. Rundschreiben 8/2008 der BNotK). Bereits diese Entwicklung zeigt, dass in dem vorliegenden Zusammenhang der Arbeitsaufwand eine variable Größe ist, die als Argument der Gesetzesauslegung sachlich kaum tauglich erscheint.

Soweit in der Literatur darauf abgestellt wird, dass der Notar nicht zur Erstellung der Datei verpflichtet sei (*Otto*, JurBüro 2007, 120, 123), ist dies zwar zutreffend (vgl. oben), für die Beurteilung, ob ein sog. Nebengeschäft vorliegt, aber ohne Bedeutung. Denn § 147 Abs. 3 KostO setzt gerade nicht voraus, dass es sich um ein pflichtgebundenes Geschäft des Notars handelt (BGH NJW 2006, 3428 = MittBayNot 2007, 71; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 147 Rdnr. 26).

Anmerkung:

Das OLG Hamm bemüht den konturlosen Begriff des „gebührenfreien Nebengeschäfts“ (§§ 147 Abs. 3, 35 KostO), um entgegen der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur¹ zum Ergebnis zu kommen, dass die Übermittlung von XML-Strukturdaten bei Registeranmeldungen keine (gesonderte) Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen dürfe.

I. Die Bedeutung der Übermittlung von XML-Strukturdaten

Gut zwei Jahre nach Einführung des EHUG liegt damit eine erste obergerichtliche Entscheidung zu der Frage vor, ob die mitunter aufwendige und komplexe Tätigkeit des Notars im Zusammenhang mit der Erstellung von XML-Strukturdaten kostenfrei zu erfolgen hat. Bekanntlich begnügen sich das EHUG und die hierzu ergangenen Rechtsverordnungen der Länder nicht damit, vorzuschreiben, dass Dokumente seit

¹ Vgl. nur *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 396; *Notarkasse*, Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 391 ff.; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 1994; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl. 2008, § 41 a Rdnr. 126; *Otto*, JurBüro, 2007, 120, 121; *Filzek*, KostO, 4. Aufl. 2009, § 1 a Rdnr. 18.

1.1.2007 elektronisch an das Registergericht übermittelt werden müssen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 HGB). Vielmehr fällt dem Notar seither auch die Aufgabe zu, für die Eintragung relevante Registerdaten strukturiert im Format *X.Justiz.Register* aufzubereiten. Gerade die hiernach erzeugten XML-Strukturdaten bilden aus Sicht des Registerrichters den wesentlichen Mehrwert der elektronischen Einreichung, weil er eine Vielzahl komplizierter Eintragungsinhalte unmittelbar aus der Anmeldung in den Eintragungsentwurf übernehmen und sich in der Regel auf die inhaltliche Kontrolle beschränken kann. Indem der Notar einen Teil der bis zur Einführung des EHUG von den Gerichten übernommenen Aufgaben im Zusammenhang mit Registereintragungen erledigt, werden notarielle und registerrichterliche Tätigkeit noch enger als zuvor miteinander verzahnt, was im Ergebnis zu einer Verkürzung der Eintragungszeiten im Interesse des Rechtsverkehrs führt.² Mag auch eine zwingende umfassende Datenübermittlung im XML-Format nicht in der Weise vorgesehen sein, dass deren Fehlen zur Zurückweisung der Anmeldung führt (hierzu nachfolgend unter III.), so hat sich die Aufbereitung der eintragungsrelevanten Daten im XML-Format durch die Notare in der Praxis durchgesetzt und bewährt. Schon im Interesse der Beteiligten gilt es, jede Gefahr von Verzögerungen zu vermeiden.

II. Aufbereitung von Strukturdaten kein gebührenfreies Nebengeschäft

Wenn das OLG Hamm nunmehr die §§ 147 Abs. 3, 35 KostO bemüht, um zum Ergebnis zu gelangen, dass die in der Regel komplexe Tätigkeit des Notars³ der Aufbereitung der Strukturdaten kostenfrei erfolgen müsse, steht zu vermuten, dass Billigkeitserwägungen Pate für das gefundene Ergebnis standen und weniger eine klare juristische Deduktion.

Nach § 147 Abs. 3 KostO erhält der Notar u. a. keine Gebühr für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit, soweit nicht schon § 35 KostO die Kostenfreiheit als Nebengeschäft anordnet. „Nebengeschäft“ i. S. d. § 35 KostO sei, was im Verhältnis zum Hauptgeschäft als eine minderwichtige Tätigkeit erscheine, nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung trete und demgemäß nur dazu diene, das Hauptgeschäft vorzubereiten und zu fördern.⁴ Treffend stellt *Bengel*⁵ fest, dass diese vom KG⁶ gefundene Definition als unpräzise, isoliert betrachtet nicht konkret verwertbar, weil nicht aussagekräftige Begründung in zahlreichen späteren kostenrechtlichen Entscheidungen habe erhalten müssen.

Erzeugt der Notar XML-Strukturdaten und übermittelt diese anschließend an das Registergericht, bereitet er gerade nicht durch eine minderwichtige Tätigkeit das Hauptgeschäft vor oder fördert es. Hauptgeschäft ist nämlich nicht die Übermittlung der Registeranmeldung, die durch die Erstellung von Strukturdaten gefördert werden soll. Hauptgeschäft ist vielmehr die Registeranmeldung als solche. Die hierfür erforderliche öffentliche Urkunde (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB) und die ggf. erforderlichen weiteren Dokumente liegen aber bei der Erstellung der Strukturdaten bereits vor. Die Aufbereitung der XML-Daten ist somit ebenso wie die Übermittlung der elektronischen öffentlichen Urkunde und ggf. weiterer Doku-

mente an das Registergericht Teil der Vollzugstätigkeit des Notars. Insoweit hätte sich das OLG Hamm – statt auf § 147 Abs. 3 KostO zu rekurrieren – fragen müssen, ob nicht ein Fall des § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO vorliegt. Diese Norm ist nämlich lex specialis zu § 147 Abs. 3 und daher vorrangig zu prüfen.⁷

III. Kein Fall des § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO

§ 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO bestimmt, dass der Notar für die Übermittlung von Anträgen an das Grundbuchamt oder das Registergericht keine Gebühr erhält, wenn der Antrag mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit im Zusammenhang steht. Unstreitig ist hiernach, dass die Übermittlung der Registeranmeldung – vor Inkrafttreten des EHUG in Papierform, seither in elektronischer Form (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB) – gebührenfrei ist. Im Kern geht es somit darum, welche Tätigkeiten als „Übermittlung“ i. S. d. § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO anzusehen sind und welche den Anwendungsbereich verlassen. Da die Kostenordnung durch das EHUG insoweit keine Ergänzung erfahren hat und demgemäß keinen gesonderten Gebührentatbestand für die Erzeugung von XML-Strukturdaten neben der eigentlichen Übermittlung der Anmeldung vorsieht,⁸ ist die Reichweite des § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO im Bereich der elektronischen Registeranmeldung durch Auslegung zu ermitteln. Einigkeit besteht mit dem OLG Hamm insoweit, als in jedem Fall unmittelbar mit der Übermittlung im Zusammenhang stehende Tätigkeiten des Notars wie etwa das Umwandeln des Papierdokuments in ein elektronisches Dokument (scannen) und die sich anschließende elektronische Übermittlung – abgesehen von Dokumentenpauschalen – gebührenfrei sind.

Die Erstellung der XML-Daten nimmt aber – entgegen OLG Hamm – eine Sonderstellung außerhalb des eigentlichen Vollzugsvorgangs ein. Die Argumentation des Gerichts ist in sich widersprüchlich, wenn es der XML-Datei einerseits „keine eigenständige Bedeutung“ beimisst, andererseits aber die Datei als „integralen Bestandteil des elektronisch ausgestalteten Vollzugsvorganges“ sieht ohne die derselbe „keinerlei Sinn“ mache. Richtig ist vielmehr: Der Notar ist nicht kraft Gesetzes – § 12 HGB enthält hierzu keine Anordnung – zur Übermittlung von Strukturdaten verpflichtet. In einigen Bundesländern – so etwa in Nordrhein-Westfalen⁹ – sind wenigstens rudimentäre XML-Daten wie Aktenzeichen, Kurzbezeichnung des Vorgangs, Firmenname und Name des Einreichers gefordert. Manche Bundesländer – wie etwa Bayern – gehen in Internetbekanntmachungen¹⁰ sogar darüber hinaus und fordern, dass Anmeldungen nach § 12 Abs. 1 HGB auch in weiterverarbeitbarer Form, also im XML-Format, bei Gericht einzureichen sind. In der Praxis liefern die Notare – weil die Beteiligten einen zügigen Vollzug wünschen und sie im Wege funktionaler Aufgabenteilung zwischen ihnen als mittelbaren und den Gerichten als unmittelbaren Justizorganen den durch das EHUG gewünschten Mehrwert schaffen – komplexe XML-Daten, die sämtliche anmelderelevanten Informationen enthalten und die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs ermöglichen.¹¹ Ein derartiges

² Hierzu ausführlich *Sikora/Schwab*, MittBayNot 2007, 1, 3; *Willer/Krafka*, DNotZ, 2006, 885, 886 f.

³ Vgl. etwa die mitunter halbseitigen Eingabehinweise bei *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 1994.

⁴ *Korintenberg/Lappe*, KostO, § 35 Rdnr. 4.

⁵ DNotZ 1996, 361.

⁶ KGJ 53, 324.

⁷ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 147 Rdnr. 34.

⁸ Anders der Entwurf der Expertenkommission zur Reform der Kostenordnung (vgl. dort KV Nr. 22114 und 22125).

⁹ Vgl. § 10 Ziff. 6 der Verordnung über die elektronische Registerführung.

¹⁰ <http://www.justiz.bayern.de/buergerservice/rechtsverkehr/register>.

¹¹ *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439; *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885.

Tätigwerden geht über das bloße „Übermitteln“ von Urkunden, Dokumenten und Daten, wie es § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO vor Augen hat, hinaus. Die Erstellung solcher XML-Daten erfolgt somit im Auftrag der Beteiligten außerhalb des eigentlichen Vollzugsvorgangs. Hierin liegt auch der wesentliche Unterschied zur papiergebundenen (kostenfreien) Übermittlung von Registeranmeldungen. Ob eine Übermittlung an das Gericht papiergebunden oder elektronisch erfolgt, kann kostenrechtlich – von ggf. abweichenden Auslagen abgesehen – keinen Unterschied machen. Geht jedoch durch die Erzeugung komplexer Strukturdaten auf Verlangen der Justiz die Tätigkeit des Notars wesentlich über die im Rahmen papiergebundener Kommunikation hinaus, ist der Anwendungsbereich des § 147 Abs. 1 Nr. 4 KostO verlassen.

IV. Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO – zugleich Fazit

Ein (gebührenfreies) Nebengeschäft nach §§ 147 Abs. 3, 35 KostO liegt nicht vor. Der ohnehin hierzu speziellere § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO ist ebenfalls nicht ohne weiteres anwendbar, weil er im Rahmen des Vollzugs einer Registeranmeldung nur die Übermittlung im engeren Sinne regelt und jedenfalls die Erstellung komplexer, für den Eintragungsvorgang erheblicher Strukturdaten nicht erfasst. Demgemäß bleibt derzeit nur die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO, wenn und weil die Zusammenstellung der XML-Daten im Auftrag der Beteiligten erfolgt, um einen zügigen und reibungslosen Eintragungsvorgang zu verwirklichen.

Soweit das OLG Hamm in diesem Zusammenhang meint, *Tiedtke/Sikora*¹² lägen insoweit falsch, als sie auf den Aufwand für die Dateierstellung abstellten, verkennt das Gericht, dass der Aufwand nicht als Grund dafür dient, überhaupt eine Gebühr anzunehmen (frei nach dem Motto: Wenn der Notar schon [Mehr-]Arbeit hat, dann muss sie auch vergütet werden). Vielmehr ist gemeint, dass der Aufwand der Tätigkeit bei der Höhe der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO – wie stets – zu berücksichtigen ist, wenn es gilt, einen angemessenen Teilwert zu bestimmen. Zudem bleibt das OLG Hamm seiner aufwandsfremden Argumentation selbst nicht treu, wenn es unter Hinweis auf ein Rundschreiben der BNotK feststellt, dass eine Umgestaltung der zur Dateierstellung nötigen Software den Aufwand hierfür habe geringer werden lassen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Kostenordnung derzeit zwar keine ausdrückliche Norm für die Erstellung der XML-Strukturdaten kennt, jedoch gute Gründe vorliegen, die damit in Zusammenhang stehende Tätigkeit des Notars unter § 147 Abs. 2 KostO zu fassen. Jedenfalls lässt sich mit den vom OLG Hamm vorgetragenen Argumenten kein Gebührenerhebungsverbot aus §§ 147 Abs. 3, 35 KostO annehmen. Es bleibt abzuwarten, ob sich andere Obergerichte der bisher alleinigen Auffassung des OLG Hamm anschließen oder der herrschenden Meinung in der Literatur folgen.

Notar a. D. Dr. Markus Sikora, München

¹² MittBayNot 2006, 393, 396.

Öffentliches Recht

15. BauGB § 133 Abs. 3 Satz 2; AO §§ 47, 228, 229; KAG BW § 3 Abs. 1 Nr. 2 b, Nr. 5 a (*Keine Tilgungswirkung einer zahlungsverjährten Vorausleistungsforderung*)

Die in § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB angeordnete Verrechnung mit dem endgültigen Erschließungsbeitrag (mit Tilgungswirkung) erfolgt nur bei einer tatsächlich erbrachten Vorausleistung, nicht dagegen bei einem Erlöschen der Vorausleistungsforderung infolge Eintritts der Zahlungsverjährung.

BVerwG, Urteil vom 19.3.2009, 9 C 10.08

Aus den Gründen:

(...)

Nach dieser Vorschrift ist die Vorausleistung mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen. Die damit angeordnete Tilgungswirkung tritt nach der Rechtsprechung des BVerwG ipso facto, d. h. ohne dass es hierzu eines Verwaltungsakts bedarf, in dem Zeitpunkt ein, in dem die endgültige sachliche Beitragspflicht (§ 133 Abs. 2 BauGB) für das betreffende Grundstück entsteht (Urteile vom 5.9.1975, 4 CB 75.73, Buchholz 406.11, § 133 BBauG Nr. 55 S. 20 f. und vom 26.1.1996, 8 C 14.94, Buchholz 406.11, § 133 BauGB Nr. 125 S. 16 f.). Voraussetzung für den Eintritt der Tilgungswirkung ist, dass der Schuldner auch tatsächlich im Voraus geleistet hat. Dies ist in den vorgenannten Entscheidungen bereits zum Ausdruck gebracht, wenn es dort heißt, dass die Verrechnung nur erfolgt, wenn die Vorausleistung von ihrem Schuldner „erbracht“ worden ist (Urteil vom 5.9.1975, a. a. O., S. 20 oben, Urteil vom 26.1.1996, S. 16). Die Leistung wird in der Regel erbracht durch Zahlung des geschuldeten Betrags (vgl. §§ 224 ff. AO). Dem gleichgestellt ist die Aufrechnung (§ 226 AO). Wenn unter den in § 47 AO genannten Rechtsakten und Ereignissen, die ebenfalls zum Erlöschen der Steuer- bzw. Abgabenschuld führen, auch die Verjährung genannt ist, bezieht sich dies auf die Forderung in dem jeweiligen Steuerverhältnis (bzw. Abgabenverhältnis i. S. v. § 3 Abs. 3 Nr. 2 KAG BW 1982/2005), d. h. es ist zu unterscheiden zwischen der hinsichtlich ihres Schicksals je gesondert zu betrachtenden endgültigen Abgabenschuld einerseits (im Streitfall dem Erschließungsbeitrag gemäß § 133 Abs. 2 BauGB) und einer Vorauszahlungsschuld andererseits (der Vorausleistung gemäß § 133 Abs. 3 BauGB).

Entgegen der Ansicht der Kläger tritt die Tilgungswirkung der Vorausleistung nicht ein, wenn die Vorausleistungsforderung infolge Eintritts der Zahlungsverjährung erloschen ist (a. A. ohne nähere Begründung allein *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 21 Rdnr. 36). Schon der Wortlaut des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB bietet dafür keinen Anhaltspunkt. Auch bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks der Regelung ist kein Grund für eine Gleichstellung von erbrachter (geleisteter) und (nur) durch Verjährung erloschener Vorausleistung ersichtlich. Die „Tatsache der Vorausleistung“, wie das BVerwG in den vorgenannten Entscheidungen formuliert hat, d. h. die tatsächlich erbrachte Vorausleistung, wirkt sich im Zeitpunkt des Entstehens der endgültigen Beitragspflicht nicht anders aus als eine zu diesem Zeitpunkt erbrachte Leistung auf die endgültige Beitragsschuld. Der Eintritt dieser Erfüllungswirkung war nur so lange aufgeschoben, wie es noch an dem endgültigen Beitragsanspruch gefehlt hat, dessen Erfüllung sie letztlich dienen sollte (Urteile vom 5.9.1975, a. a. O., S. 20 und vom 26.1.1996, a. a. O., S. 17).

16. BGB §§ 463, 646 Abs. 2; BauGB § 28 Abs. 2 Satz 2 (*Auslösung eines sanierungsrechtlichen Vorkaufsrechts bei Immobilienkauf zwischen GbR und beteiligter GmbH*)

Ein notarieller Kaufvertrag zwischen einer GmbH und einer GbR, an der die GmbH mit 10 % beteiligt ist und deren Zweck auch der Handel mit Immobilien ist, stellt keine Einbringung eines Kaufobjekts in die Gesellschaft dar, wenn die Beteiligten über das Bestehen eines sanierungsrechtlichen Vorkaufsrechts belehrt wurden. Der Verkauf eines Grundstücks von einer GmbH an eine aus dieser und einer weiteren GmbH als Gesellschafter bestehenden GbR ist als Verkauf an einen „Dritten“ im Sinne des Vorkaufsrechts zu qualifizieren. Tritt eine Gemeinde aufgrund der Vorschriften des Baurechts in den Kaufvertrag ein, besteht von Gesetzes wegen keine Möglichkeit der Heraufsetzung des Kaufpreises.

VG Saarlouis, Beschluss vom 12.2.2009, 5 L 69/09

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist bislang nicht mit Gründen abgedruckt.

Steuerrecht

17. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 1 a, 33, 33 a Abs. 1 und 5; BGB § 1585 Abs. 2 (*Abfindung von Unterhaltsansprüchen als außergewöhnliche Belastung*)

- 1. Aufwendungen für den typischen Unterhaltsbedarf – insbesondere Ernährung, Kleidung, Wohnung, Hausrat, Versicherungen – einer dem Steuerpflichtigen gegenüber unterhaltsberechtigten Person können nur nach § 33 a Abs. 1 EStG abgezogen werden; Unterhaltsleistungen, mit denen ein besonderer und außergewöhnlicher Bedarf abgedeckt wird – z. B. Krankheitskosten oder Pflegekosten – dagegen nach § 33 EStG.**
- 2. Die Abgrenzung der typischen von den untypischen Unterhaltsaufwendungen richtet sich nach deren Anlass und Zweckbestimmung, nicht nach deren Zahlungsweise. Die Abfindung der Unterhaltsansprüche des geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten fällt daher auch dann unter § 33 a Abs. 1 EStG, wenn der Steuerpflichtige dazu verpflichtet ist.**

BFH, Urteil vom 19.6.2008, III R 57/05

Der Kläger war seit 1974 in erster Ehe verheiratet. Am 27.1.1999 schloss er mit seiner damaligen Ehefrau im Hinblick auf die bevorstehende Ehescheidung einen notariellen Vertrag, in dem unter anderem Gütertrennung, Regelungen über den Zugewinnausgleich, ein Erbverzicht, die Freistellung der Ehefrau von Verbindlichkeiten und das Einverständnis der Eheleute in eine Scheidungsklage vereinbart wurden. Weiterhin verpflichtete sich der Kläger für den Fall der rechtskräftigen Scheidung an seine Ehefrau eine einmalige Zahlung von 1.458.000 DM zu leisten. Der Betrag wird in dem notariellen Vertrag als Unterhaltszahlung bezeichnet. In diesem Betrag war eine einmalige Zahlung von 600.000 DM enthalten, die am 1.2.1999 fällig sein sollte. Die übrigen Beträge waren bei Vertragsabschluss bereits durch Zahlung bzw. Verrechnung getilgt. Im Hinblick auf die Zahlungsverpflichtung des Klägers verzichteten die Eheleute einvernehmlich auf gegenseitige Unterhaltsansprüche.

Die Ehe wurde noch in demselben Jahr (1999) geschieden. Den von ihm entsprechend dem notariellen Vertrag gezahlten Betrag von 600.000 DM finanzierte der Kläger mittels eines Darlehens, für das im Streitjahr 1999 Schuldzinsen in Höhe von 27.416,67 DM anfielen.

Seit dem 14.9.1999 ist der Kläger mit der Klägerin verheiratet. In der gemeinsamen Einkommensteuererklärung für 1999 machte er neben seinen Scheidungskosten in Höhe von 9.690 DM den im notariellen Vertrag als Unterhaltsleistung bezifferten Betrag in Höhe von 1.458.000 DM und die für die Finanzierung des Teilbetrags von 600.000 DM aufgewendeten Schuldzinsen als außergewöhnliche Belastung nach § 33 EStG geltend. Das beklagte FA berücksichtigte lediglich die Scheidungskosten. Der Einspruch blieb insoweit ohne Erfolg.

Das FG zog – entsprechend dem Hilfsantrag der Kläger – Unterhaltszahlungen in Höhe von 27.000 DM als Sonderausgaben ab (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Im Übrigen wies es die Klage, mit der die Berücksichtigung des im notariellen Vertrag als Unterhaltsleistung bezeichneten Betrags von 1.458.000 DM und der Zinsen für die Finanzierung des Teilbetrags von 27.416,67 DM als außergewöhnliche Belastungen gemäß § 33 EStG erstrebt wurde, ab (FG Köln, EFG 2006, 414). Es entschied, Kapitalabfindungen für künftigen Unterhalt seien als typische Unterhaltsaufwendungen zu beurteilen. Diese könnten nur nach § 33 a EStG abgezogen werden, ein Abzug nach § 33 EStG sei wegen § 33 a Abs. 5 EStG ausgeschlossen. Die Voraussetzungen des § 1585 Abs. 2 BGB lägen nicht vor. Die von den Klägern genannten Gründe – Krebserkrankungen sowohl des Klägers wie auch der damaligen Ehefrau sowie der mögliche Verlust der gutdotierten Stellung des Klägers – seien nicht als wichtiger Grund i. S. d. § 1585 Abs. 2 BGB anerkannt. Der Abzug der einzelnen Positionen scheitere zudem daran, dass es sich bei diesen Beträgen nicht um Unterhalt handele, sondern um den Vermögens- und Zugewinnausgleich zwischen dem Kläger und der ehemaligen Ehefrau.

Mit der Revision tragen die Kläger vor, die Abfindung künftiger Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten sei zwar grundsätzlich nicht zwangsläufig (BFHE 185, 409 = BStBl II 1998, S. 605). § 33 EStG bleibe aber anwendbar, wenn die Kapitalabfindung unfreiwillig erfolge. Dies werde insbesondere im Falle des § 1585 Abs. 2 BGB angenommen, dessen Voraussetzungen im Streitfall erfüllt seien (z. B. Schmidt/Loschelder, EStG, 27. Aufl., § 33 a Rdnr. 5), was das FG rechtsfehlerhaft verkannt habe. Das „Auseinandersetzungspaket“ habe der geschiedenen Ehefrau – zusammen mit dem Versorgungsausgleich – eine selbständige Lebensstellung verschafft. Ihre Ansprüche seien auch i. S. d. § 1585 Abs. 2 BGB gefährdet gewesen. Die Kapitalabfindung sei in voller Höhe und nicht lediglich in Höhe der Addition der Höchstbeträge nach § 33 a Abs. 1 EStG für die betroffenen Jahre abziehbar.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet, denn Unterhaltsaufwendungen können nur dann nach § 33 EStG abgezogen werden, wenn sie atypischen Unterhaltsbedarf abdecken (1.). Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, ob die Kapitalisierung zwangsläufig war (2.).

1. Der Kläger wurde durch die Abfindungszahlung nicht i. S. d. § 33 EStG außergewöhnlich belastet, weil sie für den typischen Unterhaltsbedarf der ehemaligen Ehefrau geleistet wurde.

a) Aufwendungen für den Unterhalt einer dem Steuerpflichtigen oder seinem Ehegatten gegenüber unterhaltsberechtigten Person können nach § 33 a Abs. 1 EStG bis zu 7.680 € – im Streitjahr 1999 bis zu 13.020 DM – vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden. § 33 a Abs. 1 EStG erfasst nur übliche, typische Aufwendungen zur Bestreitung des Lebensunterhaltes (ständige Rechtsprechung, z. B. BFHE 154, 111 = BStBl II 1988, S. 830 m. w. N.; BFH/NV 2005, 523; Mellingerhoff in Kirchhof, EStG, 8. Aufl., § 33 a Rdnr. 7; Kanzler in Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 a EStG Rdnr. 38; Blümich/Heger, § 33 a EStG Rdnr. 100). Dazu gehören insbesondere Aufwendungen für Ernährung, Kleidung, Wohnung, Hausrat sowie notwendige Versicherungen (BFHE 110, 547 = BStBl II 1974, S. 86, betr. Krankenversicherung, und BFHE 131, 475 = BStBl II 1981, S. 31), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob mit den Zuwendungen ein einfacher Lebensstil oder gehö-

bene Ansprüche finanziert werden (BFH/NV 1991, 308). Der von § 33 a Abs. 1 EStG umfasste Bereich ist insofern enger als der den „gesamten Lebensbedarf“ und damit z. B. auch Krankheitskosten umfassende (vgl. § 1610 Abs. 2 BGB) Unterhaltsbegriff des bürgerlichen Rechts (BFH/NV 1997, 755). Diese für den typischen Lebensunterhalt des Empfängers bestimmten Unterhaltsaufwendungen können nur bis zum gesetzlichen Höchstbetrag des § 33 a Abs. 1 Satz 1 EStG abgezogen werden, sie sind vom Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen (§ 33 a Abs. 5 EStG).

Untypische Unterhaltsleistungen, mit denen ein besonderer und außergewöhnlicher Bedarf abgedeckt wird – z. B. die Übernahme von Krankheits- oder Pflegekosten –, können dagegen nach § 33 EStG abgezogen werden, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht in der Lage ist, diese Aufwendungen selbst zu tragen (BFHE 154, 111 = BStBl II 1988, S. 830; BFHE 162, 231 = BStBl II 1991, S. 62; *Kanzler* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 a EStG Rdnr. 38 zieht insoweit die Parallele zur zivilrechtlichen Unterscheidung von laufendem Unterhalt und Sonderbedarf, z. B. nach § 1613 Abs. 2 BGB). Aufwendungen für die krankheitsbedingte Unterbringung von Angehörigen im Altenpflegeheim fallen deshalb unter § 33 EStG, während Aufwendungen für deren altersbedingte Heimunterbringung nur nach § 33 a Abs. 1 EStG berücksichtigt werden können (BFHE 191, 280 = BStBl II 2000, S. 294).

b) Die Abgrenzung der typischen von den untypischen Unterhaltsaufwendungen richtet sich nach deren Anlass und Zweckbestimmung, nicht aber danach, ob sie regelmäßig oder einmalig anfallen, und ob sie für den Bedarf des laufenden Veranlagungszeitraumes bestimmt sind oder – wie im Streitfall – im Voraus zur Abgeltung künftigen Bedarfs bzw. künftiger Ansprüche geleistet werden (so schon BFHE 101, 384 = BStBl II 1971, S. 325; vgl. auch BFH/NV 2005, 1276 m. w. N.; *Arndt* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 33 Rdnr. B 68; *Pust* in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 33 a Rdnr. 115; a. A. *Schmidt/Loschelder*, EStG, § 33 a Rdnr. 5).

aa) Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 33 a EStG. Der Abzug von Unterhaltsaufwendungen nach § 33 a Abs. 1 EStG durch das Gesetz zur Neuordnung von Steuern vom 16.12.1954 (BGBl I 1954, S. 373 = BStBl I 1954, S. 575) wurde geschaffen, um die in der Regel höhere Ermäßigung nach § 33 EStG zu verhindern und den Abzug an die Steuerermäßigung für Familienangehörige (§ 32 EStG 1953) anzugleichen (BT-Drucks. II/481, S. 92; *Kanzler* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 33 a EStG Rdnr. 2 und 38). Dementsprechend orientiert sich der Höchstbetrag nach § 33 a Abs. 1 EStG am Grundfreibetrag (§ 32 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG).

§ 33 EStG berücksichtigt Situationen, in denen das Existenzminimum des Steuerpflichtigen infolge zwangsläufig größerer und existentiell notwendiger privater Aufwendungen gegenüber dem Normalfall erhöht ist. Würde diese Anforderung nicht auf den Empfänger der Unterhaltszahlungen übertragen, d. h. könnten kapitalisierte Unterhaltsabfindungen über die durch § 33 a Abs. 1 Satz 1 EStG gezogenen Grenzen hinaus unter besonderen Voraussetzungen (z. B. Kapitalisierung) auch dann nach § 33 EStG abgezogen werden, wenn sie für den üblichen Lebensbedarf bestimmt sind, käme es zu einem Wertungswiderspruch: Der Transfer von Einkünften vom unterhaltsverpflichteten auf den unterhaltsberechtigten geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten ist nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG auf 13.805 € – im Streitjahr 1999 27.000 DM – beschränkt. Damit stünde nicht im Einklang, wenn der Unterhaltsverpflichtete stattdessen Aufwendungen

für den typischen Lebensunterhalt des Unterhaltsberechtigten auch dann steuerlich abziehen könnte, wenn sie den Grundfreibetrag des Empfängers um ein Vielfaches übersteigen, und ohne dass dies – wie beim begrenzten Realsplitting (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 22 Nr. 1 a EStG) – durch eine Besteuerung beim Empfänger ausgeglichen würde.

Zudem hinge die Abziehbarkeit einer hohen Unterhaltszahlung davon ab, ob diese nur den laufenden Bedarf abdeckt oder auch den Unterhalt künftiger Jahre, obwohl dies für die nach dem Prinzip der Abschnittbesteuerung maßgebliche steuerliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten im Jahr der Zahlung ohne Bedeutung ist.

bb) Die Zahlungsweise ist auch kein geeignetes Merkmal für die Einordnung typischer Unterhaltszahlungen. Diese grundsätzlich dem § 33 a Abs. 1 EStG zu unterstellen, bei erzwungener Vorauszahlung oder Abfindung aber § 33 EStG anzuwenden, wäre nicht überzeugend. Beide Vorschriften setzen die Zwangsläufigkeit der Belastung voraus: § 33 EStG durch die Formulierung des Tatbestandes („zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl ...“), und § 33 a Abs. 1 EStG wegen der gesetzlichen Unterhaltsberechtigung des Empfängers. Die Verpflichtung, den Unterhalt nicht – wie üblich – monatlich, sondern in einer Summe vor auszuzahlen, kann danach keine die Anwendung des § 33 EStG gebietende gesteigerte Zwangslage begründen. Erfüllen die Unterhaltsleistungen den Tatbestand des § 33 a Abs. 1 Satz 1 EStG, so bleibt es bei der Ausschlusswirkung des § 33 a Abs. 5 EStG.

2. Unerheblich ist danach sowohl, ob die ehemalige Ehefrau – wie die Kläger im Gegensatz zum FG meinen – einen Anspruch nach § 1585 Abs. 2 BGB hatte und die Abfindung ihrer Unterhaltsansprüche deshalb zwangsläufig war, als auch, ob es sich bei der Abfindung – wie die Kläger meinen – vollen Umfangs um Unterhalt oder – wie das FG entschied – teilweise um die Erfüllung der Zugewinnausgleichsverpflichtung handelte.

18. EStG § 15 Abs. 2 (*Gewerblicher Grundstückshandel bei Personengesellschaft*)

1. **Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Personengesellschaft wegen Überschreitung der sog. Drei-Objekt-Grenze den Bereich der privaten Vermögensverwaltung verlassen hat, sind solche Grundstücksaktivitäten nicht mitzuzählen, die die Gesellschafter allein oder im Rahmen einer anderen gewerblich tätigen Personengesellschaft entwickelt haben.**
2. **Ein zeitlicher Zusammenhang von mehr als zwei Jahren zwischen Erwerb oder Bebauung und (nachfolgender) Veräußerung eines Grundstücks gestattet für sich genommen nicht den Schluss, dass der Grundbesitz mit der unbedingten Absicht erworben oder bebaut worden ist, ihn alsbald zu verkaufen. Das gilt auch dann, wenn der Veräußerer Grundstücksmakler ist oder der Baubranche angehört.**

BFH, Urteil vom 17.12.2008, IV R 72/07

Die Kläger waren zu je 50 v. H. an der B-OHG (im Folgenden auch: OHG) beteiligt. Die OHG war im Streitjahr (1995) auf dem Gebiet des gewerblichen Grundstückshandels tätig. Sie erwarb unbebaute Grundstücke, ließ Planungen erstellen, bebaute die Grundstücke bzw. ließ sie bebauen und veräußerte sie anschließend; ferner erwarb und verkaufte sie bebaute Grundstücke. Teilweise wurden die Objekte auch erst nach Vermietung weiterveräußert. Zum 31.12. des Streit-

jahres wurde die OHG aufgelöst; die Tätigkeit der OHG wurde durch die B-GmbH fortgeführt.

Die Kläger waren ferner als Makler bzw. Bauunternehmer tätig.

Neben der OHG bestand im Streitjahr (1995) die A Grundstücksgemeinschaft, an der die Kläger ebenfalls zu 50 v. H. beteiligt waren. Die Tätigkeit der Gemeinschaft bestand zunächst aus dem Ankauf von Objekten, deren Vermietung und Verwaltung. In den Jahren 1992 bis 1996 hielten die Kläger mindestens sechs Objekte in der Gemeinschaft.

Die hier interessierenden Objekte S-Straße 1 und 2 hatten die Kläger Ende 1990 zu je 1/2 in Bruchteilsgemeinschaft erworben. Die Gesamtfläche des Grundstücks betrug rund 1 500 m².

Im November 1991 schlossen die Kläger mit einer Bank einen Darlehensvertrag über insgesamt 3 Mio. DM ab. Tilgungsbeginn sollte am 1.4.1992 sein. Das Darlehen sollte bis zum 31.10.2001 laufen. Als Berufsbezeichnung/Geschäftszweig gaben die Kläger Unternehmer/B-OHG an. Die Tilgungspläne wiesen größtenteils „... i. Fa. B OHG“ als Adressaten aus. Weitere 350.000 DM wurden lediglich bis zum 30.7.1992 fremdfinanziert. Daneben sollte Eigenkapital in Höhe von 1.025.000 DM eingesetzt werden.

Nach dem Erwerb wurde das Grundstück Nr. 1 bebaut, das Grundstück Nr. 2 durch entsprechende Umbauten zur gemeinsamen Nutzung mit dem Grundstück Nr. 1 hergerichtet. Es wurde ein einheitliches Gewerbeobjekt mit Arztpraxen, Büroräumen, Ladenlokal usw. erstellt. Der Baukostenaufwand belief sich auf 2.130.000 DM.

Der Komplex wurde im Jahre 1992 fertig gestellt und sodann zu gewerblichen Zwecken vermietet. Die vereinbarten Mietlaufzeiten betragen zwischen 10 und 15 Jahren.

Im April 1995 verkauften die Kläger das Gesamtobjekt zu einem Verkaufspreis von 4.475.000 DM. Das Darlehen bei der Bank wurde durch die Erwerber übernommen; die Kläger zahlten an die Darlehensgeber Vorfälligkeitsentschädigungen. Von dem Erlös schafften sie ein anderes Gewerbeobjekt an.

Die Kläger erklärten im Rahmen der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der Grundstücksgemeinschaft für das Streitjahr hinsichtlich des Objektes S-Straße Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Im Rahmen einer Betriebsprüfung gelangte der Prüfer zu der Auffassung, die Gemeinschaft sei hinsichtlich des Objektes S-Straße als gewerblicher Grundstückshändler aufgetreten; es sei insoweit ein Veräußerungsgewinn in Höhe von 1.857.989 DM anzunehmen. Dabei berief sich der Prüfer auf die Rechtsprechung des X. Senats des BFH zum gewerblichen Grundstückshandel in Bebauungsfällen, der der Große Senat des BFH in seinem Beschluss vom 10.12.2001 (BFHE 197, 240 = BStBl II 2002, S. 291) nicht gefolgt ist.

Das beklagte FA folgte den Feststellungen des Prüfers. Hiergegen wandten sich die Kläger nach erfolglosem Einspruch mit der Klage.

Zur Begründung machten sie geltend, beim Erwerb des Objektes S-Straße hätten sie nicht die Absicht der Veräußerung, sondern der langfristigen Vermietung gehabt. Diese Absicht hätten sie durch tatsächliche langfristige Vermietung verwirklicht. Entsprechend sei auch die Finanzierung langfristig angelegt gewesen. Auch Personen, die als gewerbliche Grundstückshändler tätig seien, könnten neben ihrem insoweit bestehenden Betriebsvermögen Grundstücke im Privatvermögen halten. Nach dem vom Großen Senat des BFH im Beschluss vom 11.4.2005 (BFHE 209, 399 = BStBl II 2005, S. 679) aufgestellten Grundsätzen könne eine eventuelle Umqualifizierung der Einkünfte erst im Rahmen der Einkommensbesteuerung auf der Ebene der Gesellschafter stattfinden.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Urteil des FG vom 7.11.2006 ist in EFG 2008, 952 veröffentlicht.

Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Kläger.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Stattgabe der Klage.

Die Kläger haben in der hier in Rede stehenden Grundstücksgemeinschaft keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Insbesondere haben sie keinen gewerblichen Grundstückshandel betrieben.

Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das negative Erfordernis aufgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln darf (vgl. z. B. BFHE 212, 106 = BStBl II 2006, S. 259).

a) Entgegen der Auffassung von FA und FG haben die Kläger mit ihren in der Grundstücksgemeinschaft enthaltenen Aktivitäten den Bereich der privaten Vermögensverwaltung nicht bereits deswegen verlassen, weil sie – wenn auch zum Teil im Rahmen einer anderen GbR – mehr als drei Objekte veräußert und somit die vom BFH für die Beurteilung der Gewerblichkeit von Grundstücksverkäufen aufgestellte sog. Drei-Objekt-Grenze (vgl. im Einzelnen BFHE 197, 240 = BStBl II 2002, S. 291, unter C. III.1. und 2. der Gründe) überschritten hätten.

aa) FA und FG missverstehen den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995 (BFHE 178, 86 = BStBl II 1995, S. 617) sowie das Senatsurteil vom 7.3.1996 (BFHE 180, 121 = BStBl II 1996, S. 369), wenn sie aus diesen Entscheidungen herleiten wollen, für die Frage, ob eine Personengesellschaft (Gemeinschaft), die selbst weniger als vier Objekte veräußert, den Bereich der privaten Vermögensverwaltung verlassen hat, seien auch Grundstücksverkäufe seitens einer gesellschafteridentischen Grundstückshandelsgesellschaft heranzuziehen.

bb) In seinem Beschluss in BFHE 178, 86 = BStBl II 1995, S. 617 hat der Große Senat des BFH lediglich erkannt, dass Grundstücksveräußerungen einer Personengesellschaft (Gemeinschaft) bei der Frage, ob einer ihrer Gesellschafter (Gesellschafter) die Drei-Objekt-Grenze überschritten hat, mitzuzählen sind. Dass umgekehrt die von einem Gesellschafter – allein oder innerhalb einer anderen Gesellschaft – entwickelten Grundstücksaktivitäten bei der Frage, ob die Personengesellschaft die Drei-Objekt-Grenze überschritten hat, mitzuzählen sind, hat er nicht entschieden. Vielmehr beruhte die Anrufung des Großen Senats gerade darauf, dass der BFH eine solche Hinzurechnung auf der Ebene der Gesellschaft wegen des Grundsatzes der Einheit der Gesellschaft (BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, S. 751) als unzulässig angesehen hat (BFHE 163, 66 = BStBl II 1991, S. 345) und dass der IV. Senat in seinem Urteil vom 25.4.1991 (BFHE 165, 188 = BStBl II 1992, S. 283) – weitergehend – es sogar für denkbar gehalten hat, dass derselbe Grundsatz auch eine Zurechnung der von der Gesellschaft veräußerten Objekte beim Gesellschafter verbiete, was der Große Senat sodann verneinte (BFHE 178, 86 = BStBl II 1995, S. 617, unter C. III.3. der Gründe einerseits sowie unter C. IV. der Gründe andererseits).

cc) Verbietet der Grundsatz der Einheit der Gesellschaft bei der Beantwortung der Frage, ob die Drei-Objekt-Grenze überschritten ist, die Zusammenrechnung der Grundstücksverkäufe zweier Personengesellschaften, deren Gesellschafter teilweise identisch sind, so muss dasselbe für Gesellschaften gelten, an denen ausschließlich dieselben Personen beteiligt sind (vgl. auch BFH/NV 2005, 1737). Hiervon ist auch der erkennende Senat in seinem Urteil in BFHE 180, 121 = BStBl II 1996, S. 369 ausgegangen. Eine Ausnahme hat er lediglich für den Fall zugelassen, dass beide Gesellschaften nicht nur

personenidentisch, sondern auch – jeweils für sich genommen – lediglich vermögensverwaltend tätig sind (unter I.2. der Gründe, letzter Absatz; ebenso *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 27. Aufl., § 15 Rdnr. 70; *Kempermann*, DStR 1996, 1156, 1159, unter 2.b).

dd) Die letztgenannte Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt, weil die OHG, deren Verkäufe das FA der Betätigung der Kläger in der Grundstücksgemeinschaft zurechnen will, gewerblich tätig war. Es kann daher dahinstehen, ob die im Senatsurteil in BFHE 180, 121 = BStBl II 1996, S. 369 aufgestellten Grundsätze nach der Entscheidung des Großen Senats des BFH in BFHE 209, 399 = BStBl II 2005, S. 679 insoweit überholt sind, als ein einheitliches Feststellungsverfahren für sämtliche (vermögensverwaltenden) Objektgesellschaften nur (noch) dann in Betracht kommen kann, wenn die Beteiligungen an diesen Gesellschaften durch einen gemeinsamen Zweck verbunden sind (BFH/NV 2006, 14).

ee) Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sich im Rahmen eines von einer Mitunternehmerschaft ausgeübten gewerblichen Grundstückshandels die übrigen Gesellschafter die Branchenkenntnisse und Geschäftsbeziehungen auch nur eines Gesellschafters als Vertretungsorgan zurechnen lassen müssen (BFH/NV 1996, 466). Denn die Drei-Objekt-Grenze zur Abgrenzung von gewerblichem Grundstückshandel und privater Vermögensverwaltung ist für die Qualifikation der Einkünfte einer Personengesellschaft auch in Fällen der sog. Branchennähe der Gesellschafter zu beachten (BFH/NV 2002, 1571).

ff) Der Umstand, dass die Verkäufe durch die verschiedenen Personengesellschaften nach den vom Großen Senat des BFH im Beschluss in BFHE 178, 86 = BStBl II 1995, S. 617 aufgestellten Grundsätzen bei der Veranlagung der Gesellschafter selbst zusammenzuzählen sind, ist für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren, in dem es um die Gewinnfeststellung einer der Gesellschaften bzw. Gemeinschaften geht, ohne Bedeutung.

b) Die Feststellungen des FG erlauben auch nicht den Schluss, die Kläger hätten in ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verbundenheit hinsichtlich der Objekte S-Straße 1 und 2 die Bebauung bzw. sonstige werterhöhende Maßnahmen (Umbauten) in unbedingter Veräußerungsabsicht vorgenommen, so dass bereits aus diesem Grund – unabhängig vom Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze – der Bereich der privaten Vermögensverwaltung verlassen sein könnte (BFHE 197, 240 = BStBl II 2002, S. 291, unter C. III.5. der Gründe; BFHE 212, 106 = BStBl II 2006, S. 259, unter I.1. b der Gründe).

aa) Insbesondere lässt sich eine solche Schlussfolgerung nicht aus einem vermeintlichen „engen zeitlichen Zusammenhang“ zwischen der Bebauung bzw. Umgestaltung der Grundstücke und dem anschließenden Verkauf ziehen.

bb) Wie sich aus dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 197, 240 = BStBl II 2002, S. 291, unter C. III.4. der Gründe ergibt, kann das Vorhandensein einer unbedingten Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt der Bebauung oder Umgestaltung des Grundstücks nicht allein aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen den jeweiligen Aktivitäten hergeleitet werden. Gegenteiliges lässt sich – anders als vom FG in Betracht gezogen – auch nicht aus dem Urteil des X. Senats des BFH vom 15.3.2005 (BFHE 209, 320 = BStBl II 2005, S. 817) entnehmen. Zwar heißt es dort: „Beträgt der Zeitabstand zwischen Ankauf bzw. Bebauung und Veräußerung weniger als ein Jahr, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass zumindest auch die Ausnutzung des Vermögenswertes selbst in Erwägung gezogen worden ist; dies ist für die Bejahung

einer gewerblichen Betätigung ausreichend (BFHE 164, 347 = BStBl II 1991, S. 844, und BFH/NV 1994, 94 m. w. N.).“

Dieser Satz muss aber im Kontext mit den dort zitierten Urteilen gesehen werden. Sie betreffen durchweg Fälle, in denen die Drei-Objekt-Grenze überschritten war. Die Äußerung darf zum einen nicht dahingehend missverstanden werden, dass auch in Fällen, in denen die Drei-Objekt-Grenze nicht überschritten ist, eine bedingte Veräußerungsabsicht („In-Erwägung-Ziehen“) genüge, um einen gewerblichen Grundstückshandel zu begründen. Etwas anderes wollte der X. Senat des BFH auch nicht aussagen (vgl. auch BFH/NV 2008, 68, unter 2. der Gründe). So wird unmittelbar im Anschluss an die zitierte Stelle ausgeführt, es handele sich bei dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen Errichtung oder Anschaffung und Verkauf um ein Indiz, das geeignet sei, die tatrichterliche Feststellung zu stützen, dass das Grundstück nicht für Zwecke der privaten Vermögensverwaltung erworben worden sei. An anderer Stelle heißt es, die Feststellung des FG, der Kläger habe „nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zweifelsfrei von vornherein eine unbedingte Veräußerungsabsicht“ gehabt, sei nachvollziehbar getroffen worden (unter B. II.3. a bb der Gründe).

cc) Ein „enger zeitlicher Zusammenhang“ zwischen Erwerb oder Bebauung und (nachfolgender) Veräußerung des Grundstücks ist für sich genommen im hier interessierenden Zusammenhang irrelevant. Auch wenn zwischen dem Erwerb oder der Bebauung einerseits und dem Sichtbarwerden des Veräußerungsentschlusses andererseits nur wenige Wochen liegen, ist nicht ausgeschlossen, dass es während dieser Zeit hinsichtlich der beabsichtigten Verwertung des Grundstücks zu einem Sinneswandel gekommen ist. Mithin steht in diesen Fällen nicht aufgrund objektiver Umstände fest, dass der Grundbesitz mit der unbedingten Absicht erworben oder bebaut worden ist, ihn alsbald zu verkaufen. Nur wenn andere Umstände dafür sprechen, dass bereits beim Erwerb oder bei der Bebauung des Grundstücks eine unbedingte Veräußerungsabsicht bestand, kann die Indizwirkung dieser Umstände durch die Kürze der zwischen Erwerb oder Bebauung und Verkauf liegenden Zeit verstärkt werden. Hiervon geht auch das Urteil des X. Senats des BFH vom 7.5.2008 (BFHE 221, 144 = BStBl II 2008, S. 711) aus, wenn es dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Grundstückskauf, Bebauung und Veräußerung lediglich neben der relativ kurzfristigen Finanzierung Indizwirkung dafür beigemessen hat, dass eine langfristige private Vermögensanlage nicht im Vordergrund gestanden habe (unter II.3. c der Gründe).

dd) Bei der Auslegung des Begriffes „enger zeitlicher Zusammenhang“ ist in Betracht zu ziehen, dass der Große Senat des BFH – wie ausgeführt – diesem Kriterium keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen wollte. Im Streitfall muss die Frage, wann ein zeitlicher Zusammenhang als „eng“ anzusehen ist, nicht vertieft werden. Der von den Klägern errichtete Gebäudekomplex wurde im Jahre 1992 fertig gestellt, sodann zu gewerblichen Zwecken vermietet und erst im April 1995 verkauft. Von einem „engen zeitlichen Zusammenhang“ kann angesichts dessen keine Rede sein. Ohnehin fehlt es an anderen Indizien, die für das Bestehen einer unbedingten Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt der Bebauung sprechen könnten.

ee) Schließlich vermag der Senat dem FG nicht zu folgen, wenn es in den Aktivitäten der gesellschafteridentischen OHG ein Indiz für die unbedingte Veräußerungsabsicht hinsichtlich der hier in Rede stehenden Objekte sehen will. Eine solche Schlussfolgerung verkennt, dass ein Steuerpflichtiger hinsichtlich verschiedener Grundstücke verschiedene Vorstellungen über die Art ihrer Verwendung haben kann.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Entwurf der Kostenordnung der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“

Am 10.2.2009 hat die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Expertenkommission einen Entwurf zur Neuregelung des notariellen Kostenrechts vorgelegt. Er wird das Gesetzgebungsverfahren wesentlich prägen. In welchem Umfang der Vorschlag in einen Referentenentwurf mündet, soll von den Ergebnissen eines derzeit stattfindenden Praxistests abhängen.

I. Grundstrukturen

Der Entwurf hält an zentralen Grundprinzipien der KostO fest, insbesondere an der Verbindung mit den Gerichtskosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1 Abs. 1 KostO-E), an der Wertgebühr (§ 2 Abs. 1 KostO-E) und am Verbot von Gebührenvereinbarungen (§ 78 KostO-E).

Gebühren- und Auslagentatbestände werden ausschließlich in einem tabellarischen Verzeichnis geregelt (Kostenverzeichnis), das dem Entwurf als Anlage beigelegt ist (§ 2 Abs. 2 KostO-E). Das Kostenverzeichnis ist abschließend; eine § 147 Abs. 2 KostO vergleichbare Auffangnorm ist nicht mehr vorgesehen. Dadurch soll mehr Gebührentransparenz geschaffen werden. Neu ist die Möglichkeit, in Ausnahmefällen, nämlich nur für Tätigkeiten des Notars, die nicht mit gebührenpflichtigen Amtshandlungen zusammenhängen, im Wege des öffentlichrechtlichen Vertrages eine Gebührenvereinbarung zu treffen (§ 79 Abs. 1 KostO-E).

Die Gebührenstruktur wird erneuert: Die bisherige Aktsgebühr wird durch eine Verfahrensgebühr ersetzt. Daneben treten die Vollzugsgebühr und die Betreuungsgebühr. Jede von ihnen fällt pro Beurkundungsverfahren höchstens einmal an (§ 45 Abs. 1 KostO-E), und zwar aus dem gleichen Geschäftswert. Hat ein Beurkundungsverfahren mehrere Gegenstände, sind deren Werte grundsätzlich zusammenzurechnen (§ 14 Abs. 1 KostO-E).

Neu sind spezifische Mindestgebühren, die im unteren Wertbereich zu deutlichen Gebührenerhöhungen führen. Sie betragen beispielsweise für die Beurkundung von Verträgen 100 € (Nr. 21.100 KV KostO-E) und 25 € für Handelsregisteranmeldungen und Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt. Der Auffanggeschäftswert wird von 3.000 € auf 5.000 € angehoben (§ 13 Abs. 3 KostO-E).

II. Vollzugsgebühr

Die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO bleibt grundsätzlich mit einem Gebührensatz von 0,5 erhalten (Nr. 22.110 KV KostO-E), gilt aber über Grundstücksveräußerungen hinaus für alle Geschäfte, z. B. auch im Gesellschaftsrecht. Maßgeblich ist immer der *volle Wert* des Beurkundungsverfahrens (§ 65 Satz 1 KostO-E); Teilwertbildungen finden in diesem Bereich nicht mehr statt.

Beschränkt sich die Vollzugstätigkeit des Notars allerdings auf das Anfordern oder Prüfen einer Erklärung oder Bescheinigung nach öffentlichrechtlichen Vorschriften, etwa das Zeugnis nach § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB oder die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, beträgt die Vollzugsgebühr höchstens 50 € je Tätigkeit (Nr. 22.111 KV

KostO-E). Für die Einholung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bleibt es jedoch bei dem Gebührensatz 0,5 (Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 2 KV KostO-E).

III. Betreuungsgebühr

Auch mehrere Betreuungstätigkeiten, etwa die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit und die Vorlagesperre oder die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG, wenn Umstände außerhalb der Urkunde zu prüfen waren, lösen nach dem Entwurf eine Betreuungsgebühr aus (§ 45 Abs. 1 Alt. 3 KostO-E). Es gilt wie bei der Vollzugsgebühr ein Gebührensatz von 0,5 (Nr. 22.200 KV KostO-E) aus dem *vollen Wert* des Beurkundungsverfahrens (§ 66 Abs. 1 KostO-E).

Mit der Betreuungsgebühr abgegolten ist die Beachtung von Treuhandaufgaben eines am Beurkundungsverfahren Beteiligten (Nr. 22.200 Nr. 3 KV KostO-E). Daneben entsteht eine Treuhandgebühr mit einem Satz von 0,5 aus dem Wert des Sicherungsinteresses (§ 66 Abs. 2 KostO-E), wenn der Notar Aufgaben eines nicht unmittelbar am Beurkundungsverfahren Beteiligten beachten muss (Nr. 22.201 Satz 1 KV KostO-E).

IV. Vollmacht, Angebot, isolierte Auflassung

Der Geschäftswert von Vollmachten und privatrechtlichen Zustimmungserklärungen soll künftig mit nur 50 % anzusetzen sein (§ 51 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 KostO-E) und höchstens 500.000 € betragen (§ 51 Abs. 4 KostO-E). Der Entwurf sieht allerdings für diese Erklärungen einen Gebührensatz von 1,0 vor (Nr. 21.200 KV KostO-E).

Bei getrennter Beurkundung von Angebot und Annahme soll für das Angebot ein Gebührensatz von 2,0 statt ¹⁵/₁₀ gelten (Nr. 21.100 KV KostO-E, Vorbemerkung 2.1.1 Nr. 1 Alt. 1); für die Annahme verbleibt es bei der halben Gebühr (Nr. 21.101 Nr. 1 KV KostO-E).

Für die isolierte Beurkundung einer Auflassung durch einen anderen Notar gilt nach dem Entwurf ein Gebührensatz von 1,0 (Nr. 21.102 KV KostO-E), so dass der Anreiz für eine Auslandsbeurkundung des Grundgeschäfts eingeschränkt wird.

V. Familien- und Erbrecht

Bei der Ermittlung des für güterrechtliche Regelungen bzw. für letztwillige Verfügungen maßgeblichen Vermögens werden die jeweiligen Verbindlichkeiten nur noch bis zur Höhe der Hälfte des maßgeblichen Aktivvermögens abgezogen, §§ 32 Abs. 1 Satz 3, 55 Abs. 1 Satz 2 KostO-E.

Zu deutlichen Einschnitten führt der Kommissionsvorschlag, bei güterrechtlichen Vereinbarungen *anlässlich einer konkreten Scheidung* nur 30 % des Geschäftswerts für Eheverträge anzusetzen. Die Gebührenbegünstigung des § 46 Abs. 3 KostO wird hingegen ersatzlos gestrichen: Ehe- und Erbverträge sind demnach künftig getrennt zum Ansatz zu bringen.

VI. Handels- und Gesellschaftsrecht

Die Höchstgebühr von 5.000 € aus § 47 Satz 2 KostO wird im Entwurf gestrichen und, systemkonform, durch einen Höchstgeschäftswert von 5 Mio. € ersetzt, § 61 Abs. 4 KostO-E.

Der Höchstwert für Beurkundungen von Gesellschaftsverträgen und Umwandlungsvorgängen soll von 5 auf 10 Mio. € steigen, § 60 Abs. 1 Satz 1 KostO-E. Für Anteilsübertragungen *zwischen verbundenen Unternehmen* wird ein neuer Höchstwert von 10 Mio. € vorgeschlagen, § 60 Abs. 2 KostO-E, außer die betroffene Gesellschaft, also das Übertragungsobjekt, ist rein vermögensverwaltend tätig. Letztere Einschränkung soll eine kostensparende Abwicklung von Grundstückstransaktionen über das Gesellschaftsrecht verhindern.

Auch für den Geschäftswert von KG-Anteilen soll nach dem Entwurf das kostenrechtlich modifizierte Eigenkapital maßgeblich sein, § 30 Satz 1 und 3 KostO-E. Bei vermögensverwaltenden Gesellschaften gelten hingegen zur Vermeidung einer Disparität zur Einzelrechtsnachfolge die allgemeinen Wertvorschriften, § 30 Satz 2 KostO-E, auch das Bruttoprinzip, § 16 KostO-E. Die von § 30 Satz 3 KostO-E geforderte Modifikation ist eine Anpassung der Buchwerte des Anlagevermögens (Grundstücke und Finanzbeteiligungen) an Verkehrswerte.

Der Mindestwert bei Handelsregisteranmeldungen wird von regelmäßig 25.000 € auf regelmäßig 30.000 € angehoben, der Höchstwert steigt von 500.000 € auf 1 Mio. € (§§ 58, 59 KostO-E).

VII. Abbruch der Beurkundung und Entwürfe

Bislang besteht bei Abbruch des Verfahrens die unbefriedigende Situation, dass bei Rücknahme des Antrages vor Beginn der Beurkundungsverhandlung maximal 20 € (§ 130 Abs. 2, 3 KostO), danach maximal 50 € abgerechnet werden können (§ 57 KostO), wenn der Notar nicht nachweist, dass er den Beteiligten auf „Erfordern“ den Entwurf ausgehändigt hat (§ 145 Abs. 3 KostO). Künftig gilt hier ein klares System: Im Falle vorzeitiger Beendigung des Beurkundungsverfahrens gilt bei Entwurfsübermittlung oder bei Durchführung einer Beurkundungsverhandlung ohne Rücksicht auf ein etwaiges „Erfordern“ stets ein Rahmengebührensatz von 0,5 bis 2,0 (Nr. 21.300 KV KostO-E). Für die vollständige Erstellung eines Entwurfs soll dabei regelmäßig die Höchstgebühr erhoben werden (§ 44 Abs. 2 KostO-E).

VIII. Unterschriftsbeglaubigungen

Bei Beglaubigungen ohne Entwurf kommt es auf den ersten Blick zu empfindlichen Einbußen: In Zukunft gilt ein Gebührensatz von 0,2 statt bisher $\frac{1}{4}$; die Höchstgebühr beträgt 70 € statt 130 €. Für Beglaubigungen unter eine Zustimmung nach § 27 GBO oder unter einen Verwalternachweis fällt nur eine Festgebühr von 20 € an (Nr. 25.101 KV KostO-E).

Die Mindestgebühr beträgt allerdings 20 € statt 10 € (Nr. 25.100 KV KostO-E). Auch für die Übermittlung an einen anderen Notar oder an ein Gericht entsteht künftig zusätzlich eine Übermittlungsgebühr von 20 €, die bisher gar nicht oder uneinheitlich erhoben wurde (Nr. 22.124 KV-KostO-E).

Die Absenkung der Beglaubigungsgebühren ist im Übrigen im Zusammenhang mit der Einführung eines Gebührentatbestandes für die Erstellung von XML-Strukturdaten zu sehen, die jeder Handelsregisteranmeldung und nach Einführung des elektronischen Grundbuchverkehrs ab 2011 auch jedem Grundbuchantrag beizufügen sind. Hier kommt zusätzlich ein Gebührensatz von 0,6 (Nr. 22.125 KV KostO-E bei Beglaubigung ohne Entwurf) bzw. 0,3 (Nr. 22.114 KV KostO-E bei Beglaubigung unter eine vom Notar entworfene Erklärung) zum Ansatz, höchstens jeweils 250 €. Der Entwurf schlägt daher im Prinzip vor, Beglaubigung plus XML-Daten mit einem Gebührensatz von 0,8 zu bewerten, gleich ob mit oder ohne Entwurf.

IX. Auswärtsgebühr und Auslagen

Für die Auswärtsgebühr wird ein zeitlicher Ansatz vorgeschlagen: Hier sollen 100 € pro Stunde anfallen (Nr. 26.002 KV KostO-E); in bestimmten Fällen, insbesondere bei letztwilligen Verfügungen und Vorsorgevollmachten, ist die Auswärtsgebühr auf einmalig 50 € ermäßigt (Nr. 26.003 KV KostO-E). Außer bei auswärtigen „Massenbeglaubigungen“ dürfte sich die Auswärtsgebühr regelmäßig erhöhen.

Die Regelung zur Dokumentenpauschale wurde in Nr. 32.000 ff. KV KostO-E neu gestaltet: Freixemplare fallen weg, die Aufteilung auf verschiedene Kostenschuldner wird einfacher, die Tatbestände sind klarer abgegrenzt. Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen können entweder nach Nr. 32.004 KV KostO-E in voller Höhe oder *pauschal* nach Nr. 32.005 KV KostO-E in Höhe von 20 % der Gebühren, maximal in Höhe von 20 €, weiterberechnet werden.

Auch sonstige Aufwendungen, namentlich sog. Durchlaufposten, sind entgegen der bisherigen Rechtslage über den Bereich der Gerichtskosten hinaus erstattungsfähig (Nr. 32.015 KV KostO-E) und können mit der Kostenberechnung eingefordert werden. Dies bedeutet für die Praxis eine erhebliche Erleichterung. Hierzu gehören vor allem Aufwendungen, die der Notar aufgrund ausdrücklichen Auftrags und für Rechnung eines Beteiligten erbringt, insbesondere verauslagte Kosten gegenüber einer Behörde und Gebühren in Angelegenheiten des Zentralen Vorsorgeregisters der Bundesnotarkammer.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL. M. (Harvard), Berlin

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Rudolf Ertl, Kempten, verstorben am 20.4.2009

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.10.2009:

Notar Dr. Jürgen Vollhardt, Hersbruck

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.5.2009:

Freising dem Notar
(in Sozietät mit Notarin Olrik Land
Marion Schmid) (bisher in Dachau)

Altdorf b. Nürnberg der Notarassessorin
(in Sozietät mit Notar Dr. Diana Burkhardt
Dr. Steffen Limpert) (bisher in Memmingen
Notarstellen Erber-Faller/Voran)

Mit Wirkung vom 1.6.2009:

Türkheim dem Notar
Andreas Albrecht
(bisher in Augsburg)

Bad Windsheim der Notarassessorin
Monika Pöppel
(bisher in München
Notarstellen Dr. Kössinger/
Dr. Bräu)

Mit Wirkung vom 15.6.2009:

Neustadt a. d. Aisch der Notarin
Monika Busse
(bisher in Mellrichstadt)

Mit Wirkung vom 1.7.2009:

Herzogenaurach dem Notar
Markus Kühnlein
(bisher in Nürnberg)

Bogen dem Notarassessor
Dr. Olaf Sommerfeld
(bisher in München
Notarstellen Dr. Vossius/
Dr. Engel)

Feuchtwangen dem Notarassessor
Dr. Alban Bruch
(bisher in München
Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Julia Heisel, Nürnberg, wurde mit Wirkung vom 21.1.2009 promoviert

Notarassessor Sebastian Herrler, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue), ab 1.4.2009 in Würzburg (DN0tI)

Notarassessor Ulrich Gößl, Fürstenfeldbruck, wurde mit Wirkung vom 30.4.2009 promoviert

Notarassessor Dr. Jürgen Kadel, Pirmasens (Notarstelle ehemals Dr. Veit), ab 1.5.2009 in Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Die Notarstelle Pirmasens (bis 5.10.2008 Notar Dr. Peter Veit), wurde mit Wirkung vom 1.5.2009 aufgehoben. Notar Reinhardt Neumann verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Peter Veit.

Die Notarstelle Thiersheim wurde mit Wirkung vom 1.5.2009 aufgehoben. Notar Dr. Christian Roßner, Selb, führt die Geschäftsstelle in Thiersheim mit gleicher Telefon- und Faxnummer fort. Notar Dr. Christian Roßner, Selb, verwahrt die Urkunden von Notar Thorsten Langnau. Infolge der Aufhebung der Notarstelle Thiersheim wurden die Gemeindeteile Brand und Untersdorf der Gemeinde Marktredwitz dem Amtsbereich Wunsiedel zugeordnet.

Notarin a. D. Dr. Andrea Schmucker führt seit 2.5.2009 den Namen Brüggem

Notarassessorin Dr. Brigitte Bauer, München (Notarstellen Predel/Dr. Görk), ab 25.5.2009 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Notar Dr. Martin Leiß, Rosenheim, seit 1.6.2009 in Sozietät mit Notar Lucas Wartenburger

Notarassessor Daniel Wassmann, Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 1.6.2009 in Frankenthal/Pfalz (Notarkammer Pfalz)

Oberamtsrat i. N. Wilfried Streidl, Augsburg (Notarstellen Albrecht/Portenhauser), ab 1.5.2009 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Inspektorin i. N. Karin Keisel, München (Notarstellen Höfling/Dr. Schwab), ab 18.5.2009 in München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Oberinspektorin i. N. Kordula Moosmeier, München (Notarstellen Barth/Brunner), ab 1.8.2009 in München (Notarstellen Kelch/Rapp)

Inspektorin i. N. Tatjana Rauch, Waldsassen (Notarstelle Taubeneder), ab 1.11.2009 in Weiden i. d. Opf. (Notarstellen Knies/Dr. Schiffner)

5. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Notariatsoberrat i. N. Roland Hickertseher, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger), ab 1.5.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Heinz Kugler, Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/Dr. Schrenk), ab 1.5.2009 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Isabella Lederer, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter), eigene Kündigung zum 1.7.2009

Amtsrat i. N. Udo Steinert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser), ab 1.7.2009 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Nürnberg, Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel,
Homepage: www.notare-eckersberger-goepfel.de

Rosenheim, Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger,
Kufsteiner Straße 7, 83022 Rosenheim
E-Mail: mail@notare-leiss-wartenburger.de
Homepage: www.notare-leiss-wartenburger.de

Bad Staffelstein, Notarstelle Richter,
E-Mail: info@notar-richter.net

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,
Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. GmbH-Vertragspraktikum
(Heckschen, Heidinger, Wachter)
4.7.2009 in Heusenstamm (Heckschen, Heidinger),
29.8.2009 in Bochum (Heidinger, Wachter)
2. Intensivkurs Grundstücksrecht 2009
(Krauß, Wälzholz)
16.7–18.7.2009 in Lübeck
3. Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis
(Hügel, Salzig)
28.8.2009 in Kiel

4. Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis
(Heckschen, Reul, Wienberg)
11.9.2009 in München
12.9.2009 in Düsseldorf

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Bartl/Bartl/Fichtelmann/Koch/Schlarb: Heidelberger Kommentar GmbH-Recht. 6. Aufl., C. F. Müller, 2009. 1 345 S., 138 €
2. Beck'sches Notarhandbuch. 5. Aufl., Beck, 2009. 1 794 S., 108 €
3. Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. 2. Aufl., ZAP, 2009. 1 020 S., 98 € + CD-ROM
4. Grigoleit/Rieder: GmbH-Recht nach dem MoMiG. Beck, 2009. 134 S., 39,50 €
5. K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz. 4. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 166 S., 119 €
6. Oetker: Handelsgesetzbuch. Beck, 2009. 2 125 S., 158 €
7. Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 296 S., 138 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F