

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**7/2005**

November  
Seiten 129-152

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Fröhler*

Die Inanspruchnahme der Geschäftsbeschränkung  
nach § 181 BGB bei der GmbH & Co. KG . . . 129

*Milzer*

Varianten von dinglichen Wohnrechten . . . . . 136

**Rechtsprechung** . . . . . 146

**Buchbesprechungen** . . . . . 150

## Die Inlichgeschäftsbekchränkung nach § 181 BGB bei der GmbH & Co. KG<sup>1</sup>

(von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Hinterzarten)

### 1. Problemstellung

Treffen die bis heute nicht ausdrücklich normierte, sondern gesetzlich lediglich konkludent anerkannte<sup>2</sup> Institution der GmbH & Co. KG und Tatbestände der Inlichgeschäftsbekchränkungen nach § 181 BGB aufeinander, ergeben sich angesichts häufiger Personenidentität von Gesellschaftern der Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführern und Kommanditisten einerseits und Rechtsgeschäften zwischen Kommanditgesellschaft, Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführern und Gesellschaftern andererseits oftmals besondere Spannungsmomente, die in der nachfolgenden Abhandlung systematisch aufgearbeitet werden.

### 2. Das Wesen der GmbH & Co. KG

Eine GmbH & Co. KG gehört als Grundtypenvermischung<sup>3</sup> zur Kategorie der Kapitalgesellschaft & Co. und ist Personengesellschaft mit einer geschäftsleitend tätigen Kapitalgesellschaft als Mitglied, die ihrerseits kapitalgesellschaftlichen Zwecken dient. Neben der GmbH & Co. KG ist insbesondere die in der Praxis weniger häufig vorkommende GmbH & Co. OHG als weiterer Typus der Kapitalgesellschaft & Co. bekannt.<sup>4</sup> In der Rechtsprechung wurde die GmbH & Co. KG erstmals im Jahre 1912 durch das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>5</sup> und schließlich im Jahre 1922 durch das Reichsgericht<sup>6</sup> anerkannt. Sie verbindet die Vorteile einer Kommanditgesellschaft einerseits, indem vor allem ein vergleichsweise einfacher Eintritt von Gesellschaftern eine rasche Kapitalbeschaffung ermöglicht, mit den Vorteilen der GmbH, die insbesondere durch Haftungsbeschränkung und Erhaltung bei Tod der Gesellschafter gekennzeichnet ist, andererseits. Die GmbH & Co. KG verkörpert ein einheitliches Unternehmen, in dem die beiden o.g. Gesellschaftstypen nebeneinander bestehen. Die Kommanditgesellschaft ist Unternehmensträgerin, die GmbH Gesellschafterin und gemäß §§ 161, 125 HGB Vertretungsorgan – ihrerseits wiederum nach § 35 Abs. 1 GmbHG durch einen oder mehrere Geschäftsführer vertreten –, während die Kommanditisten nach § 170 HGB zwingend von der Vertretung ausgeschlossen sind. Entsprechend der Einpersonen-GmbH ist auch die Einpersonen-GmbH & Co. KG anerkannt. Bei ihr ist die natürliche Person Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH, einziger Kommanditist und alleiniger Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

### 3. Allgemeiner Anwendungsbereich des § 181 BGB

Nach dem Wortlaut des § 181 BGB unterliegt zum einen das Selbstkontrahieren durch Handeln desselben Vertreters sowohl für seinen Geschäftsherrn als auch für sich selbst<sup>7</sup> und zum anderen die Mehrvertretung durch Auftreten desselben Vertreters für mehrere unterschiedliche Geschäftsherrn<sup>8</sup> einer Wirksamkeitsbeschränkung. Dies betrifft neben vertraglichen auch einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sowie geschäftsähnliche Handlungen<sup>9</sup>. § 181 BGB ist dabei jedoch stets nur dann anwendbar, wenn sich die Vertretenen als Geschäftsgegner gegenüberstehen<sup>10</sup> und nicht gemeinsam dieselbe Partei verkörpern. Normzweck des § 181 BGB ist es, Vertretene unabhängig von konkreten Benachteiligungen vor Gefahren aus regelmäßig vorhandenen generell-abstrakten Interessenkollisionen zu schützen.<sup>11</sup> Ist eine solche generell-abstrakte Gefahr – wie etwa bei einem für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäft – ausgeschlossen, wird der Tatbestand des § 181 BGB teleologisch reduziert und trotz formeller Einschlägigkeit nicht angewendet.<sup>12</sup> Besteht umgekehrt eine derartige generell-abstrakte Gefahr trotz förmlicher Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale, gilt § 181 BGB – so z.B. bei einer Unter- oder Eigenbevollmächtigung eines Dritten durch den Vertreter<sup>13</sup> oder einer Zwischenschaltung des Vertretenen durch den Vertreter<sup>14</sup> – analog.

Die Regelung des § 181 BGB findet auch bei Inlichgeschäften eines Vertreters ohne Vertretungsmacht Anwendung.<sup>15</sup> Da das nach § 181 BGB in Verbindung mit § 177 BGB (analog) schwebend unwirksame Rechtsgeschäft in einer derarti-

<sup>1</sup> Der Beitrag basiert auf einem während des 33. Fortbildungsseminars der südbadischen Notare am 07.10.2004 in Müllheim/Baden vorgetragenen – insbesondere unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf DNotZ 2005, 232 aktualisierten – Referat des Verfassers, der die südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V. leitet und dem Notariat Titisee-Neustadt vorsteht.

<sup>2</sup> Vgl. insbesondere die §§ 19 Abs. 2, 125a, 129a, 130a, 130b, 172 Abs. 6, 172a und 177a HGB.

<sup>3</sup> Zu diesem Begriff Zielinski, Grundtypvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, 1925, passim.

<sup>4</sup> Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 I 1.

<sup>5</sup> BayObLG DJZ 1913, 647.

<sup>6</sup> RGZ 105, 101 ff.

<sup>7</sup> „...im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen...“.

<sup>8</sup> „...im Namen des Vertretenen ... als Vertreter eines Dritten...“.

<sup>9</sup> Zur entsprechenden Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen auf geschäftsähnliche Willensäußerungen im Allgemeinen BGHZ 47, 352 (357).

<sup>10</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnr. 12 bzw. 14.

<sup>11</sup> Schramm, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2001, § 181 BGB, Rdnrn. 3 und 5 m.w.N.

<sup>12</sup> BGHZ 94, 232 (235).

<sup>13</sup> KG NJW-RR 1999, 168.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470, ohne sich mit der nicht überzeugenden Entscheidung des LG Bayreuth, Rpfleger 1982, 17 auseinanderzusetzen, dazu ausführlich Fröhler, BWNotZ 2003, 14 (16); DNotI-Report 1998, 65.

<sup>15</sup> BayObLG Rpfleger 1988, 61 und OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470, wonach jeweils der Vollmachtgeber, dessen nicht von § 181 BGB befreiter Bevollmächtigter zugleich mehrvertretend als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Geschäftsgegners auftritt, zu schützen sei; darüber hinaus auch bejahend im Verhältnis zwischen Vertretenem und dem von ihm nicht bevollmächtigten Vertreter ohne Vertretungsmacht: Fröhler, BWNotZ 2003, 14 (18 f.); ebenso Baetzgen RNotZ 2005, 193 (197) und Tebben, DNotZ 2005, 173 (174 f.); nach LG Saarbrücken MittBayNot 2000, 433 sei dann zwar der Schutzbereich des § 181 BGB betroffen, für die Erteilung der Genehmigung zu dem Inlichgeschäft sei § 181 BGB jedoch nicht (nochmals) anwendbar, was wiederum mit der Rechtsprechung des BGH – BGHZ 33, 189 (191) und 58, 115 (118) – nicht vereinbar ist; gegen jegliche Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Auftreten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341 (344).

gen Konstellation ohnehin bereits mangels Vertretungsmacht des Vertreters nach § 177 BGB (in direkter Anwendung) der Genehmigung durch den Vertretenen bedarf, überlagert die Genehmigungsbedürftigkeit in der Sache selbst regelmäßig die Problematik nach § 181 BGB. Verweigert der Vertretene die Genehmigung für das betroffene Rechtsgeschäft als solches endgültig, kommt es auf eine Genehmigung nach § 181 BGB nicht mehr an. Erteilt er die Genehmigung in der Sache selbst, ist darin regelmäßig zugleich – zumindest konkludent – auch die Genehmigung nach § 181 BGB enthalten. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Entscheidungskompetenzen für die Erteilung der inhaltlichen Genehmigung einerseits und der insichgeschäftlichen Genehmigung andererseits auseinanderfallen, wie dies insbesondere bei Gemeinden der Fall ist.<sup>16</sup>

Insihgeschäfte sind ohne weiteres sofort wirksam, wenn sie nach vorheriger Gestattung oder ausschließlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen werden. Liegt hingegen ein Verstoß gegen § 181 BGB vor, so ist das Insihgeschäft zunächst analog § 177 BGB bis zu einer analog § 184 BGB erteilten Genehmigung schwebend unwirksam. Da § 181 BGB kein gesetzliches Verbot, sondern vielmehr eine Wirksamkeitsbeschränkung beinhaltet, findet § 134 BGB keine Anwendung, und tritt daher keine Nichtigkeit ein. Die Genehmigung nach § 181 BGB ist als empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vertretenen, im Falle der Mehrvertretung wahlweise gegenüber dem Vertreter oder jedem anderen Vertretenen, abzugeben und unterliegt damit ihrerseits den Beschränkungen des § 181 BGB.<sup>17</sup>

#### 4. Anwendungsbereiche des § 181 BGB innerhalb der GmbH & Co. KG

Aufgrund der vorstehend erörterten mehrschichtigen Struktur der GmbH & Co. KG stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Tatbestand der Insihgeschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft, bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH und bei Rechtsgeschäften zwischen zwei GmbH & Co. KG, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH, diese jedoch wiederum durch denselben Geschäftsführer vertreten werden, betroffen ist.

##### a) Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung der KG

Fraglich ist zunächst, ob und inwieweit der Tatbestand des § 181 BGB auf Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft Anwendung findet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Gesellschafter einerseits im Rahmen der gesellschaftsvertraglich fixierten Vorgaben nebeneinander stehend gleiche Ziele gegenüber Dritten verfolgen, sich Komplementäre wie Kommanditisten bei der Verbindung zu diesen Gesellschaftszwecken, deren Änderungen und anderen grundlegenden Beschlüssen jedoch unter der generell-abstrakten Gefahr von Interessengegensätzen gegenüberstehen und einander vor Insihgeschäften schutzbedürftig sind.

Insbesondere innerhalb einer Familiengesellschaft, an der minderjährige Kinder und ihre Eltern als Gesellschafter beteiligt sind, kann die Problematik der Anwendbarkeit des § 181

BGB auf Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft erhebliche Bedeutung zukommen. Soweit § 181 BGB in derartigen Fällen anwendbar ist, können minderjährige Kinder durch ihre Eltern als Mitgesellschafter nach § 1795 BGB nicht vertreten werden. Vielmehr muss nach § 1909 BGB ein – für jedes minderjährige Kind ein gesonderter<sup>18</sup> – Ergänzungspfleger bestellt werden, dessen Entscheidungen je nach Regelungsgegenstand gemäß § 1915 in Verbindung mit §§ 1821, 1822 BGB, insbesondere nach § 1822 Nr. 3 und § 1822 Nr. 10 BGB<sup>19</sup>, wiederum der vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen können.<sup>20</sup> Wurden Beschlüsse namens minderjähriger Kinder bereits unter Verstoß gegen die Regelung des § 181 BGB gefasst, sind sie nachträglich nicht mehr durch entsprechende Genehmigung heilbar, da weder ein später bestellter Ergänzungspfleger noch das Vormundschafts- bzw. Familiengericht eine Kompetenz zur Befreiung von Insihgeschäftsbeschränkungen besitzt.<sup>21</sup> Beschlüsse können dann nicht mehr kurzfristig und familienintern gefasst werden. Inwieweit der Tatbestand des § 181 BGB auf Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft anwendbar ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern bedarf einer differenzierenden Betrachtung. So können Beschlüsse Regelungsgegenstände betreffen, hinsichtlich derer die Gesellschafter nebeneinander, gleichsam als Einheit gegenüber der Gesellschaft auftreten und daher der generell-abstrakte Schutzzweck des § 181 BGB nicht berührt wird. Umgekehrt sind Entscheidungsfindungen denkbar, bei denen sich die Gesellschafter untereinander konträr gegenüber stehen und des Schutzes aus § 181 BGB bedürfen. Es ist daher anerkannt, dass der Schutzbereich nach § 181 BGB zumindest für wesentliche Grundlagenbeschlüsse eröffnet sein muss, während eine Anwendung auf bloße Geschäftsführermaßnahmen, Sozialakte und sonstige gemeinsame Gesellschafterangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages ausscheidet.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss vom 18.09.1975 die Anwendbarkeit des § 181 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen innerhalb einer Kommanditgesellschaft über Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages verneint.<sup>22</sup> Im zugrunde liegenden Fall waren ein Vater als natürlicher Komplementär und seine beiden minderjährigen Kinder als Kommanditisten die alleinigen Gesellschafter einer Familien-Kommanditgesellschaft. Nach der Satzung war die durch den Komplementär aufzustellende Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung samt Prüfungsbericht den Kommanditisten zur Überwachung zuzustellen. Aufgrund finanzgerichtlicher Rechtsprechung be-

<sup>18</sup> Da – dies wird insbesondere bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages deutlich – auch Rechtsbeziehungen zwischen den Kommanditisten begründet bzw. betroffen werden, ist es in einer solchen Konstellation nicht ausreichend, für mehrere minderjährige Kommanditisten einen gemeinsamen Ergänzungspfleger zu bestellen – dieser wäre dann mehrvertretend im Sinne des § 181 BGB tätig –, es ist vielmehr jeweils ein gesonderter Ergänzungspfleger erforderlich, BayObLG NJW 1959, 989.

<sup>19</sup> Insbesondere bei Verschmelzungsbeschlüssen, vgl. Winter in: Lutter, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 50 UmwG, Rdnr. 11.

<sup>20</sup> Dabei ist anerkannt, dass Beschlüsse über Vermögen einer Personengesellschaft, an dem ein minderjähriges Kind als Gesellschafter im Sinne von § 718 BGB gesamthänderischer Mitträger ist, selbst dann nicht der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, wenn Regelungsgegenstände der §§ 1821, 1822 BGB betroffen sind, z. B. ein Grundstück der Gesellschaft veräußert werden soll, da hier nicht das unmittelbare Vermögen des Kindes, sondern lediglich das Gesellschaftsvermögen, an dem das Kind beteiligt ist, betroffen ist, vgl. BGH NJW 1971, 375.

<sup>21</sup> BGHZ 21, 229 (234); RGZ 71, 162 (164).

<sup>22</sup> BGHZ 65, 93.

<sup>16</sup> Dazu ausführlich Fröhler, BWNotZ 2003, 14 (19 ff.).

<sup>17</sup> BGHZ 58, 115 (118).

antragte der Vater beim zuständigen Vormundschaftsgericht die Bestellung jeweils eines Ergänzungspflegers für seine beiden minderjährigen Kinder. Amts- und Landgericht wiesen den Antrag bzw. die Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluss zurück, das Oberlandesgericht legte den Vorgang dem Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FG zur Entscheidung vor. Dieser verneinte eine konkrete rechtliche Verhinderung der Eltern, da zunächst rein tatsächliche Handlungen, wie im zu entscheidenden Fall die Einsichtnahme in den Jahresabschluss mit Prüfungsbericht, bereits begrifflich keine Rechtsgeschäfte seien. Selbst wenn auf die rechtsgeschäftliche Mitwirkung der minderjährigen Kommanditisten bei der Bestellung des Abschlussprüfers abgestellt würde, sei § 181 BGB nicht anwendbar, da die Gesellschafter insoweit im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages über Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. über sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten per Sozialakt beschließen. Hier stehe ein gewöhnlicher Gesellschafterbeschluss zur verbandsinternen Willensbildung in Rede, der gerade „nicht in der Austragung individueller Interessengegensätze zu sehen“ sei, „sondern in der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung.“<sup>23</sup> Selbst wenn unterschiedliche Meinungen darüber bestehen sollten, „wie das vom Gesellschaftszweck geprägte gleichgerichtete Interesse am Gedeihen der Gesellschaft am besten zu verwirklichen ist“, beruht dies „aber nicht typischerweise auf einem Widerstreit zwischen dem persönlichen Interesse des einzelnen und dem der anderen oder aller Gesellschafter, der mit einem Interessenkonflikt von der Art des in § 181 BGB vorausgesetzten vergleichbar wäre. Im Vordergrund steht vielmehr auch bei Uneinigkeiten über den einzuschlagenden Weg das Zusammenwirken aller Gesellschafter zum gemeinschaftlichen Nutzen, zu dem sie sich im Gesellschaftsvertrag verbunden haben.“<sup>24</sup> Im Gegensatz dazu sei der Tatbestand des § 181 BGB bei Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft jedoch dann eröffnet, wenn Regelungsgegenstände betroffen seien, die außerhalb der Geschäftsführung und der laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten liegen und die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses berühren. Dies sei insbesondere bei Beschlussfassungen über den Abschluss oder die Änderung des Gesellschaftsvertrages der Fall, da es hier „zunächst nicht um die Zusammenarbeit im Rahmen einer vorhandenen Vertragsregelung, sondern darum“ geht, „erst einmal unter Ausgleich der wechselseitigen Einzelinteressen eine Grundlage für diese Zusammenarbeit zu finden oder sie neu zu bestimmen, wobei sich jeder Beteiligte regelmäßig innerhalb der so zu schaffenden Vertragsordnung eine möglichst starke Rechtsstellung zu sichern sucht.“<sup>25</sup>

§ 181 BGB ist somit bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung einer Kommanditgesellschaft auf Grundlagenbeschlüsse anwendbar, wie beispielsweise den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, Satzungsänderungen, Umwandlung und Auflösung der Gesellschaft sowie allgemeiner Befreiung der Geschäftsführung von den Beschränkungen des § 181 BGB, im Wege der teleologischen Reduktion jedoch nicht bei Maßnahmebeschlüssen, die laufende Geschäftsangelegenheiten innerhalb des bestehenden Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand haben.<sup>26</sup>

## **b) Rechtsgeschäfte zwischen KG und Komplementär-GmbH**

§ 181 BGB ist auf Rechtsgeschäfte zwischen einer Personengesellschaft und ihren persönlich haftenden Gesellschaftern, hier somit zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, nach allgemeinen Grundsätzen anwendbar.<sup>27</sup>

### **aa) Für KG und GmbH treten verschiedene Geschäftsführer auf**

Veräußert beispielsweise die Komplementär-GmbH Grundbesitz an ihre Kommanditgesellschaft, stehen sich auf Verkäuferseite die Komplementär-GmbH einerseits und auf Käuferseite die durch dieselbe Komplementär-GmbH vertretene Kommanditgesellschaft andererseits gegenüber. Aufgrund beiderseitiger Beteiligung derselben GmbH ist es erforderlich, dass die Kommanditgesellschaft ihre Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB – hier ist die erste Tatbestandsvariante des Selbstkontrahierens betroffen; würde das Rechtsgeschäft nicht mit dieser GmbH selbst, sondern mit einem ebenfalls durch diese vertretenen anderen Verkäufer geschlossen, wäre die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung einschlägig – befreit. Hat die Komplementär-GmbH mehrere Geschäftsführer und treten auf Käuferseite (für die Kommanditgesellschaft mittelbar über die GmbH) einerseits und auf Verkäuferseite (unmittelbar für die GmbH) andererseits verschiedene Geschäftsführer auf, ist eine zusätzliche Befreiung der Komplementär-GmbH bzw. deren Geschäftsführer nicht erforderlich.

### **bb) Für KG und GmbH tritt derselbe Geschäftsführer auf**

Handelt jedoch – wie dies häufig geschieht – derselbe Geschäftsführer für beide Parteien, ist zunächst fraglich, ob der Schutzbereich des § 181 BGB nicht nur bezüglich der unmittelbar vertretenden GmbH (Selbstkontrahieren, s.o.), sondern darüber hinaus auch hinsichtlich des mittelbar vertretenden Geschäftsführers berührt ist. Aus der Perspektive des Geschäftsführers kommt die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung in Betracht. Der Wortlaut des § 181 2. Alt. BGB setzt diesbezüglich voraus, dass derselbe Vertreter „im Namen des Vertretenen ... als Vertreter eines Dritten“ handelt. Hier vertritt zwar der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auf Verkäuferseite die GmbH, auf Käuferseite ist hingegen die Komplementär-GmbH und nicht deren Geschäftsführer unmittelbares Vertretungsorgan der Kommanditgesellschaft. Formell fehlt es daher an einer Personenidentität der unmittelbaren Vertreter auf der jeweiligen Seite. Gleichwohl ist anerkannt, dass § 181 BGB in derartigen Konstellationen – analoge – Anwendung findet,<sup>28</sup> da auch hier ein erhebliches generell-abstraktes Gefährdungspotential besteht und die Stellung des Geschäftsführers, der über die Komplementär-GmbH zumindest mittelbar für die Kommanditgesellschaft handelt, derjenigen des unmittelbar vertretenden Organs ähnlich ist. Daher bedarf nicht nur die mit sich selbst kontrahierende Komplementär-GmbH – als Organ der Kommanditgesellschaft auf Käuferseite einerseits und als Verkäufer andererseits – der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die Kommanditgesellschaft. Zusätzlich muss der Geschäftsführer sowohl durch die Komplementär-GmbH als auch durch die Kommanditgesellschaft, für die er mehrvertretend tätig ist, jeweils von den Beschränkungen

<sup>23</sup> BGHZ 65, 93 (97 f.).

<sup>24</sup> BGHZ 65, 93 (98).

<sup>25</sup> BGHZ 65, 93 (97).

<sup>26</sup> Vgl. zusammenfassend dazu Palm in: Ermann, 11. Aufl. 2004, § 181 BGB, Rdnr. 12 f.

<sup>27</sup> Hopt in: Baumbach/Hopt, 31. Aufl. 2003, § 126 HGB, Rdnr. 9.

<sup>28</sup> BGHZ 58, 115 (116 f.); Westermeier, MittBayNot 1998, 155 (156 f.); Baetgen, RNotZ 2005, 193 (218).

des § 181 BGB befreit werden.<sup>29</sup> Dieses dreifache Befreiungserfordernis beruht auf der durch die oben dargelegte besondere Struktur der GmbH & Co. KG hervorgerufenen Parallelität von Selbstkontrahieren der Komplementär-GmbH und Mehrvertretung durch deren Geschäftsführer.

### c) Rechtsgeschäfte zwischen der KG und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH

Von erheblicher praktischer Relevanz sind zudem Rechtsgeschäfte zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Auch hier findet § 181 BGB Anwendung. Nach dem der diesbezüglichen Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 07.02.1972 zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der alleinige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der weder durch die Kommanditgesellschaft noch durch die GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden war, persönlich der Kommanditgesellschaft – alleine sowohl für sich selbst als auch für die Kommanditgesellschaft auftretend – ein Darlehen gewährt und auf sich selbst von der Kommanditgesellschaft Maschinen und Fahrzeuge zur Sicherheit übertragen. Im Rahmen einer Drittwiderspruchsklage dieses Darlehensgebers und Geschäftsführers gegen die Pfändung der Maschinen und Fahrzeuge durch einen Drittgläubiger der Kommanditgesellschaft hatte der Bundesgerichtshof die Wirksamkeit des Darlehens- und Übertragungsvertrages im Hinblick auf die Regelung des § 181 BGB zu überprüfen. Obschon sich auch hier mit der Komplementär-GmbH für die Kommanditgesellschaft als Darlehensnehmer einerseits und dem Geschäftsführer als Darlehensgeber andererseits formell entgegen dem Wortlaut des § 181 2. Alt. BGB verschiedene Vertreter gegenüberstanden, bejahte der Bundesgerichtshof angesichts der – zumindest – mittelbaren, auf zweifacher Delegation<sup>30</sup> beruhenden Vertretung der Kommanditgesellschaft durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Anwendbarkeit des Mehrvertretungstatbestandes nach § 181 BGB. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertritt zwar nur diese direkt, handelt letztlich jedoch nicht im Namen der GmbH, sondern namens der Kommanditgesellschaft.<sup>31</sup> Eine Befreiung von den Insichbeschränkungen ist dabei ausschließlich im Verhältnis zu der Kommanditgesellschaft, für und gegen die das Rechtsgeschäft letztlich Wirkung entfaltet, erforderlich.<sup>32</sup> In dieser Entscheidung heißt es dabei wörtlich: „Eine solche Gestattung konnte nur die KG aussprechen. Die GmbH kam dafür nicht in Betracht, da der Kläger den Darlehens- und Übereignungsvertrag im Namen der KG als Vertragspartei abschloss, diese und nicht die GmbH daher die „Vertretene“ im Sinne des § 181 BGB war und nach dem Schutzzweck der Vorschrift nur der jeweils Vertretene Befreiung erteilen kann“.<sup>33</sup>

### d) Rechtsgeschäfte zwischen zwei GmbH & Co. KG, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH mit jeweils demselben Geschäftsführer vertreten werden

Gleiches gilt nach einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 31.05.1979 dann, wenn zwei GmbH & Co. KG zwar jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH, jedoch durch denselben Geschäftsführer vertreten werden. Auch hier ist, obschon formal gesehen beide Parteien unmittelbar durch jeweils eine andere Komplementär-GmbH vertreten werden, die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung nach § 181 2. Alt. BGB anwendbar, da das Auftreten desselben Geschäftsführers kraft zweifacher Delegation dem eines direkten Vertreters der jeweiligen GmbH & Co. KG ähnlich ist.<sup>34</sup> Die Befreiung hat durch die Kommanditgesellschaft zu erfolgen.<sup>35</sup>

tär-GmbH vertreten werden, die Tatbestandsvariante der Mehrvertretung nach § 181 2. Alt. BGB anwendbar, da das Auftreten desselben Geschäftsführers kraft zweifacher Delegation dem eines direkten Vertreters der jeweiligen GmbH & Co. KG ähnlich ist.<sup>34</sup> Die Befreiung hat durch die Kommanditgesellschaft zu erfolgen.<sup>35</sup>

## 5. Die Gestattungs- und Genehmigungsbefugnis für Insichgeschäfte mit der GmbH & Co. KG

Die Erlaubnis zur Vornahme von Insichgeschäften kann durch die Kommanditgesellschaft entweder als allgemeine Gestattung vorab oder einzelfallbezogen, dabei im Vorhinein oder nachträglich durch Genehmigung, erteilt werden.

### a) Durch allgemeine Erlaubnis

Eine allgemeine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB setzt eine entsprechende Regelung innerhalb des Gesellschaftsvertrages voraus. Dabei können Insichgeschäfte durch die Satzung entweder sofort allgemein gestattet oder es kann darin – was bei der Kommanditgesellschaft im Gegensatz zur GmbH selten vorkommt – zu deren späterer, dann durch die Gesellschafterversammlung noch zu beschließenden allgemeinen Gestattung ermächtigt werden.<sup>36</sup> Über den diesbezüglichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages – sei es bei Gesellschaftsgründung oder bei späterer Satzungsänderung – und über die aufgrund gesellschaftsvertraglicher Ermächtigung auszusprechende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB entscheidet die Gesellschafterversammlung jeweils durch Grundlagenbeschluss, auf den wiederum die Beschränkungen des § 181 BGB Anwendung finden.<sup>37</sup> Dabei können sowohl die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als auch die Komplementär-GmbH, nur die Komplementär-GmbH oder nur die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH befreit werden. Im Vordergrund steht dabei die direkte Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft,<sup>38</sup> die im Registerblatt der Kommanditgesellschaft einzutragen ist. Hierdurch wird sichergestellt, dass nicht nur die Komplementär-GmbH, sondern zudem deren mehrvertretend<sup>39</sup> oder selbstkontrahierend<sup>40</sup> handelnde Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind. Fraglich ist, ob daneben Bedarf für eine allgemeine Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft und des Geschäftsführers durch die Komplementär-GmbH besteht. Zur Ermöglichung von Insichgeschäften der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zwischen der Kommanditgesellschaft und sich selbst ist eine solche zusätzliche Befreiung entbehrlich, da alleine die Befreiung durch die letztlich vertretene Kommanditgesellschaft maßgebend ist.<sup>41</sup> Sie behält jedoch Bedeutung für die Zulässigkeit der oben bzw. nachstehend erörterten Insichgeschäfte zwischen Kom-

<sup>29</sup> Hesselmann/Tillmann, Handbuch der GmbH & Co. 18. Aufl. 1997, Rdnr. 426; Kirstgen, MittRhNotK 1988, 219 (227); Baetzgen, RNotZ 2005, 193 (218).

<sup>30</sup> BayObLG DNotZ 1980, 88 (90).

<sup>31</sup> Vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 56 II 1 b.

<sup>32</sup> BGHZ 58, 115 (117).

<sup>33</sup> BGHZ 58, 115 (117).

<sup>34</sup> BayObLG DNotZ 1980, 88 (90).

<sup>35</sup> BayObLG DNotZ 1980, 88 (90).

<sup>36</sup> Vgl. Riegger in: Münchener Vertragshandbuch Band 1 Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, III.7 Ziff. 10a.

<sup>37</sup> Vgl. dazu die Ausführungen oben unter 3 a.

<sup>38</sup> BGHZ 58, 115 (117); BayObLG DNotZ 1980, 88 (90).

<sup>39</sup> Andernfalls wäre es Auslegungsfrage, ob die alleinige jeweilige Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft bzw. der Geschäftsführer durch die Komplementär-GmbH zusätzlich auch eine Mehrvertretung der Kommanditgesellschaft durch die mittelbar vertretenden Geschäftsführer abdeckt, vgl. dazu Westermeier Mitt-BayNot 1998, 155.

<sup>40</sup> Enthält die Satzung der Kommanditgesellschaft lediglich eine ausdrückliche Befreiung der Komplementär-GmbH, sind deren Geschäftsführer im Zweifel nicht zum Selbstkontrahieren befugt, vgl. BGHZ 58, 115 (117) und die Nachweise in Fn. 29.

<sup>41</sup> Ebenso Westermeier, MittBayNot 1998, 155 (157); Baetzgen, RNotZ 2005, 193 (218).

manditgesellschaft und Komplementär-GmbH, wenn für beide Parteien derselbe Geschäftsführer wirksam handeln können soll, bzw. zwischen zwei durch jeweils eine andere Komplementär-GmbH, jedoch durch denselben Geschäftsführer vertretenen Kommanditgesellschaften oder wenn bei Rechtsgeschäften zwischen Kommanditgesellschaft und Komplementär-GmbH verschiedene Geschäftsführer auftreten. Die direkte Befreiung für die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH kann im Handelsregister der Kommanditgesellschaft nur dann eingetragen werden, wenn die Geschäftsführer in der allgemeinen Gestattung und der diesbezüglichen Registeranmeldung nicht namentlich benannt sind, da das Registerblatt der Kommanditgesellschaft keine verlässliche Auskunft darüber erteilt, wer tatsächlich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, und eine Registeranmeldung zum Registerblatt der Kommanditgesellschaft, die die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH namentlich benennt, insoweit nicht aus sich selbst heraus hinreichend verständlich wäre.<sup>42</sup>

Daraus ergibt sich weiter, dass die Kommanditgesellschaft durch eine direkte allgemeine Gestattung nur die Wahl hat, entweder alle oder überhaupt keinen Geschäftsführer zu befreien. Soll nur ein bestimmter Geschäftsführer befreit werden, bestehen lediglich zwei Gestaltungsvarianten: entweder wird durch die Kommanditgesellschaft die Komplementär-GmbH befreit, die ihrerseits gezielt ausschließlich diesen einen Geschäftsführer namens der Kommanditgesellschaft befreit (Eintragung im Registerblatt der Komplementär-GmbH), oder der in Rede stehende Geschäftsführer wird von der Kommanditgesellschaft direkt zusätzlich als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Prokurist bestellt (Eintragung im Registerblatt der Kommanditgesellschaft).<sup>43</sup>

Inhaltlich ist weiter insbesondere danach zu unterscheiden, ob die Befreiung ausschließlich für Rechtsgeschäfte zwischen der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft oder uneingeschränkt gelten soll.

Im Einzelnen kommen insbesondere folgende Möglichkeiten für eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die Kommanditgesellschaft in Betracht:

- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft sieht selbst eine allgemeine uneingeschränkte Befreiung des Komplementärs und der Geschäftsführer vor; Formulierungsvorschlag: „Der Komplementär und dessen Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur uneingeschränkten Befreiung der Geschäftsführer; von dieser Ermächtigung wird durch Gesellschafterbeschluss Gebrauch gemacht.
- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft sieht selbst eine allgemeine Befreiung des Komplementärs und der Geschäftsführer beschränkt auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft vor; Formulierungsvorschlag: „Der Komplementär und dessen Geschäftsführer sind für Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur unbeschränkten Befreiung der Geschäftsführer

und befreit die Geschäftsführer direkt beschränkt auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft<sup>44</sup>; von der Ermächtigung zur uneingeschränkten Befreiung wird durch Gesellschafterbeschluss ggfs. Gebrauch gemacht.

- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft sieht selbst eine allgemeine uneingeschränkte Befreiung lediglich des Komplementärs vor; Formulierungsvorschlag: „Der Komplementär ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur uneingeschränkten Befreiung der Geschäftsführer; von dieser Ermächtigung wird durch Gesellschafterbeschluss Gebrauch gemacht.
- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft sieht selbst eine allgemeine Befreiung lediglich des Komplementärs beschränkt auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft vor; Formulierungsvorschlag: „Der Komplementär ist für Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur unbeschränkten Befreiung der Geschäftsführer und befreit die Geschäftsführer direkt beschränkt auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Komplementär und der Kommanditgesellschaft; von der Ermächtigung zur uneingeschränkten Befreiung wird durch Gesellschafterbeschluss ggfs. Gebrauch gemacht.
- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft sieht selbst eine allgemeine uneingeschränkte Befreiung lediglich der Geschäftsführer des Komplementärs vor; Formulierungsvorschlag: „Die Geschäftsführer des Komplementärs sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur uneingeschränkten Befreiung der Geschäftsführer; von dieser Ermächtigung wird durch Gesellschafterbeschluss Gebrauch gemacht.
- Der Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft ermächtigt die Gesellschafter zu einer allgemeinen uneingeschränkten Befreiung des/der ... ; Formulierungsvorschlag: „Die Gesellschafter können den/die ... von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.“ Ergänzend ermächtigt die Satzung der Komplementär-GmbH zur uneingeschränkten Befreiung der Geschäftsführer; von dieser Ermächtigung wird durch Gesellschafterbeschluss Gebrauch gemacht.

## b) Durch einzelfallbezogene Erlaubnis

Eine einzelfallbezogene Befreiung des Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB kann entweder im Vorhinein durch Gestattung oder nachträglich durch Genehmigung erreicht werden. In beiden Fällen entscheidet hierüber der Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft, bei einer GmbH & Co. KG die geschäftsführende GmbH, da es sich dabei um eine Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung handelt.<sup>45</sup> Kommanditisten sind nach § 170 HGB von jeglicher Vertretungsmacht ausgeschlossen und daher zur Erteilung einer einzelfallbezogenen Erlaubnis eines Insichgeschäfts nicht berechtigt. Die zuständige geschäftsführende Komplementär-GmbH ist wiederum nur über ihre Geschäftsführer, die zugleich kraft zweifacher Delegation mittelbare Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft sind, handlungsfäh-

<sup>42</sup> BayObLG Rpfleger 2000, 115; BayObLG Rpfleger 2000, 394; gegenüber diesem Argument kritisch Westermeier, MittBayNot 1998, 155 (159 f.), der auch eine Rechtsscheinhaftung nach § 15 HGB durch Eintragung eines tatsächlich nicht (mehr) bestellten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Registerblatt der Kommanditgesellschaft verneint.

<sup>43</sup> BayObLG DNotZ 1981, 189; vgl. dazu auch BGHZ 91, 334.

<sup>44</sup> Vgl. Riegger in: Münchener Vertragshandbuch Band 1 Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, III.7 Muster § 4 (1) a.E.

<sup>45</sup> BGHZ 58, 115 (117); dazu kritisch Baetzgen RNotZ 2005, 193 (200).

hig. Da auf die Erteilung einer einzelfallbezogenen Gestattung für Insichgeschäfte ihrerseits die Beschränkungen des § 181 BGB Anwendung finden,<sup>46</sup> ist für die weitere Untersuchung danach zu unterscheiden, ob der das zu gestattende Insichgeschäft mit sich selbst abschließende Geschäftsführer einerseits und der diese Gestattung aussprechende Geschäftsführer andererseits personenverschieden oder personengleich sind.

#### aa) Für KG und GmbH treten verschiedene Geschäftsführer auf

Wird die Gestattung von einem anderen Geschäftsführer erteilt als von demjenigen, der das zu gestattende Insichgeschäft vorgenommen hatte bzw. noch vornehmen möchte, ist der Schutzbereich des § 181 BGB durch die Erlaubnis nicht betroffen. Der eine Geschäftsführer kann gegenüber dem anderen Geschäftsführer im Einzelfall das von diesem abgeschlossene bzw. noch abzuschließende Insichgeschäft gestatten.<sup>47</sup>

#### bb) Für KG und GmbH tritt derselbe Geschäftsführer auf

Wird die Erlaubnis von demjenigen Geschäftsführer erteilt, der auch das zu gestattende Insichgeschäft vorgenommen hatte bzw. noch vornehmen möchte, stellt die Gestattung ihrerseits ein Insichgeschäft dar.<sup>48</sup> Dabei ist insbesondere fraglich, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich dieser Geschäftsführer gleichwohl selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien kann. Der Bundesgerichtshof hat in der oben erörterten Leitentscheidung vom 07.02.1972 dargelegt, dass sich ein Geschäftsführer, der gegenüber der Komplementär-GmbH als deren einziger Geschäftsführer nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, das eigene Insichgeschäft nicht selbst gestatten könne, da die Gestattung ihrerseits Insichgeschäft sei und die Komplementär-GmbH als Vertreterin der alleine entscheidungsbefugten Kommanditgesellschaft ohne den nunmehr ausgeschalteten Geschäftsführer nicht handlungsfähig sei.<sup>49</sup> Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat unter Bezugnahme auf das vorstehende Urteil des Bundesgerichtshofs in einem Beschluss vom 29.09.2004 entschieden, dass sich der alleinige Geschäftsführer, obschon er ebenso wenig wie die Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, dann das eigene Insichgeschäft – dort einen Grundbesitzverkauf von sich auf die Kommanditgesellschaft – in Vertretung der Komplementär-GmbH, diese wiederum als Vertreterin der Kommanditgesellschaft<sup>50</sup> genehmigen kann, wenn er durch die Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Die Entscheidung gelangt mit einer teilweise unzutreffenden Begründung zu einem richtigen Ergebnis. Der zugrundeliegende Sachverhalt betrifft eine Einpersonen-GmbH

& Co. KG. Der Allein-gesellschafter der Komplementär-GmbH hatte als deren einziger Geschäftsführer und zugleich einziger Kommanditist der Kommanditgesellschaft zwischen der Kommanditgesellschaft und sich selbst einen Kaufvertrag beurkunden lassen. Während er als Geschäftsführer gegenüber der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit war, fehlte jeweils eine eigene Befreiung des Geschäftsführers und der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft. § 181 BGB findet zunächst auch innerhalb einer Einpersonen-GmbH & Co. KG Anwendung. Zwar hielt die Rechtsprechung § 181 BGB in diesem Bereich lange Zeit im Wege der teleologischen Reduktion mangels Schutzbedürfnisses nicht für anwendbar,<sup>51</sup> wurde durch Einführung des § 35 Abs. 4 Satz 1 GmbHG schließlich jedoch überholt.<sup>52</sup> Zu Unrecht bejaht das Oberlandesgericht Düsseldorf sodann, dass die durch die Komplementär-GmbH unmittelbar bzw. durch deren Geschäftsführer mittelbar vertretene Kommanditgesellschaft dem Alleingeschäftsführer bzw. dieser sich somit selbst eine rechtsgeschäftliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen könne. Dabei bleibt insbesondere unberücksichtigt, dass eine derartige Gestattung ihrerseits aus o.g. Gründen Insichgeschäft ist und – da der alleinige Geschäftsführer somit handlungsunfähig ist – nicht wirksam werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt letztlich im Wege einer Hilfsrüge ergänzend darauf ab, dass zugleich eine faktische Satzungsdurchbrechung für den Einzelfall möglich wäre. Derartige einzelfallbezogene faktische Satzungsdurchbrechungen sind dann wirksam, wenn sie durch alle Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, deren Bestand anders als derjenige der Komplementär-GmbH durch Registerbescheinigung in öffentlich beglaubigter Form nachweisbar ist, beschlossen werden. Ist der Alleingeschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser gegenüber von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, kann er auch dann bei der Beschlussfassung zur Satzungsdurchbrechung mitwirken, wenn er zugleich als Kommanditist mitentscheidet.<sup>53</sup>

#### 6. Die Ermächtigung eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern durch den Anderen zur Alleinvertretung bei Rechtsgeschäften zwischen dem Ermächtigenden und der KG

Beabsichtigt einer von zwei gesamtvertretungsberechtigten, nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführern der Komplementär-GmbH ein Rechtsgeschäft zwischen der Kommanditgesellschaft und sich selbst, stellt sich die Frage, ob der andere Geschäftsführer die Kommanditgesellschaft ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB wirksam alleine vertreten kann. Hierzu eröffnen die §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 2 Satz 2 HGB die Möglichkeit, dass der mit der Kommanditgesellschaft kontrahierende Geschäftsführer den anderen gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer zur Alleinvertretung ermächtigt. Dieser in § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB und darüber hinaus auch im Aktienrecht nach § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG ausdrücklich normierte Rechtsgedanke ist dabei auch auf die Vertretung einer GmbH durch ihre Geschäftsführer anwendbar.<sup>54</sup> Dies gilt gegenüber einer Komplementär-GmbH um so mehr, als die Geschäfts-

<sup>46</sup> BGHZ 33, 189 (191).

<sup>47</sup> Ist der gestattende Geschäftsführer nicht einzelvertretungs-, sondern mit dem selbstkontrahierenden Geschäftsführer gesamtvertretungsberechtigt, kommt gemäß § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB eine Ermächtigung des gestattenden durch den selbstkontrahierenden Geschäftsführer zur Alleinvertretung mit der Folge in Betracht, dass bei Geschäftsabschluss § 181 BGB gar nicht erst berührt wird, vgl. dazu unten unter 5.

<sup>48</sup> BGHZ 58, 115 (118).

<sup>49</sup> BGHZ 58, 115 (117).

<sup>50</sup> Insoweit bemängelt Baetzgen, RNotZ 2005, 193 (220), unzutreffenderweise, dass das OLG Düsseldorf die Gestattung abweichend von der Ansicht des BGH lediglich als Erklärung der GmbH und nicht der KG eingeordnet habe; in beiden Entscheidungen wird die Gestattung durch den Geschäftsführer als Erklärung namens der GmbH kenntlich gemacht, die wiederum für die KG handelt, vgl. BGHZ 58, 115 (117 a.E.) einerseits und OLG Düsseldorf DNotZ 2005, 232 (233 a.E.) unter ausdrücklicher Verweisung auf diese Fundstelle andererseits.

<sup>51</sup> BGHZ 75, 358 ff.

<sup>52</sup> LG Berlin RNotZ 2001, 288 (289); dazu kritisch Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 12, bei denen jedoch unklar bleibt, wie insbesondere im Grundbuchverkehr in öffentlich beglaubigter Form ein dann erforderlicher Nachweis über den Gesellschafterbestand der Komplementär-GmbH geführt werden kann.

<sup>53</sup> OLG Düsseldorf DNotZ 2005, 232 (233); LG Berlin RNotZ 2001, 288 (290); Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 4 Rdnr. 20.

<sup>54</sup> Zöllner in: Baumbach/Hueck, 17. Aufl. 2000, § 35 GmbHG, Rdnr. 66.

fürer hier wegen der o.g. besonderen mehrschichtigen Struktur der GmbH & Co. KG auch gegenüber der Kommanditgesellschaft organähnliche Aufgaben wahrnehmen. Einer derartigen Ermächtigung zur Alleinvertretung steht auch nicht die fehlende Insichgeschäftsbe freiung beider ursprünglich gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer entgegen, da § 181 BGB hier weder unmittelbar noch analog Anwendung findet.<sup>55</sup> Im Gegensatz zu einer Unterbevollmächtigung, bei der der Unterbevollmächtigte seine Vertretungsmacht von dem Hauptbevollmächtigten, der durch Einschaltung des Unterbevollmächtigten ein nicht gestattetes Insichgeschäft nicht wirksam vornehmen kann, ableitet, ist der gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer kraft seiner Bestellung von vorneherein – wenn auch noch nicht alleine – vertretungsbefugt und bleibt durch die Ermächtigung Vertretungsorgan, ohne zum Bevollmächtigten zu werden. Er ist zudem anders als ein Bevollmächtigter nicht weisungsgebunden, sondern handelt eigenverantwortlich.<sup>56</sup> Die Ermächtigung führt daher zu einer wirksamen Vertretung der Kommanditgesellschaft durch den ermächtigten Geschäftsführer bei einem Rechtsgeschäft mit dem ermächtigenden Geschäftsführer.

## 7. Zusammenfassung

§ 181 BGB ist innerhalb der GmbH & Co. KG grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln anwendbar, insbesondere bei wesentlichen Grundlagenbeschlüssen wie dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages, Satzungsänderungen, Umwandlung und Auflösung der Gesellschaft sowie allgemeiner Befreiung der Geschäftsführung von den Beschränkungen des § 181 BGB – in Abgrenzung zu bloßen Geschäftsführermaßnahmen, Sozialakten und sonstigen gemeinsamen Gesellschafterangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrages –, bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und zwischen zwei Kommanditgesellschaften, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH mit jeweils demselben Geschäftsführer vertreten werden.

Bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH ist neben der Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft zusätzlich die Befreiung der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH durch die Komplementär-GmbH und die Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft erforderlich, wenn auf beiden Seiten derselbe Geschäftsführer auftritt. Dieser Geschäftsführer wird dabei mehrvertretend tätig, da er – obschon er formal ein direkter Vertreter der Komplementär-GmbH und nicht der Kommanditgesellschaft ist – kraft zweifacher Delegation mittelbar und organähnlich für die Kommanditgesellschaft handelt.

Sowohl bei Rechtsgeschäften zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer der Komplementär-

GmbH als auch bei Rechtsgeschäften zwischen zwei Kommanditgesellschaften, die jeweils durch eine andere Komplementär-GmbH mit jeweils demselben Geschäftsführer vertreten werden, ist ausschließlich die Befreiung des Geschäftsführers durch die Kommanditgesellschaft erforderlich. Auch hier wird der Geschäftsführer mehrvertretend tätig, da er – obschon er formal ein direkter Vertreter der Komplementär-GmbH und nicht der Kommanditgesellschaft ist – kraft zweifacher Delegation mittelbar und organähnlich für die Kommanditgesellschaft handelt.

Eine allgemeine Gestattung von Insichgeschäften im Vorhinein kann den Geschäftsführern der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft auf zwei Wegen erteilt werden: zum einen durch direkte Befreiung aller Geschäftsführer, die im Registerblatt der Kommanditgesellschaft eingetragen wird und keine namentliche Benennung zulässt; zum anderen eine Befreiung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditgesellschaft (Eintragung im Registerblatt der Kommanditgesellschaft) und eine Befreiung aller oder einzelner Geschäftsführer durch die Komplementär-GmbH (Eintragung im Registerblatt der Komplementär-GmbH). Ergänzend kann die Kommanditgesellschaft einzelne namentlich benannte Geschäftsführer zu befreiten Prokuristen bestellen (Eintragung im Registerblatt der Kommanditgesellschaft).

Die durch die Kommanditgesellschaft erteilte Befreiung kann inhaltlich auf Rechtsgeschäfte zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH beschränkt werden. Anstelle einer direkt erteilten Befreiung kann die Satzung auch lediglich eine Ermächtigung dazu vorsehen.

Wird eines der o.g. Insichgeschäfte einzelfallbezogen vorab gestattet oder nachträglich genehmigt, ist hierzu alleine die Kommanditgesellschaft entscheidungsbefugt. Die Einzelfall-erlaubnis wird als Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung durch einen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH für die Kommanditgesellschaft gegenüber dem selbstkontrahierenden Geschäftsführer erteilt. Sind diese beiden Geschäftsführer personenverschieden, findet auf die Gestattung selbst § 181 BGB keine Anwendung. Sind die beiden Geschäftsführer zudem nicht einzel-, sondern gesamtvertretungsbefugt, kann der selbstkontrahierende Geschäftsführer den anderen Geschäftsführer gemäß §§ 161, 125 HGB vorab mit der Folge zur Alleinvertretung ermächtigen, dass bei Geschäftsabschluss § 181 BGB gar nicht erst berührt wird. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, der zudem nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, ist die einzelfallbezogene Gestattung grundsätzlich ihrerseits Insichgeschäft und daher unwirksam. § 181 BGB gilt auch innerhalb einer Einpersonen-GmbH & Co. KG. Fehlt es dort an einer allgemeinen Befreiung der Komplementär-GmbH bzw. deren Geschäftsführern durch die Kommanditgesellschaft, ist eine rechtsgeschäftliche einzelfallbezogene Gestattung nicht möglich, da sie ihrerseits Insichgeschäft ist. Es kommt dann ausschließlich eine einzelfallbezogene faktische Satzungsdurchbrechung in Betracht, die voraussetzt, dass der Alleingeschäftsführer der Komplementär-GmbH dieser gegenüber von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist und damit wirksam mit sich selbst als Kommanditist innerhalb der Kommanditgesellschaft beschließen kann.

<sup>55</sup> BGHZ 64, 72 (74 ff.).

<sup>56</sup> BGHZ 64, 72 (77).



## Varianten von dinglichen Wohnrechten

(von Lutz Milzer, Notar, Mosbach)

### A. Einleitung

Der Gedanke an dinglich gesicherte Wohnrechte mag bei manchem Juristen Assoziationen mit Filzpantoffeln und Gelsenkirchener Barock hervorrufen. Wohnrechte stehen daher nicht im Brennpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Die jüngste, im neuesten Palandt zu der Bestimmung des § 1093 BGB nachgewiesene Entscheidung des BGH datiert aus dem Jahre 1968.<sup>1</sup> Dessen ungeachtet hat die Bestellung von Wohnrechten in der täglichen Beurkundungspraxis eine nicht zu unterschätzende quantitative Bedeutung. Diese beschränkt sich beileibe nicht auf die bekannten Wohnungsvorbehalte bei Übergabeverträgen (Altenteilswohnrechte), sondern erstreckt sich in zunehmenden Maße auf die Abfassung sonstiger Zuwendungsverträge (risikokompensierende Wohnrechte) und die Gestaltung letztwilliger Verfügungen und sonstiger Verträge auf den Todesfall (Hinterbliebenenwohnrechte).

Der Begriff des Wohnrechts ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd. In § 1093 BGB geregelt ist lediglich das Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Wohnraumnutzung unter Ausschluss des Eigentümers. Soll der Berechtigte die Wohnung neben dem Eigentümer benutzen dürfen, lediglich mithin ein Mitbenutzungsrecht an dem Wohnraum bestellt werden, kommt eine dingliche Sicherung durch „einfache“ beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Betracht. Die zur Abgrenzung dieser Rechte benutzte Terminologie ist uneinheitlich. Teilweise wird dem durch die amtliche Gesetzesüberschrift inhaltlich fixierten Wohnungsrecht nach § 1093 BGB das dingliche Wohnrecht als begriffliche Umschreibung der Wohndienstbarkeit gegenübergestellt.<sup>2</sup> Meist werden Wohnungs- und Wohnrechte jedoch ohne weitere Differenzierung als Synonyme verwandt<sup>3</sup>. Der richtige Ansatz einer Begriffsbestimmung findet sich – wie so oft – in einer Gesetzesbestimmung, nämlich in § 3 Abs. 2 HausratsVO, nach dem die Ehwohnung einem Ehegatten im Regelfall dann nicht zugewiesen werden soll, wenn dem anderen Ehegatte allein oder gemeinsam mit einem Dritten der Nießbrauch, das Erbbaurecht oder ein dingliches Wohnrecht an dem Grundstück zusteht, auf dem sich die Ehwohnung befindet.

Das dingliche Wohnrecht erweist sich damit als Überbegriff, dem sowohl die Wohnrechtsdienstbarkeit (i.S. § 3 Abs. 2 HausratsVO „Wohnrecht gemeinsam mit einem Dritten“), als auch das ausschließliche Wohnungsrecht nach § 1093 BGB („alleiniges Wohnrecht“ i.S. § 3 Abs. 2 HausratsVO) und auch das an dieser Stelle nicht weiter zu untersuchende Dauerwohnrecht gemäß §§ 31 ff WEG<sup>4</sup> zuzuordnen sind.

### B. Altenteilswohnrechte

In der Praxis nach wie vor die größte Bedeutung haben Wohnrechte, die aus Anlass einer Vermögensübergabe zu Gunsten der Übergeber, teilweise auch zu Gunsten weichen- der Geschwister oder unverheirateter Verwandter in der Seitenlinie bestellt werden.

Die dazu in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten gewesenen Fragen können heute großteils als ausgeglichen abgehakt werden.

So ist allgemein anerkannt, dass

- alle Wohnrechte (auch das Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB) nicht auf einzelne Räumlichkeiten beschränkt sein müssen, sondern – wie der Nießbrauch – auf die gesamte Immobilie (Hausgrundstück oder Eigentumswohnung) erstreckt werden können,<sup>5</sup>
- neben Mitbenutzungsrechten, vgl. § 1093 Abs. 3 BGB, auch ausschließliche Nutzungsrechte (z. B. Garage) mit dem Wohnungsrecht verbunden werden können, wenn die Wohnnutzung Hauptinhalt des bestellten Rechts ist,<sup>6</sup>
- auch dann, wenn bei den Berechtigten Gütergemeinschaft vereinbart ist, ein einheitliches Wohnrecht so bestellt werden kann, dass es dem längerlebenden Ehepartner allein zusteht,<sup>7</sup>
- als Inhalt des Wohnrechts mit dinglicher Wirkung die Verpflichtung des Eigentümers zur Unterhaltung und Beheizung der vom Wohnrecht erfassten Räumlichkeiten vereinbart werden kann,<sup>8</sup>
- eine Entgeltlichkeit des Wohnrechts mit dinglicher Wirkung zwar nicht vereinbart werden kann, wohl aber durch konditionale oder schuldrechtliche Verzahnung eines Mietvertrages mit einer Wohnrechtsbestellung der Schutz eines Mieters vor dem Verlust seiner Wohnung in Zwangsversteigerung und Insolvenz des Eigentümers gemäß § 57a ZVG bzw. § 111 InsO sicherzustellen ist<sup>9</sup>.

Ungeachtet dessen verbleiben genug Problemfelder, um die bisherige Beurkundungspraxis einer kritischen Analyse zu unterziehen.

#### 1. Bestellung auf unbebauten Grundstücken oder im Rahmen von Umbaumaßnahmen

Im Prinzip ist heute nicht mehr umstritten, dass ein Wohnrecht auch an einem noch nicht bebauten bzw. noch nicht

<sup>1</sup> Palandt-Bassenge, BGB 64. Auflage § 1093 Rdnr.3 enthält den Hinweis auf eine im Betriebsberater 1968 S. 105 veröffentlichte Entscheidung. Kein anderes Bild ergibt die Recherche bei JURIS (Stand 12.1.2005). Dort werden gerade einmal 17 Entscheidungen des BGH für den Zeitraum ab 1952 nachgewiesen. Die jüngste nachgewiesene Entscheidung datiert aus dem Jahre 1998. Auch das kautelarjuristische Fachschrifttum behandelt das Wohnungsrecht eher am Rand, wie durch die gerade einmal 3 1/2 Druckseiten der Erläuterungen von Wolfsteiner in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit hinreichend belegt wird.

<sup>2</sup> So beispielhaft wohl das Gutachten des Deutschen Notarinstituts in DNoti-Rep 2002,91 f.

<sup>3</sup> Beispielhaft Böhringer, BWNNotZ 1990, 153 ff.

<sup>4</sup> Dazu ausführlich U. Mayer, ZNotP 2000, 354.

<sup>5</sup> BayObLG, MittBayNot 1999, 561; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 1237 m.w.N.

<sup>6</sup> BayObLG Z 1995, 31, 36; Bamberger/Roth-Wegmann, BGB § 1093 Rdnr. 7; a.A. MünchKommBGB/Joost § 1093 Rdnr. 4.

<sup>7</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnrn. 1246, 261h m.w.N entge- gen BayObLG Z 1967, 480. Vgl. auch Jörg Mayer, Der Übergabevertrag 2. Aufl. Rdnr. 162 m.w.N.

<sup>8</sup> BayObLG, DNotZ 1981, 124; OLG Schleswig, DNotZ 1994, 895; Langenfeld-Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge 5. Aufl. Rdnrn. 370 m.w.N. Dogmatisch handelt es sich um eine sog. unselbständige Reallast, vgl. Jörg Mayer, Der Übergabevertrag 2. Aufl. Rdnr. 169; derselbe in Staudinger BGB Stand 2003 § 1093 Rdnr. 45 m.w.N.

<sup>9</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 1274 ff. m.w.N.; Staudinger-J.Mayer BGB Stand 2003 § 1093 Rdnr. 12 m.w.N.; Langenfeld-Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge 5. Aufl. Rdnrn. 373 ff. mit Formulierungsmuster.

um die vom Wohnungsrecht erfassten Räume erweiterten Grundstück bestellt werden kann<sup>10</sup>.

Grundvoraussetzung für die Bestellung eines derartigen Rechts jedenfalls beim Wohnungsrecht nach § 1093 BGB ist wegen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes allerdings, dass der Ausübungsbereich des zu bestellenden Rechts, vulgo die Wohnrechtsräumlichkeiten, bei Wohnungsrechtsbestellung durch Bezugnahme auf einen Plan eindeutig bestimmbar ist. Der Plan, der nicht maßstabsgetreu zu sein hat<sup>11</sup>, muss bei der Bestellung des Rechts vorliegen und ist der Bestellsurkunde anzuzuegeln<sup>12</sup>. Eine Bezugnahme in notarieller Urkunde reicht nicht aus<sup>13</sup>. Sonstige gesetzliche Vorgaben für die Qualität eines derartigen Planes bestehen außerhalb des Anwendungsbereiches des Wohnungseigentumsgesetzes nicht.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn die bei der Bestellung des Rechts vorliegende Planung geändert wird und die für das Wohnrecht „vorgesehenen“ Räumlichkeiten nicht entstehen. Dies kann auf verschiedenen Gründen beruhen, etwa darauf, dass die Bauabsicht endgültig aufgegeben wurde oder dass die für den Wohnberechtigten vorgesehenen Wohnräume im Dachgeschoss einer Bungalowbebauung mit Wohnraum lediglich auf einer Wohnebene geopfert wurden.

Konsens besteht hier wohl insoweit, dass jegliches Wohnrecht eine reine Duldungsverpflichtung begründet<sup>14</sup> und ein Anspruch auf die Schaffung entsprechenden Wohnraums damit lediglich mittelbar durch die Bestellung einer Wohnungsreallast<sup>15</sup> dinglich gesichert werden kann. Rechtliche Konsequenz des aus Sicht des Wohnberechtigten gescheiterten Bauvorhabens wäre dann – wie hinsichtlich des Sondereigentums im vergleichbaren Fall der Nichtdurchführung des im Aufteilungsplan nach dem WEG vorgesehen Bauvorhabens- die Nichtentstehung des bewilligten Wohnungsrechts<sup>16</sup>.

Allerdings wird teilweise für zulässig erachtet, für den Fall der Zerstörung bereits bestehenden Wohnraums eine Wiederaufbauverpflichtung mit dinglicher Wirkung im Rahmen des Wohnungsrechts zu vereinbaren<sup>17</sup>. Auch wenn dieser Ansatz mit Rücksicht auf die anerkanntermaßen mit dinglicher Wirkung ausstaffierbare Unterhaltungsverpflichtung schwerlich als gänzlich unvertretbar angesehen werden kann, wird der vertragsgestaltende Jurist die wohl überwiegende Auffassung zugrunde zulegen haben, dass die Wiederaufbauverpflichtung im Rahmen einer Wohnungsrechtsbestellung nur rein schuld-

rechtlich zu vereinbaren ist<sup>18</sup> und dinglich daher nur durch gesonderte Bestellung einer Wohnungsreallast neben dem Wohnrecht abgesichert werden kann<sup>19</sup> und sollte<sup>20</sup>, nachdem Naturkatastrophen, Gasleitungsexplosionen, Überschwemmungen und vergleichbare Risikokonstellationen auch in Mitteleuropa schwerlich als Fantasieprodukte abgetan werden können und die in der Praxis aus grundbuchpragmatischen Gründen<sup>21</sup> häufig anzutreffende rein schuldrechtliche Vereinbarung der Wiederaufbauverpflichtung dem Wohnungsberechtigten weder unmittelbar, noch mittelbar irgendwelche Rechte an einer als Surrogat an die Stelle des zerstörten Gebäudes getretenen Gebäudeversicherungsleistung vermitteln kann.

Was für die Wiederaufbauverpflichtung damit gilt, kann aber ohne Weiteres auf den vergleichbaren Fall der Aufbauverpflichtung übertragen werden. Das Risiko, dass aufgrund von Fehlplanungen, Geldmangel oder bauordnungsrechtlicher Vorgaben die Ausführung des Bauvorhabens von der Planung erheblich abweicht oder unter Umständen ganz entfällt, darf als ungleich gewichtiger eingeschätzt werden als dasjenige, das durch die eben in Zusammenhang mit der Wiederaufbauverpflichtung angeführten Naturkatastrophen begründet wird.

Dem gemäß wäre folgendes Formulierungsmuster vorzuschlagen:

*Mit Rücksicht darauf, dass das Wohnungsrecht aus tatsächlichen Gründen nicht zur Entstehung gelangen<sup>22</sup> oder erlöschen<sup>23</sup> kann, erhält der Berechtigte in dem beim Wohnungsrecht angegebenen Berechtigungsverhältnis aufschiebend bedingt für den Ausfall des Wohnungsrechts eine Reallast auf Gewährung einer Wohnung auf dem belasteten Grundbesitz. Die Beschaffenheit des zu gewährenden Wohnraums bestimmt sich nach dem in dieser Urkunde bewilligten Wohnungsrecht. Die Reallast ist auf die Lebenszeit des oder der Berechtigten beschränkt. Der Anspruch auf Einzelleistungen ist nicht übertragbar.*

*Die Eintragung der Reallast im Grundbuch mit Rang nach dem in dieser Urkunde bestellten Wohnungsrecht und mit dem Vermerk dass zur Löschung Todesnachweis genügt, wird vom Eigentümer bewilligt und vom Berechtigten beantragt.*

*Rein schuldrechtlich gilt Folgendes:*

*Die Lage der von dieser Wohnungsreallast betroffenen Räume ist vom Grundstückseigentümer nach Maßgabe des § 315 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen<sup>24</sup>.*

<sup>10</sup> Vgl. nur Staudinger-J.Mayer, BGB Stand 2003 § 1093 Rdnr. 17 m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. Bamberger/Roth-Wegmann, BGB § 1093 Rdnr. 10.

<sup>12</sup> BGH Z 59,11; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Auflage Rdnr. 1141 m.w.N.

<sup>13</sup> BGH, DNotZ 1982, 228.

<sup>14</sup> BGH Z 7, 268, 273 f.; BGH Z 8, 58, 62 ff.; LG Braunschweig RNotZ 2002, 177, 178 m.w.N.; Bamberger/Roth-Wegmann BGB § 1018 Rdnr. 42; MünchKommBGB/Joost § 1093 Rdnr. 23, Jörg Mayer, Der Übergabevertrag 2. Aufl. Rdnr. 167.

<sup>15</sup> Zur Wohnungsreallast vgl. Nieder, BWNNotZ 1975, 3,6. Nicht möglich ist dagegen, allein die Aufbau- bzw. Wiederaufbauverpflichtung durch Reallast zu sichern, da dieser Anspruch nicht auf wiederkehrende Leistungen gerichtet wäre, vgl. MünchKommBGB/Joost § 1093 a.a.O. m.w.N. Die Wohnungsreallast allein wird nur in seltenen Fällen eine echte Alternative zur Wohnungsrechtsbestellung sein, da sie keinen vollstreckbaren Anspruch auf Wohnungsgewährung, sondern lediglich einen Anspruch auf Verwertung durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück gemäß § 1107 i.V.m. § 1147 BGB gewährt vgl. MünchKommBGB/Joost 4. Aufl. § 1107 Rdnr. 13.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, NJW 2004, 1798; Wenzel, ZNotP 2005, 43 m.w.N.; BGH, MittBayNot 1986, 251, 252; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 2873 m.w.N.

<sup>17</sup> Explizit LG Heilbronn, BWNNotZ 1975, 14 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 1272.

<sup>18</sup> So auch Bamberger/Roth-Wegmann, BGB § 1093 Rdnr. 31.

<sup>19</sup> Vgl. LG Braunschweig, RNotZ 2002, 177, 178 m.w.N.; Langenfeld-Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge 5. Aufl. Rdnr. 380. Die vielfach ebenfalls vorgeschlagene „Brandvormerkung“ (Formulierungsvorschlag bei Langenfeld-Günther a.a.O.) wird regelmäßig nicht ausreichen, da sie den Wiederaufbau mit gleicher Raumaufteilung wie der Ursprungsbau voraussetzt.

<sup>20</sup> Formulierungsmuster bei Langenfeld-Günther a.a.O. Gut vertretbar erscheint im Interesse einer auch für Laien übersichtlichen Gestaltung des Grundbuchs allerdings, die Eintragung der Reallast in Standardfällen mit einem hinreichenden Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten lediglich zu bewilligen, nicht aber bereits bei der Bestellung des Wohnungsrechts schon zu beantragen.

<sup>21</sup> Um den Beteiligten Kosten und eine „Belastung“ des Grundbuchs durch die Eintragung einer zusätzlich Reallast zu ersparen.

<sup>22</sup> Fall der Nichtdurchführung des Bauvorhabens oder der Abweichung der tatsächlichen Bauausführung von der in der Wohnungsrechtsbestellsurkunde zugrunde gelegten Planung.

<sup>23</sup> Fall der Zerstörung des bestehenden Bauwerks.

<sup>24</sup> Die Zurverfügungstellung bestimmter Räume kann nicht dinglicher Inhalt der Wohnungsreallast sein, vgl. Palandt-Bassenge, BGB 64. Auflage vor § 1105 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Joost § 1105 Rdnr. 17 m.w.N. Das Bestimmungsrecht gemäß § 315 BGB kann alternativ natürlich dem Wohnungsberechtigten eingeräumt werden.

## 2. Wohnraumwahlrecht für den Berechtigten

Die von § 1093 BGB geforderte Definition des Wohnungsrechts auf schon bei Bestellung des Rechts genau beschriebene Räumlichkeiten wird vielfach den Interessen der Vertragsbeteiligten eines Übergabevertrages dann nicht entsprechen, wenn das Eigentum zwar sofort übergeben werden soll, sich der Übergeber aber hinsichtlich der dem Wohnungsrecht zugeordneten Räumlichkeiten noch nicht festlegen will oder kann.

Insoweit ist wohl anerkannt, dass dem Berechtigten ein Wahlrecht zwischen zwei konkret definierten Wohneinheiten dergestalt eingeräumt werden kann, dass zwei bedingte Wohnungsrechte bestellt werden, wobei die Ausübung des Wahlrechts gleichzeitig auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht an der in erster Linie als Gegenstand des Wohnungsrechts bezeichneten Wohneinheit und zugleich aufschiebende Bedingung für das Wohnungsrecht an der in zweiter Linie bezeichneten Wohneinheit ist<sup>25</sup>.

*Formulierungsvorschlag:*

*Der Übergeber behält sich folgende Wohnungsrechte gemäß § 1093 BGB vor:*

- *Ein Wohnungsrecht an der Zweizimmereinliegerwohnung mit Bad und WC im Untergeschoss des vorhandenen Hausanwesens.*
- *Ein weiteres Wohnungsrecht an der nach Maßgabe der dieser Urkunde als Anlage beigefügten Planskizze im auszubauenden Dachgeschoss noch zu errichtenden Zweizimmereinliegerwohnung mit Bad und WC.*

*Für beide Wohnungsrechte gelten folgende gemeinsame Bestimmungen:.....*

*Dem Übergeber steht hinsichtlich beider Wohnungsrechte ein Wahlrecht zu, das nach Belieben ausgeübt werden kann und nicht den Beschränkungen des § 315 BGB unterliegt. Schuldrechtlich vereinbart wird, dass das Wahlrecht innerhalb von einem Monat nach vollständiger Fertigstellung des Dachgeschossausbaus auszuüben ist. Das Wahlrecht ist in öffentlich beglaubigter Form gleichzeitig mit der Löschungsbewilligung hinsichtlich des wegfallenden Wohnungsrechts zu erklären.*

*Das an der Untergeschosswohnung begründete Wohnungsrecht ist auflösend und das Wohnungsrecht an der Dachgeschosswohnung ist aufschiebend bedingt durch eine Ausübung des Wahlrechts dahingehend, dass der Berechtigte das Wohnungsrecht an der Dachgeschosswohnung auswählen wird.*

*Die Eintragung beider bedingter Wohnungsrechte im Grundbuch wird von den Beteiligten bewilligt und vom Übergeber beantragt. Beide Wohnungsrechte haben untereinander gleichen Rang.*

Wie im Beispielfall vorausgesetzt wird sich ein Übergeber ein derartiges Wahlrecht aber fast immer nur dann vorbehalten wollen, wenn er sich bei der Bestellung des Wohnungsrechts noch keinen ausreichenden Eindruck von den in Betracht kommenden Räumlichkeiten verschaffen konnte, also gerade in den hier erörterten Bau- und Umbaufällen, in denen sich wegen der verbleibenden Umplanungsunsicherheiten genau definierte Ausübungsbereiche des Wohnungsrechts nur unter mehr oder weniger großen Vorbehalten bestimmen lassen.

Auch in diesen Fällen ist den Beteiligten daher meist die Bestellung einer ergänzenden Wohnungsreallast anzuraten, wobei das dort vorgesehene Bestimmungsrecht gemäß § 315 BGB den durch die Wahlrechtseinräumung zum Ausdruck gebrachten Intentionen der Beteiligten entsprechend dem Wohnungsberechtigten zugeordnet werden sollte.

## 3. Regress von Sozialleistungsträgern

Ein volkswirtschaftlich zwar nicht unbedingt wünschenswertes, aber in einem ausdifferenzierten Sozialsystem aus der Sicht der Beteiligten legitimes und damit vom Kautelarjuristen wohl oder übel zu beachtendes Ziel bei der Gestaltung von Vermögensübergaben ist der Schutz des Familienvermögens vor einem mit legalen Mitteln zu vermeidenden Zugriff von Sozialleistungsträgern<sup>26</sup>.

Die insoweit bei der Bestellung bzw. dem Vorbehalt von Wohnrechten bestehende Rechtslage ist und bleibt nicht vollständig geklärt, hat aber an Brisanz durch die Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe für erwerbsfähige Bedürftige im Rahmen des neuen SGB II („Hartz IV-Gesetz“)<sup>27</sup> jedenfalls nach der öffentlichen Wahrnehmung eher noch zugenommen.

Die befürchteten „sozialrechtlichen Negativfolgen“ stehen durchweg in Zusammenhang mit einer notwendig werden den Heimunterbringung des Berechtigten und finden ihre Grundlage in einer Überleitung von Ansprüchen durch den Sozialleistungsträger, nämlich bei der Sozialhilfe nunmehr gemäß §§ 93,94 SGB XII und bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende gemäß § 33 SGB II.

Die Überleitung von Ansprüchen des Wohnberechtigten kann dabei auf zwei Ebenen stattfinden, nämlich

- in erster Linie als Abschöpfung von Vermögensvorteilen beim Wohnberechtigten selbst durch Überleitung des Wohnungsrechts und damit verbundener Nebenleistungspflichten des Eigentümers,
- in zweiter Linie als Vermögensabschöpfung bei dem im Verhältnis zum Wohnberechtigten unterhaltspflichtigen Grundstückseigentümer aufgrund fiktiver Erhöhung der für den Umfang der Unterhaltsverpflichtung maßgeblichen Leistungsfähigkeit.

Für die erste Fallgruppe ist in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und im zivilrechtlichen Schrifttum anerkannt, dass Wohnrechte als subjektiv-persönliche Rechte grundsätzlich mit dem Stammrecht nicht übertragbar sind und damit eine Überleitung auf Sozialleistungsträger nur insoweit in Betracht gezogen werden kann, soweit entweder das Recht einem Anderen zur Ausübung überlassen werden kann und damit der Pfändung nach § 857 Abs. 3 ZPO unterliegt oder geldwerte Nebenleistungspflichten vom Grundstückseigentümer übernommen wurden (Tragung von Stromkosten etc.) oder sich aufgrund landesgesetzlicher Regelungen wie z.B. § 14 BadWürtt AGBGB oder Art. 18-20 BayAGBGB das Wohnrecht in eine Geldzahlungsverpflichtung umgewandelt hat<sup>28</sup>. Diese Rechtslage dürfte entgegen teilweise geäußelter anderweitiger Vermutungen<sup>29</sup> die sozialhilferechtliche Praxis weitgehend akzeptiert haben, nachdem die einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen durchweg auf die

<sup>26</sup> Dazu ausführlich Karpen, MittRhNotK 1988, 131 ff.

<sup>27</sup> Dazu Münder, NJW 2004, 3209 ff.; Hußmann, ZEV 2005, 54 ff.

<sup>28</sup> OLG Braunschweig, MittRhNotK 1996, 222; OLG Oldenburg, NJW RR 1994, 1041 f.; AG Lahr, MittRhNotK 1999, 112 f.; AG Lahr, BWNNotZ 1999, 130 f.; Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1, 2; Karpen, MittRhNotK 1988, 146 ff.

<sup>29</sup> Jörg Mayer, Der Übergabevertrag 2. Aufl. Rdnr.176.

<sup>25</sup> BayObLG, MittBayNot 1988, 127; Bamberger/Roth-Wegmann, BGB § 1093 Rdnr. 11. Dass zwei Wohnungsrechte bestellt werden müssen, ist der zitierten Entscheidung allerdings bloß mittelbar zu entnehmen.

im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zu überprüfende denkbare Umwandlung des Wohnrechts in eine Geldleistungsverpflichtung bei echten Altenteilsverträgen abstellen<sup>30</sup>. Die Urkundengestaltung trägt dieser Rechtslage schon seit langem dadurch Rechnung, dass ein Recht zur Ausübungüberlassung gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Wohnrechtsbestellungen grundsätzlich nicht eingeräumt bzw. vorsorglich ausdrücklich ausgeschlossen wird<sup>31</sup>. Ergänzend empfiehlt sich eine Klarstellung, dass eine Umwandlung in eine Geldzahlungsverpflichtung aus welchem Rechtsgrund auch immer ebenfalls ausgeschlossen ist. Einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter ( des Sozialleistungsträgers) stellt dies nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht dar.<sup>32</sup>

Als kritisch verbleiben allerdings jene, namentlich bei Wohnrechtsbestellungen an vollständigen Hausgrundstücken oder Eigentumswohnungen nach dem Auszug des letzten verbleibenden Wohnberechtigten anzunehmenden Fallkonstellationen, in denen die Befugnis eines Wohnberechtigten zur Vermietung aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB hergeleitet wird<sup>33</sup>. Gegen die Flucht der Einzelfälle entscheidenden Rechtsprechung in Generalklauseln ist kautelarjuristisch nun mal nur selten ein Kraut gewachsen. Zwar könnte man daran denken, durch die Wendung „eine Vermietung der unter das Wohnungsrecht fallenden Räumlichkeiten ist auch bei einem dauernden Umzug des Berechtigten in ein Pflegeheim ausgeschlossen“ diese Eventualität in die übereinstimmend angenommene Vertragsgrundlage aufzunehmen und damit einer Anwendung des § 313 BGB den Boden zu entziehen. Dann muss aber damit gerechnet werden, dass eine am Kriterium der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Rechtsprechung als nächste „Keule“ den § 138 BGB „schwingt“ und in entsprechender Anwendung der Rechtsprechung zur Unzulässigkeit des Verzichts auf den Rückforderungsanspruch gemäß § 528 BGB<sup>34</sup> dann doch wieder zu einer – auf den Sozialleistungsträger überleitbaren – Vermietungsmöglichkeit kommt<sup>35</sup>.

Die zweite Ebene eines Sozialleistungsträgerregresses nach endgültigem Auszug des Berechtigten in eine Senioreneinrichtung wirft ähnlich komplizierte Fragen auf. Sie trifft allerdings – wie bei Übergabeverträgen jedoch die Regel – nur einen Grundstückseigentümer, der dem Wohnberechtigten gemäß § 1601 BGB grundsätzlich Unterhalt schuldet<sup>36</sup> und wird aus der Perspektive der Sozialleistungsträger auch nur dann wirtschaftlich attraktiv sein, wenn auf der ersten Ebene keine überleitungsfähigen Ansprüche gegeben sind.

Zwar wird die unterhaltsrechtliche Anrechnung eines zusätzlichen Wohnvorteils durch das Wohnen in einem nach Auszug

des Berechtigten größer gewordenen Eigenheim nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kaum als unterhaltserhöhend zu berücksichtigen sein, da der Wohnvorteil beim Elternunterhalt nicht nach der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete, sondern auf der Grundlage der ersparten Mietaufwendungen zu bestimmen ist<sup>37</sup>. Allgemein akzeptiert wird in diesem Zusammenhang dagegen, dass die gemäß § 1603 BGB für die Unterhaltungspflicht maßgebliche Leistungsfähigkeit sich bei Nichtvermietung überschüssigen Wohnraums erhöht<sup>38</sup>. Dieser Aspekt kann bei genereller Zumutbarkeit einer Vermietung (etwa vollständig unter das Wohnungsrecht fallenden Hausgrundstücken und Eigentumswohnungen) dann zum Nachteil des unterhaltspflichtigen Eigentümers Bedeutung erlangen, wenn ein dem Wohnungsberechtigten selbst zuzuordnendes Vermietungsrecht entgegen der in Zusammenhang mit der ersten Fallgruppe geäußerten Ansicht nicht direkt aus den genannten Generalklauseln herzuleiten wäre. Rechtskonstruktiv lässt sich dieses Ergebnis mit einer aus den gesetzlichen Billigkeitsbestimmungen herzuleitenden Verpflichtung des Wohnungsberechtigten zur Zustimmung zu einer Vermietung durch den Eigentümer begründen.

Allerdings wird die Zumutbarkeit einer Vermietung nicht nur dann entfallen, wenn bei einem Wohnberechtigten noch dessen Ehe- oder Lebenspartner die Wohnung aufgrund des Wohnrechts nutzen kann, sondern auch dann, wenn bereits bei Bestellung des Wohnrechts für den Fall des endgültigen Auszuges einem Dritten die unentgeltliche Nutzung der Wohnung rechtsverbindlich zugeordnet ist. Gleichwohl vermag auch das gar nicht selten vorgebrachte Anliegen, dem Kind bzw. Enkelkind bei endgültigem Auszug des Wohnberechtigten die Räumlichkeiten als Studentenwohnung zur Verfügung stellen zu können, einen Sozialleistungsträgerregress nicht auszuschließen.

Soweit sich der Wohnberechtigte diese Möglichkeit (als Recht zur unentgeltlichen Überlassung des Wohnrechts oder im Sinne einer nachrangigen oder bedingten Wohnrechtsbestellung für den weiteren Begünstigten) bereits bei der Ursprungsbestellung des Wohnrechts vorbehalten haben sollte, läge eine nach § 528 BGB zu behandelnde und damit grundsätzlich überleitungsfähige unentgeltliche Zuwendung vor<sup>39</sup>. Wirtschaftlich das gleiche Ergebnis träte bei einer dem Grundstückseigentümer eingeräumten Befugnis zur unentgeltlichen Überlassung an Dritte ein, da die Überlassung an den studierenden Sohn/Enkel als klassischer Fall der ersparten sonstigen Mietaufwendungen einzustufen wäre und sich bei einer unentgeltlichen Überlassung des Wohnraums an sonstige Dritte erneut die Möglichkeit einer auf Generalklauseln gestützten Zurechnung fiktiver Einkünfte aufdrängt.

Zusammenfassend wird man wohl festhalten können, dass ein auf zumutbar vermietbare Räumlichkeiten bezogenes Wohnrecht sich nicht gänzlich „sozialleistungsträgerfest“ gestalten lässt.

#### 4. Rangstelle der Wohnrechte

Wie andere im Grundbuch eingetragene Rechte erlöschen gemäß § 91 Abs. 1 ZVG alle Wohnrechte, wenn die Zwangsversteigerung aus einem vorrangigen Recht betrieben wird<sup>40</sup>.

<sup>30</sup> Z.B. OVG Münster, NJW 2001, 143 f.; VG Karlsruhe, Urt. v. 25.8.1998 (2 K 1761/98) zitiert nach JURIS Nr.MWRE 102990000. Die Umwandlung in einen überleitungsfähigen Geldzahlungsanspruch im Rahmen eines echten Altenteils lag auch den eine Überleitungsmöglichkeit für möglich haltenden zivilgerichtlichen Entscheidungen durchweg zugrunde, etwa OLG Köln, MittRhNotK 1993, 162 ff.; OLG Köln, FamRZ 1998, 431 f.

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa Jörg Mayer, Der Übergabevertrag 2. Aufl. Rdnr.176; Schönert-Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 1263.

<sup>32</sup> BGH, MittBayNot 2004, 180 ff. m. Anm. J. Mayer; Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1 ff., 6.

<sup>33</sup> OLG Celle, NJW-RR 1999, 10; OLG Köln, NJW-RR 1995, 1358 f; OLG Koblenz, WuM 2004, 103; Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1 ff., 5; Palandt-Heinrichs, BGB 64. Auflage § 313 Rdnr. 51 m.w.N.; dagegen: Staudinger-J.Mayer, BGB Stand 2003 § 1093 Rdnr. 55 m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. MünchKommBGB/Kollhossner 4. Aufl. § 528 Rdnr. 50 m.w.N.

<sup>35</sup> So kommt der BGH im zitierten Urteil MittBayNot 2004, 180 ff. im Wege der interessengerechtern Vertragsauslegung zu einer Zahlungspflicht; vgl. auch Rosendorfer, MittBayNot 2005, 1 ff., 6.

<sup>36</sup> Allgemein zum Elternunterhalt BGH, NJW, 2003, 128, BGH, NJW 2004, 674; BGH, NJW 2004, 769 sowie Büttner/Niepmann, NJW 2004, 2284 ff., 2285 f.

<sup>37</sup> BGH, NJW 2003, 2306 ff., 2308; OLG Oldenburg, NJW 2000, 524; Palandt-Diederichsen, BGB 64. Auflage § 1601 Rdnr. 8 m.w.N.

<sup>38</sup> Palandt-Diederichsen, BGB 64. Auflage § 1603 Rdnr. 35

<sup>39</sup> Die Zehnjahresfrist nach § 529 Abs. 1 BGB würde ja erst mit der Leistung des Wohnrechts an den Dritten, also nach Auszug in die Senioreneinrichtung anlaufen.

<sup>40</sup> Vgl. nur Schönert-Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 1265.

Von den damit verbundenen Risiken haben die Beteiligten häufig schon bei Neubestellung eines Grundpfandrechts und dem auf Betreiben des Kreditinstituts notwendig werdenden Rangrücktritt des Wohnrechtsberechtigten keine klare Vorstellung („Bloße Formalität“). Das Risiko der Übernahme teilweise oder gar nicht valutierender Grundschulden bei Neubestellung von Wohnrechten wird sogar sträflich unterschätzt. Nicht nur juristische Laien, sondern auch und gerade in anderen Rechtsgebieten durchaus versierte Beteiligte sind nicht selten richtiggehend stolz auf die durch Bestehenlassen alter Grundpfandrechte für den Erwerber ermöglichte, in der Realität oft nur geringe Kostenersparnis<sup>41</sup> und übersehen dabei völlig, dass nicht nur durch den neuen Eigentümer, sondern auch durch dessen Gläubiger im Wege der Pfändung von Rückgewähransprüchen<sup>42</sup> jederzeit prinzipiell eine Neuvaluierung der Altgrundschulden erfolgen kann.

Soweit der Notar mit der Beurkundung der Wohnrechtsbestellung oder des Rangrücktritts betraut ist bzw. Entwürfe hierfür zu fertigen hat, trifft ihn insoweit selbstverständlich eine Belehrungspflicht gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG<sup>43</sup>.

*Formulierungsvorschlag bei nicht valutierenden Grundschulden:*

*Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Übernahme von Grundschulden im Falle einer Zwangsversteigerung zum Verlust des Wohnrechts führen kann und deshalb empfohlen, im Rahmen dieser Urkunde die Löschung der bestehenden Grundpfandrechte zu veranlassen.*

Eine andere Frage ist, wie eine Absicherung des Wohnberechtigten realisiert werden kann, wenn eine Löschung der Grundpfandrechte derzeit nicht gewünscht wird oder wegen Teilvaluierung nicht möglich ist. Diese Konstellation ist in der Praxis häufig anzutreffen, etwa wenn neben der Grundschuld auch die gesicherten Restverbindlichkeiten des übergebenden Elternteils übernommen werden oder die Neubestellung oder Neuvaluierung einer Grundschuld unter Mitwirkung der Übergeber erfolgt, um den in Zusammenhang mit der Übergabe geplanten Umbau zu finanzieren.

Standardmäßig kann in derartigen Fällen eine gewisse Absicherung des Wohnberechtigten dadurch verwirklicht werden, dass

- a) die Rückgewähransprüche ausschließlich dem Wohnberechtigten zugeordnet werden,
- b) die Zuordnung der Rückgewähransprüche zum Wohnberechtigten der Gläubigerbank unter Ausübung des Wahlrechts angezeigt wird und
- c) vorsorglich eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB zu Gunsten des Wohnberechtigten im Grundbuch eingetragen wird.

#### zu a)

Die Zuordnung der Rückgewähransprüche an den Wohnberechtigten schließt eine Neuvaluierung der Grundschuld durch den Eigentümer in der Regel aus<sup>44</sup>. Soweit die Grundschuld bei Abschluss eines Übergabevertrages nicht valutiert, ist eine Abtretung des Rückgewähranspruchs an den wohnberechtigten Übergeber nicht geboten, da der Rückge-

währanspruch mangels Akzessorietät bekanntlich nicht automatisch auf den Erwerber eines Grundstücks übergeht<sup>45</sup>. Da bei Übernahme von Grundpfandrechten nach der Rechtsprechung aber auch eine Abtretung bisher entstandener Rückgewährrechte durch schlüssiges Verhalten angenommen werden kann<sup>46</sup>, empfiehlt es sich, das Verbleiben der Rückgewähransprüche beim Wohnberechtigten verbunden mit einer vorsorglichen Abtretung vom neuen Eigentümer an den Wohnberechtigten in der Urkunde ausdrücklich zum Ausdruck zu bringen.

#### zu b)

Solange dem bisherigen Grundschuldgläubiger die Abtretung des Rückgewähranspruchs unbekannt ist, kann er gemäß § 407 BGB mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten<sup>47</sup>. Hiergegen schützt die Abtretungsanzeige gemäß § 409 BGB. Sie versagt allerdings, insbesondere bei einem Briefrecht, wenn die Grundschuld vom bisherigen Gläubiger an einen Dritten ohne Schuldübernahme abgetreten wurde<sup>48</sup>.

Die Information des Grundschuldgläubigers ist aber auch zu anderen Zwecken geboten. So wird seitens des neuen Grundstückseigentümers unerwünscht sein, dass der Wohnberechtigte die Grundschuld an sich abtreten lässt. Demgegenüber hat der Wohnberechtigte ein Interesse daran, dass nicht durch Verzicht auf die Grundschuld beim Grundstückseigentümer gemäß § 1192 i.V.m. § 1168 BGB eine Eigentümergrundschuld entsteht. Im Rahmen der Abtretungsanzeige sollte daher eine Wahrechtsausübung hinsichtlich des Rückgewähranspruchs dahingehend erfolgen, dass lediglich Löschung der Grundschuld verlangt wird. Diese Wahrechtsausübung ist für den Grundpfandgläubiger verbindlich<sup>49</sup>. Des Weiteren wird die Abtretung der Rückgewähransprüche – wohl zulässigerweise<sup>50</sup> – in vielen Bankformularen von der Zustimmung des Kreditinstituts abhängig gemacht. Diese Zustimmung, deren Erteilung zulässigerweise schwerlich verweigert werden könnte, sollte gleichzeitig eingeholt werden.

#### zu c)

Allein die Abtretung und Anzeige an die Grundpfandrechtsgläubigerin vermag den Wohnberechtigten nicht zuverlässig davor zu schützen, dass gleichwohl eine Eigentümergrundschuld entsteht. So wird gegen die wohl weit überwiegende anderweitige Auffassung<sup>51</sup> nach wie vor vertreten, dass der Schuldner entgegen anderweitiger Regelungen in der Grundschuldurkunde oder Zweckabrede bestimmen kann, dass seine Zahlungen nicht (nur) auf die Forderung, sondern (auch)

<sup>41</sup> Vgl. Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch 3. Aufl. A Rdnr. 344.

<sup>42</sup> Dazu Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden Rdnr. 900 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. BGH Beschl. v. 4.3.2004 – IX ZR 263/00 zit. von Ganter, ZNotP 2004, 458 ff., 462. So auch für den Fall der Bestellung eines Wegerechts auf einem belasteten Grundstück BGH, DNotZ 1993, 752; vgl. auch Winkler, BeurkG 15. Aufl. § 17 Rdnr. 229 m.w.N.

<sup>44</sup> Z.B. BGH, NJW 1988, 2538 ff.; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden Rdnr. 764 ff.; 885 ff. Zu den Ausnahmen siehe unten.

<sup>45</sup> BGH, NJW 1990, 576; Palandt-Bassenge, BGB 64. Auflage § 1191 Rdnr. 36 m.w.N.; Baur-Stürmer, Sachenrecht 17. Aufl. § 45 Rdnr. 77, 96 jeweils m.w.N.; Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 766.

<sup>46</sup> BGH, NJW 1990, 576; NJW 1991, 1821, 1822; Baur-Stürmer, a.a.O.; Gaberdiel, Rdnr. 634, 935 ff. Eine schlüssige Abtretung wird insbesondere bei Übernahme der gesicherten Verbindlichkeiten angenommen, was bei teilvaluierenden Rechten in Übergabeverträgen nicht gerade selten vorkommt.

<sup>47</sup> MünchKommBGB/Roth 4. Aufl. § 407 Rdnr. 12; Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 889 m.w.N.

<sup>48</sup> BGH, NJW 1985, 800 ff.; Palandt – Bassenge, BGB 64. Auflage § 1092 Rdnr. 32 m.w.N.

<sup>49</sup> Palandt-Bassenge, BGB 64. Auflage § 1191 Rdnr. 32; Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 873 m.w.N.

<sup>50</sup> Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 759 m.w.N.

<sup>51</sup> So BGHZ 91, 375, 379 = NJW, 1984, 2404 (allgemein); BGH, WM 1964, 677; NJW-RR 1995, 1257; Palandt-Bassenge BGB 64. Auflage § 1191 Rdnr. 47; MünchKommBGB/Eickmann 4. Aufl. § 1191 Rdnr. 111; Baur/Stürmer, § 45 RdNr. 44; aA BGH, NJW 1976, 2132; NJW 1976, 2340; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden 6. Aufl. Rdnr. 807 m.w.N.; Kolbenschlag, DNotZ 1965, 73.

auf die Grundschild anzurechnen sind<sup>52</sup>. Außerdem ist schon deshalb nicht gänzlich ausgeschlossen, dass Eigentümergrundschilden entstehen, weil jedenfalls bei drohender Zwangsvollstreckung aus der Grundschild eine Verrechnung auf die Grundschild erfolgt und damit ein Eigentümerrecht entsteht<sup>53</sup>. Außerdem kann ein Gläubiger jederzeit trotz Abtretung des Rückgewähranspruchs mit der Konsequenz des Entstehens einer Eigentümergrundschild gemäß § 1168 Abs. 1 BGB einseitig auf eine Grundschild verzichten<sup>54</sup>. Die Abtretung der Rückgewähransprüche sollte daher durch die Bewilligung einer Löschungsformerkung gemäß § 1179 BGB flankiert werden.

Aus den oben angestellten Erwägungen ließ sich folgender Formulierungsvorschlag ableiten:

*Soweit dem Wohnungsrecht jetzt oder später Grundpfandrechte im Rang vorgehen gilt Folgendes: Alle derzeit bereits zu seinen Gunsten entstandenen Rückgewähransprüche verbleiben beim Wohnberechtigten als bisherigem Eigentümer. Sie werden ausdrücklich nicht an den Erwerber abgetreten. Der Erwerber tritt alle künftigen Rückgewähransprüche bezüglich aller derzeit bestehenden und künftig mit Rang vor oder Gleichrang mit dem Wohnungsrecht bestellten Grundpfandrechte an den Wohnberechtigten im oben angegebenen Berechtigungsverhältnis mit der Maßgabe ab, dass das dem Rückgewährberechtigten zustehende Wahlrecht dahingehend ausgeübt wird, dass nur Löschung, nicht aber Verzicht oder Übertragung des Grundpfandrechts beansprucht wird. Den derzeitigen Grundpfandrechtsgläubigern wird die Abtretung der Rückgewähransprüche und die Ausübung des Wahlrechts durch Übersendung einer Abschrift dieser Urkunde hiermit angezeigt. Eine eventuell erforderliche Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger zu der angezeigten Abtretung wird zu Händen des amtierenden Notars erbeten. Der Erwerber verpflichtet sich des Weiteren zur Sicherung des bestellten Wohnungsrechts, die dem Wohnungsrecht jetzt und zukünftig im Rang vorgehenden Grundpfandrechte löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen oder bereits vereinigt haben. Zur Sicherung dieses Löschungsanspruchs bewilligen die Beteiligten die Eintragung entsprechender Löschungsformerkungen nach § 1179 BGB im Grundbuch mit Rang nach dem Wohnungsrecht. Der Wohnberechtigte beantragt heute die Eintragung der Löschungsformerkung lediglich hinsichtlich der im Grundbuch in Abt. III Nr. .... bereits eingetragenen Grundschild<sup>55</sup>.*

Auch der Einsatz aller unter a) bis c) beschriebenen Kautelen kann dem Wohnberechtigten selbstverständlich keine vollständige Sicherheit verschaffen, dass der Rang des Wohnungsrechts gewahrt wird. Insbesondere kann, da ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen bekanntlich nicht möglich ist, nie gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Abtretung des Rückgewähranspruchs ins Leere geht, weil der Rückgewähranspruch – oft formularmäßig – bereits anderweitig abgetreten war<sup>56</sup>. Zudem ist gerade bei Übergaben als dem Haupt-

anwendungsfall für die Bestellung von Wohnrechten angesichts des fortgeschrittenen Alters des Übergebers eine möglicherweise in absehbarer Zeit nur noch unter Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts revidierbare „Betonierung“ von Übergeberrechten an den bestellten Grundschilden gerade unerwünscht. Es kann daher keinesfalls Aufgabe des Vertragsgestalters sein, das mit Blick auf Grundpfandrechte hier entwickelte Sicherungsarsenal bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu aktivieren. Der Notar wird aber die ihm gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG treffende Verpflichtung zur Belehrung über die Risiken einer nicht gesicherten Rangs eines Wohnrechts<sup>57</sup> nur dann ordnungsgemäß erfüllen, wenn er gleichzeitig im Rahmen gestaltender Beratung Möglichkeiten zur Verminderung der angesprochenen Risiken aufzeigt<sup>58</sup>.

### C. Risikokompensierende Wohnrechte

Die notarielle Praxis begegnet häufig Fallkonstellationen, in denen der Fortbestand oder Erwerb eines Eigentumsrechts auf Seiten eines Ehepartners<sup>59</sup> trotz erheblicher Beteiligung dieses Partners an der Finanzierung des Erwerbs oder der Bebauung unerwünscht ist. Grund hierfür kann etwa sein

- die Zugehörigkeit des mit Finanzierungshilfe des „weichenden“ Ehepartners zu bebauenden oder umzubauenden Grundbesitzes zum Familienvermögen des anderen Ehepartners,
- die Herbeiführung einer haftungsgünstigen Vermögensordnung durch Ehegattenzuwendung<sup>60</sup>,
- die Sicherstellung von Leistungen nach dem Eigenheimzulagegesetz bei Objektverbrauch gemäß § 6 Abs. 1 auf Seiten eines Ehegatten.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage nach dem Fortbestand der gewählten Eigentumszuordnung im Falle einer Krise oder eines Scheiterns der Ehe bzw. Beziehung. Das sich bei Verwirklichung des Beziehungsrisikos aufrägende Instrumentarium – ein im Grundbuch gesichertes, bei Beschränkung auf den Scheidungsfall allenfalls analog § 852 Abs. 2 ZPO pfändbares<sup>61</sup> Rückforderungs- bzw. Erwerbsrecht<sup>62</sup> oder auch die Vereinbarung eines nur bei Scheitern der Ehe kündbaren, durch Sicherungshypothek gemäß § 1184 BGB abzusichernden Ehegattendarlehens – wird bei den Eigenheimzulagefällen aus Furcht vor einer Anwendung des § 42 AO durch die Finanzbehörden vielfach unerwünscht sein. Vor allem aber bietet ein Rückforderungs- bzw. Erwerbsrecht keinen hinreichenden Schutz dagegen, dass dem Nichteigentümerehegatten in der Krise „der Stuhl vor die Tür gesetzt wird“<sup>63</sup>. Im Falle der Scheidung droht darüber hinaus eine Anwendung des § 3 Abs. 1 HausratsVO (Zuweisung der Ehenwohnung an den Alleineigentümer), da jedenfalls zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ein Miteigentum aufgrund des erst im Scheidungsfall aktivierten Rückforderungsrechts noch nicht begründet sein kann.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, DNotZ 1993, 721; Eylmann/Vaasen/Frenz, 2. Aufl. Rdnr. 21 zu § 17 BeurkG.

<sup>58</sup> Vgl. BGH, ZNotP 1999, 330ff; Eylmann/Vaasen/Frenz, 2. Aufl. Rdnr. 17 zu § 17 BeurkG.

<sup>59</sup> bzw. Partners in nichtehelicher Lebensgemeinschaft oder – noch relativ selten – eingetragenen Lebenspartners gemäß § 1 LPartG.

<sup>60</sup> Dazu Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen 4. Aufl. Rdnr. 892; derselbe, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge 5. Aufl. Rdnr. 658.

<sup>61</sup> Vgl. BGH, NJW 2003, 1858 ff.

<sup>62</sup> Von Langenfeld-Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge 5. Aufl. Rdnr. 691 als „unerlässlich“ bezeichnet.

<sup>63</sup> Die Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft gemäß § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. gemäß § 2 LPartG mag für den Ehe- und eingetragenen Lebenspartner einen gewissen Schutz gegen einen unberechtigte „Rauswurf“ bieten – Palandt-Brudermüller, BGB 64. Auflage § 1353 Rdnr. 6. Der nichteheliche Lebenspartner genießt diesen Minimalschutz nicht.

<sup>52</sup> Nach Staudinger/Wolfsteiner, BGB Stand 2002 vor § 1191 RdNr. 68 soll ein Verbot der Zahlung auf die Grundschild keine unmittelbare Wirkung haben, sondern den Schuld lediglich im Innenverhältnis verpflichten.

<sup>53</sup> BGH, NJW-RR 1989, 1036; MünchKommBGB/Eickmann 4. Aufl. § 1191 Rdnr. 117 m.w.N.

<sup>54</sup> BGH, NJW 1992, 110 ff.; Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 896 m.w.N.

<sup>55</sup> Die Eintragung der Löschungsformerkung kann frühestens mit Eintragung des betroffenen Grundpfandrechts erfolgen. Die Eintragung einer Löschungsformerkung für alle etwaigen noch einzutragenden Grundpfandrechte ist also nicht möglich, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr. 2602.

<sup>56</sup> Gaberdiel, a.a.O. Rdnr. 896.

In den aufgezeigten Fällen können die mit der von den Partnern gewählten Eigentumszuordnung verbundenen Risiken durch die Wohnrechtsbestellung teilweise kompensiert werden<sup>64</sup>. Wegen des Ausschließlichkeitscharakters unangemessen wäre in derartigen Fällen allerdings die Bestellung eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB zu Gunsten des Nichteigentümerehegatten, da der Grundbesitz ja auch weiterhin von dem als Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Ehepartner mitbenutzt werden soll. Als Gestaltungsalternativen kommen daher in Betracht<sup>65</sup>:

- Die Bestellung einer auf die Mitbenutzung als Wohnung gerichteten Wohnungsdienstbarkeit gemäß § 1090 BGB zu Gunsten des weichenden Ehegatten,
- Die Bestellung eines Eigentümerwohnungsrechts gemäß § 1093 BGB sowie mit Gleichrang im Grundbuch eines weiteren Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB zu Gunsten des Nichteigentümerehegatten.
- Die Bestellung einer für den Todesfall des Eigentümers auflösend bedingten, auf die Mitbenutzung als Wohnung gerichteten Wohnungsdienstbarkeit gemäß § 1090 BGB sowie mit Rang danach eines auf den Tod des Eigentümers aufschiebend bedingten Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB jeweils zu Gunsten des weichenden Ehegatten.

Welcher dieser Alternativen im Einzelfall der Vorzug zu geben ist, lässt sich mit einem klaren „Es kommt darauf an“ beantworten. Für die Bestellung der Wohnungsdienstbarkeit sprechen deren Simplität sowie der Gesichtspunkt der Ersparnis von Grundbuchkosten.

*Formulierungsvorschlag:*

*Die Beteiligten bestellen zu Gunsten des Ehemannes auf dem in dieser Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB. Diese beinhaltet das lebenslängliche und unentgeltliche Recht, das gesamte Grundstück nebst Gebäude und Anlagen gleichberechtigt neben dem Eigentümer zu Wohnzwecken mitzubewohnen.*

*Die in entsprechender Anwendung des § 556 BGB zu bestimmenden Betriebskosten sowie Schönheitsreparaturen tragen der Berechtigte und der Eigentümer zu gleichen Teilen.*

*Überlassung des Rechts an Dritte, Vermietung sowie die Aufnahme dritter Personen ist dem Berechtigten nicht gestattet.*

*Dingliche Sicherung durch Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB zu Lasten des Grundstücks soll erfolgen. Entsprechender Grundbuchvollzug wird von den Beteiligten bewilligt und vom Berechtigten beantragt.*

*Soweit der Wohndienstbarkeit jetzt oder später Grundpfandrechte im Rang vorgehen, verpflichtet sich der Eigentümer rein schuldrechtlich diese zur Löschung zu bringen bzw. nur im Einvernehmen mit dem Berechtigten neu zu bewerten, soweit die gesicherten Forderungen erloschen oder Eigentümerrechte entstanden sein sollten.*

Die Bestellung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB für den Nichteigentümerehegatten im Gleichrang mit einem Eigentümerwohnungsrecht kann als Gestaltungsalternative in

Betracht gezogen werden, wenn die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit generell als zulässig anzuerkennen wäre. Dies wird von der zwischenzeitlich wohl herrschenden Auffassung bejaht<sup>66</sup>. Die referierte Auffassung kann sich auch auf ältere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs stützen, die die Zulässigkeit von Eigentümerrechten allerdings auf den Fall beschränken wollen, dass ein besonderes schutzwürdiges Interesse an der Bestellung der Eigentümerdienstbarkeit besteht.<sup>67</sup> Ein solches wird bejaht beispielsweise bei bevorstehender Veräußerung des Grundstücks<sup>68</sup>, aber auch – wenn auch nur in einer untergerichtlichen Entscheidung – für den Fall, dass die Bestellung des Eigentümerrechts der Vermeidung familiärer oder erbrechtlicher Streitigkeiten dienen kann.<sup>69</sup> Für den hier interessierenden Fall des risikokompensierenden Wohnungsrechts wird man das besondere schutzwürdige Interesse an der Bestellung der Eigentümerdienstbarkeit vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung schwerlich verneinen können.

Allerdings sind für die durch Gerichtsentscheidungen jedenfalls noch nicht vollständig abgesicherte Bestellung zweier gleichrangiger Rechte nach § 1093 BGB gegenüber der rechtlich wohl allgemein anerkannten zusätzlichen Bestellung des auf den Tod des Eigentümers aufschiebend bedingten Rechtes aus § 1093 BGB keine praktischen Vorteile erkennbar. Die letztere Variante dürfte daher grundsätzlich vorzugswürdig sein, wenn auch nicht von der Hand zu weisen ist, dass die Bestellung zweier bedingter Rechte die Variante mit den beiden gleichrangigen Rechten gemäß § 1093 BGB an rechtlicher Komplexität eher noch übertrifft.

Für die Dauer des Zusammenlebens der Ehepartner jedenfalls bietet die komplizierte Bestellung zweier Rechte in beiden Varianten keinen praktischen Vorteil gegenüber der Wohndienstbarkeit. In den meisten Fällen wird daher – auch aus Kostengründen – die Bestellung der Wohnungsdienstbarkeit als ausreichend sicherer Weg zu empfehlen sein.

Einen gravierenden Vorteil gegenüber der Wohndienstbarkeit kann die Bestellung zweier Wohnrechte allerdings mit Blick auf einen beim Grundstückseigentümer eintretenden Erbfall haben. In diesem Fall würde durch Erlöschen des gemäß § 1092 BGB nicht vererblichen Eigentümerwohnungsrechts bzw. der auflösend bedingten Wohndienstbarkeit das gemäß § 1093 BGB bestellte Wohnungsrecht für den hinterbliebenen Ehepartner zu einem veritabel ausschließlichen Wohnungsrecht erstarken, was eine Mitbenutzung der Wohnung durch die Erben des verstorbenen Ehepartners ausschließen würde<sup>70</sup>.

*Formulierungsvorschläge:*

*Die Beteiligten bestellen zu Gunsten jedes Ehegatten auf dem in dieser Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz je ein ausschließliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB an dem gesamten Grundstück nebst Gebäude und Anlagen.*

<sup>66</sup> Palandt-Bassenge, BGB 64. Auflage § 1090 Rdnr. 3 m.w.N.; Staudinger-J.Mayer, BGB Stand: 2003 § 1093 Rdnr. 21 und § 1090 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Joost 4. Aufl. § 1090 Rdnr. 32; Bamberger/Roth-Wegmann, BGB § 1090 Rdnr. 6 m.w.N.; OLG Frankfurt, Rpfleger 1984, 264; OLG Lüneburg, NJW-RR 1999, 1037; LG Wuppertal, MittRhNotK 1989, 172.

<sup>67</sup> BGHZ 41, 209; BGH WM 1984, 820, 821.

<sup>68</sup> BGHZ 41 a.a.O.

<sup>69</sup> LG Frankfurt, Rpfleger 1992, 246 für den Fall von Streitigkeiten zwischen Miteigentümern.

<sup>70</sup> Vgl. Staudinger-J.Mayer, BGB Stand: 2003 § 1093 Rdnr. 21. Als – eher noch kompliziertere – alternative Gestaltungsvariante kommt noch die Verbindung eines Mitbenutzungsrechts als Wohndienstbarkeit mit einem aufschiebend bedingten Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB für den überlebenden Nichteigentümerehepartner in Betracht (vgl. Staudinger-J.Mayer, BGB Stand: 2003 § 1093 Rdnr. 3).

<sup>64</sup> Bei der Zuwendung zur Herbeiführung einer haftungsgünstigen Vermögensordnung mittels Zuordnung unpfändbaren Vermögens an den „gefährdeten Ehepartner“, vgl. Hartmann ZNotP 2005, 82, 83.

<sup>65</sup> Keine Alternative wäre demgegenüber die Bestellung eines Wohnungsrecht an beide Ehepartner als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB, da das Wohnungsrecht dann vom Eigentümerehegatten durch Gewährung an sich allein erfüllt werden könnte.

Schuldrechtlich gilt Folgendes:

Beide Wohnungsrechte sind gleichberechtigt und gewähren ein Mitbenutzungsrecht neben dem anderen Wohnungsberechtigten.

Die in entsprechender Anwendung des § 556 BGB zu bestimmenden Betriebskosten sowie Schönheitsreparaturen tragen die wohnberechtigten Parteien zu gleichen Teilen.

Überlassung des Rechts an Dritte, Vermietung sowie die Aufnahme dritter Personen ist dem Berechtigten nicht gestattet.

Dingliche Sicherung durch Eintragung je einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1093 BGB zu Lasten des Grundstücks soll erfolgen. Beide Wohnungsrechte haben untereinander Gleichrang. Entsprechender Grundbuchvollzug wird von den Beteiligten bewilligt und vom jeweiligen Berechtigten beantragt.

Soweit den Wohnungsrechten jetzt oder später Grundpfandrechte im Rang vorgehen, verpflichtet sich der Eigentümer rein schuldrechtlich diese zur Löschung zu bringen bzw. nur im Einvernehmen mit den Berechtigten neu valutieren zu lassen, soweit die gesicherten Forderungen erloschen oder Eigentümerrechte entstanden sein sollten.

oder:

Die Beteiligten bestellen folgende Rechte zu Gunsten des Ehemannes in Abt. II des Grundbuchs:

- eine auf das Ableben der Ehefrau auflösend bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB. Diese beinhaltet das lebenslängliche und unentgeltliche Recht, das gesamte Grundstück nebst Gebäude und Anlagen gleichberechtigt neben dem Eigentümer zu Wohnzwecken mitzubenutzen;
- mit Rang danach ein auf das Ableben der Ehefrau aufschiebend bedingtes ausschließliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB an dem gesamten Grundstück nebst Gebäude und Anlagen.

Dingliche Sicherung durch Eintragung der beiden Rechte im Grundbuch soll erfolgen. Entsprechender Grundbuchvollzug wird von den Beteiligten bewilligt und vom Ehemann beantragt.

Soweit den Rechten jetzt oder später Grundpfandrechte im Rang vorgehen, verpflichtet sich der Eigentümer rein schuldrechtlich diese zur Löschung zu bringen bzw. nur im Einvernehmen mit den Berechtigten neu valutieren zu lassen, soweit die gesicherten Forderungen erloschen oder Eigentümerrechte entstanden sein sollten.

Wie den Formulierungsvorschlägen zu entnehmen ist, kann die bei Wohnrechten immer relevante Frage nach Rangsicke- rung gegenüber nicht mehr valutierenden Grundpfandrechten letztendlich nur schuldrechtlich befriedigend geregelt werden, da die Übertragung von Eigentümerrechten auf einen Wohnberechtigten wegen der gleichberechtigten Rechtstellung des Eigentümers unangemessen wäre.

## E. Hinterbliebenenwohnrechte

Die testamentarische Zuwendung von Wohnrechten im Wege eines Vermächtnisses hat erhebliche praktische Bedeutung. Insbesondere bei großem Alters- und Vermögensunterschied der Ehepartner oder Wiederverheiratung älterer Eheleute<sup>71</sup> ist es dem Testierer häufig ein Anliegen, dem hinterbliebenen Ehepartner die weitere Nutzung der Ehwohnung und/oder Ferienimmobilie auch dann zu sichern, wenn Erben ausschließlich nicht gemeinsame Kinder sein sollen. Bei unverheirateten Partnern wird die Erbschaftsteuerrechtlich not-

wendige Einsetzung der Abkömmlinge die Bestellung eines Wohnrechtsvermächtnisses zu Gunsten des hinterbliebenen Partners naheliegender erscheinen lassen. Zudem wird die vermächtnisweise Zuwendung eines – nicht pfändbaren – Wohnrechts bei verschuldeten oder insolventen Erbspiranten ins Auge zu fassen sein.<sup>72</sup>

Die dabei entstehenden Probleme werden jedoch häufig sträflich unterschätzt.

### 1. Unbestimmtheit der Wohnrechtsqualität in der letztwilligen Verfügung

Durchaus nicht nur in privatschriftlichen Testamenten werden Wohnrechtsvermächtnisse nicht mit ausreichender Sorgfalt formuliert.

In der Einleitung ist im Einzelnen dargestellt worden, dass sich hinsichtlich der nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen differierenden Wohnrechte auch im juristischen Fachschrifttum noch keine präzisierende einheitliche Terminologie durchgesetzt hat. In einer Entscheidung des OLG Bamberg<sup>73</sup> ging dieses sogar so weit, das in einer privatschriftlichen letztwilligen Verfügung im Übrigen sehr detailliert geregelte und auf Lebzeiten des Berechtigten begrenzte Wohnrecht allein deshalb als rein schuldrechtliches, als Leihe zu werten- des Recht zu qualifizieren, weil eine dingliche Sicherung gemäß § 1093 oder § 1090 BGB nicht ausdrücklich im Testament bestimmt worden sei.

Es ist daher dringend zu empfehlen, bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen klar zu regeln, ob eine Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB, eine Wohndienstbarkeit gemäß § 1090 BGB oder ausnahmsweise tatsächlich nur eine schuldrechtliche Berechtigung zugewendet werden soll.

Allein damit ist die zu fordernde Formulierungspräzision keinesfalls erreicht. Hat der Erblasser ein Wohnungsrecht oder eine Wohndienstbarkeit an der Ehwohnung bestellt, lässt dies allein keine zwingende Rückschlüsse auf den intendierten Ausübungsbereich des Rechts zu, da offen bleibt, ob das ausschließliche Wohnungsrecht oder die Mitbenutzungsdienstbarkeit sich auf die gesamte Immobilie erstrecken, oder auf einzelne Räumlichkeiten beschränken soll. Sehr selten wird sich jedenfalls in einem privatschriftlichen Testament eine Regelung zur Rangstelle des vermachten Rechts, der Behandlung bestehender vorrangiger Rechte oder auch zu den Voraussetzungen eines Rangrücktritts des Wohnberechtigten bei zum Erhalt der Immobilie notwendigen neuen Grundpfandrechtsbestellungen finden.

Bei der Formulierung eines Wohnrechtsvermächtnisses sollte daher ausnahmslos die gleiche Präzision angestrebt werden wie bei der Wohnrechtsbestellung unter Lebenden<sup>74</sup>.

Formulierungsvorschlag für ein an erster Rangstelle einzutragendes Wohnrechtsvermächtnis:

*Ich beschwere meine Erben mit folgendem Vermächtnis:*

*Meine Lebensgefährtin erhält auf meinem Grundstück Gemarkung.....Flurstück Nr. .... ein lebenslanges ausschließliches Wohnungs- und Benutzungsrecht an sämtlichen Räumen der Wohnung im .....*

*Das Wohnungsrecht schließt das Mitbenutzungsrecht am Keller, Speicher, Hausgarten und an allen ihrer Natur nach gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen des Hausgrundstücks*

<sup>72</sup> Hartmann, ZNotP 2005, 82 ff.

<sup>73</sup> ZEV 1996, 34.

<sup>74</sup> Vgl. auch Hofstetter, ZEV 1996, 17 f. Zum Wohnrechtsvermächtnis allgemein Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 253 ff.

<sup>71</sup> Dazu Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen 4. Aufl. Rdnrn. 975 f.; 980 f.



ein. Der Erbe hat das Gebäude und die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume und Einrichtungen stets in einem ordnungsmäßigen, gut bewohnbaren und beheizbaren Zustand zu erhalten.

Die in entsprechender Anwendung des § 556 BGB zu bestimmenden Betriebskosten sowie Schönheitsreparaturen trägt der Vermächtnisbegünstigte.

Überlassung des Rechts an Dritte oder Vermietung ist nicht gestattet. Der Berechtigte kann die zu seiner Versorgung und Betreuung erforderlichen Personen in die Räume aufnehmen, an denen sein Recht besteht.

Dingliche Sicherung durch Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1093 BGB zu Lasten des Grundstücks soll erfolgen. Mit Rücksicht auf die in dieser Urkunde begründete Erhaltungspflicht des Eigentümers wird bestimmt, dass zur Löschung des Wohnungsrechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll.

Das Wohnungsrecht soll im Grundbuch erste Rangstelle erhalten. Der Erbe ist verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich, um dem Wohnungsrecht die ausbedungene Rangstelle zu verschaffen. Die Verpflichtung erstreckt sich auch darauf, beim Erbfall im Grundbuch verzeichnete Belastungen abzulösen.

Nicht als Inhalt des Wohnungsrechts wird des Weiteren bestimmt:

Wird die Wohnung zerstört oder unbrauchbar, so hat der Erbe sie so wiederherzustellen, wie es nach den Umständen der Billigkeit entspricht. Bis zur Wiederherstellung hat er dem Berechtigten eine angemessene andere Wohnung zu beschaffen. Zur Sicherung dieser Verpflichtung hat der Erbe zu Gunsten des Vermächtnisnehmers aufschiebend bedingt durch das Erlöschen des Wohnungsrechts die Eintragung einer Reallast auf Wohnungsgewährung im Umfang des Wohnungsrechts und Rang nach dem Wohnungsrecht in der Form des § 29 GBO zu bewilligen.

## 2. Unzureichende Sicherung der Vermächtniserfüllung

Die persönlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen Eigentümer bzw. Erben und Wohnberechtigtem sind bei vermächtnisweiser Wohnrechtszuwendung weit störanfälliger als bei der Bestellung von Altenteilswohnrechten, da das Wohnrechtsvermächtnis nicht in einem nur auf einvernehmlich geänderter rechtlicher Grundlage fortbestehenden Familienverbund wurzelt, sondern einseitig gegen die oft mit dem Wohnberechtigten gar nicht (bluts)verwandten Erben gerichtet ist.

Es ist daher meist erforderlich, die Erfüllung des Vermächtnisses von der Erfüllungsbereitschaft der Erben loszulösen.

Als Problemlösungen werden üblicherweise die Erteilung einer postmortalen Vollmacht an den Vermächtnisnehmer und/oder dessen Bestellung zum gemäß § 2208 BGB nur zur Erfüllung des Vermächtnisses berufenen Testamentsvollstreckers vorgeschlagen.<sup>75</sup> In beiden Fällen ist eine Befreiung des Wohnberechtigten von allen Beschränkungen des § 181 BGB unabdingbar. Dass eine entsprechende Befreiung auch für den Testamentsvollstrecker grundsätzlich möglich ist, ist allgemein anerkannt.<sup>76</sup>

<sup>75</sup>Ausführlich Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 301; vgl. auch Fegeler in Groll u.a. Praxishandbuch Erbrechtsberatung B VI Rdnr. 101.

<sup>76</sup>BGH Z 30, 67; 51, 209; NJW 1981, 1271; Staudinger-Reimann, BGB Stand 2003 § 2205 Rdnr. 62, 68; Palandt-Edenhofer, BGB 64. Auflage § 2205 Rdnr. 30 m.w.N.

Sowohl die Bestellung zum Testamentsvollstrecker, als auch die Erteilung einer postmortalen Vollmacht weisen Vor- und Nachteile auf.

**Die Anordnung der Testamentsvollstreckung** zieht Kosten beim Nachlassgericht nach sich. Beim öffentlichen Testament fallen wegen § 35 Abs. 2 2. Halbsatz GBO bzw. Klausel Nr. 5 Satz 2 AGB Banken entgegen verbreiteter Ansicht meist zwar keine Gebühren für die Erteilung eines Testamentsvollstreckervermerkes an.<sup>77</sup> Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist jedoch im Erbnachweis (Öffentliches Testament mit Eröffnungsprotokoll bzw. Erbschein) vermerkt, was die Verwendbarkeit des Erbscheins durch die Erben im Geschäftsverkehr erschweren und deshalb nach Erledigung der Testamentsvollstreckung (hier: Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch) in der Tat erhebliche Kosten für die Beschaffung eines um den Hinweis auf die Testamentsvollstreckung „bereinigten“ Erbnachweises verursachen kann.<sup>78</sup> Schließlich könnte seitens der Erben der -allerdings meist wenig erfolgsversprechende Versuch- unternommen werden, den Testamentsvollstrecker durch Anträge beim Nachlassgericht gemäß § 2227 BGB auszuschalten.

**Bei der postmortalen Vollmacht** besteht das Risiko, dass die Vollmacht von den Erben widerrufen wird.<sup>79</sup> Vielfach wird zwar die Auffassung vertreten, dass eine postmortale Vollmacht zur Erfüllung eines Vermächtnisses nicht widerrufen werden könne<sup>80</sup>, da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Zweifel ein Verzicht des Vollmachtgebers auf die Widerruflichkeit zu unterstellen sei, wenn eine Vollmacht zumindest auch im Interesse des Bevollmächtigten erteilt werde.<sup>81</sup> Abgesehen davon, dass der Vollmachtswiderruf aus wichtigem Grund nie ausgeschlossen werden kann<sup>82</sup>, ist dieser Lösungsansatz auch deshalb problematisch, weil die Unwiderruflichkeit anerkanntermaßen nur im Rahmen eines bestehenden Grundverhältnisses<sup>83</sup> sowie durch vertragliche Vereinbarung zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten<sup>84</sup> hergestellt werden kann und daher auf eine Vollmachterteilung in einer letztwilligen Verfügung nicht passt. Dementsprechend wird im Schrifttum die unwiderrufliche postmortale Vollmacht zum Teil wie die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers behandelt und der Formvorschrift für letztwillige Verfügungen unterworfen<sup>85</sup>. Jedenfalls ist nicht auszuschließen, dass der Erbe vor der (notfalls konkludenten) Annahme des Widerrufsverzichts durch den Bevollmächtigten die Vollmacht widerruft und/oder das dem Bevollmächtigten vom Erblasser angetragene Auftragsverhältnis beendet und damit der Vollmacht den Boden entzieht.

<sup>77</sup> Dies übersieht Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 301.

<sup>78</sup> Soweit ein Erbschein mit Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 2364 BGB erteilt war, wäre dieser einzuziehen und ein neuer Erbschein ohne Testamentsvollstreckervermerk zu erteilen – MünchKommBGB/J. Mayer 4. Aufl. § 2364 Rdnr. 17. Beim öffentlichen Testament mit Eröffnungsprotokoll als an sich gemäß § 35 GBO ausreichendem Erbnachweis lässt sich die Erledigung der Testamentsvollstreckung letztlich nur durch Betreiben eines Erbscheinsverfahrens dokumentieren.

Allerdings ist nunmehr anerkannt, dass eine gegenständliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung bereits im Erbschein zu vermerken ist, vgl. Firsching/Graf, Nachlaßrecht 8. Aufl. Rdnr. 4307 m.w.N.

<sup>79</sup> Dieses Risiko besteht auch bei der teilweise praktizierten Variante, eine Eintragungsbewilligung zum Grundbuch in die letztwillige Verfügung aufzunehmen, da die in das Testament aufgenommene Bewilligung dem Berechtigten ja nicht gemäß § 873 Abs. 2 BGB ausgehändigt worden ist.

<sup>80</sup> Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 301.

<sup>81</sup> BGH, NJW RR 1991, 441; Palandt-Heinrichs, BGB 64. Auflage § 168 Rdnr. 6 m.w.N.; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung 2. Aufl. Rdnr. 927.

<sup>82</sup> Palandt-Heinrichs, BGB 64. Auflage § 168 Rdnr. 6 m.w.N.; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung 2. Aufl. a.a.O.

<sup>83</sup> BGH Z 110, 367; Palandt-Heinrichs, a.a.O.; Nieder, a.a.O.

<sup>84</sup> RG Z 109, 333; Palandt-Heinrichs, BGB 64. Auflage § 168 Rdnr. 6 m.w.N.

<sup>85</sup> Staudinger-Reimann, BGB Stand: 2003 § 2197 Rdnr. 72 m.w.N.

Die Widerrufsproblematik verschärft auch das bei der postmortalen Vollmacht vielfach befürchtete Abwicklungsproblem<sup>86</sup>. Zwar wird sich der Bevollmächtigte als Vermächtnisnehmer in Form der Eröffnungsniederschrift gemäß § 2260 Abs. 3 BGB eine dem Erfordernis des § 29 GBO genügende Ausfertigung der Vollmacht beschaffen können<sup>87</sup>. Ob für eine derartige Ausfertigung die Fortdauerfiktion des § 172 Abs. 2 BGB gilt, ist bisher noch nicht problematisiert worden, aber durchaus zweifelhaft, da das FGG keine expliziten Regelungen über die Erteilung, Rückforderung und Kraftloserklärung von Ausfertigungen einer Eröffnungsniederschrift enthält. § 85 FGG passt jedenfalls nicht direkt. Auch auf dem teilweise vorgeschlagenen Weg einer Ausfertigungserteilung durch den das Testament beurkundenden Notar<sup>88</sup>, ist das Problem nicht befriedigend zu lösen, da hierdurch die Wirksamkeit der Vollmacht von der möglicherweise durch Widerruf entfallenen Wirksamkeit des Testaments abgekoppelt wird.

Im Ergebnis ist die Bestimmung des Vermächtnisnehmers zum **Testamentsvollstrecker** die vorzugswürdige Löschung<sup>89</sup>. Die in diesem Zusammenhang meist favorisierte gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung gemäß § 2208 BGB hat jedoch den gravierenden Nachteil, dass der Vermächtnisnehmer bei entsprechender Beschränkung der Testamentsvollstreckung letztlich nicht mehr erreichen kann als die Eintragung des Wohnrechts im Grundbuch an rangbereiter Stelle. Ein Hinterbliebenenwohnrecht, das die oben postulierte Gestaltungs-dichte wie ein Wohnrecht unter Lebenden aufweist, wird aber nicht selten Bestimmungen zum Rang des Wohnrechts, zur Behandlung nicht valutierender Belastungen und unter Umständen auch zur Ablösung valutierender vorrangiger Belastungen enthalten. Ein gemäß § 2208 BGB auf die Befugnisse zur Erfüllung des Wohnrechtsvermächtnisses beschränkter Testamentsvollstrecker ist insoweit aber nicht ohne weiteres handlungsfähig. Es kann sich daher empfehlen, die zur Rangsisicherung des Wohnrechts notwendigen Befugnisse des Testamentsvollstreckers ausdrücklich in der letztwilligen Verfügung zu benennen.

#### Formulierungsvorschlag:

*Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Alleinige Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist der Vollzug des vorstehend angeordneten Wohnrechtsvermächtnisses. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich den Vermächtnisnehmer. Der Testamentsvollstrecker wird von allen Beschränkungen des § 181 BGB befreit.*

*Der Vermächtnisnehmer als Testamentsvollstrecker hat auch das Recht alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen und Handlungen vorzunehmen, die notwendig und/oder zweckdienlich sind, um die bei Eintritt des Erbfalls im Grundbuch eingetragenen Belastungen in Abt. II und III des Grundbuchs zur Löschung zu bringen.*

Sollen sich die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auch darauf erstrecken, valutierende Belastungen aus Mitteln des Nachlasses abzulösen, wird man dies letztlich nur dadurch realisieren können, dass man den Testamentsvollstrecker keinerlei Beschränkungen im Außenverhältnis unterwirft, die Testamentsvollstreckung aber – zulässigerweise<sup>90</sup> unter die auflösende Bedingung der Eintragung des vermachten Wohnrechts im Grundbuch stellt und zusätzlich einer Endfrist

unterwirft. Diese aufwändige, die Erben erheblich beschwerende und auch kostenmäßig nachteilige<sup>91</sup> Gestaltungsvariante wird aber ernsthaft nur in Betracht zu ziehen sein, wenn das Verhältnis des Erblassers zu den Erben von tiefgreifendem Misstrauen geprägt ist, während ein uneingeschränktes Vertrauensverhältnis zum Vermächtnisnehmer besteht.

#### Formulierungsvorschlag:

*Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich den Vermächtnisnehmer. Der Testamentsvollstrecker wird von allen Beschränkungen des § 181 BGB befreit.*

*Die Testamentsvollstreckung ist nach Außen inhaltlich und gegenständlich nicht beschränkt. Nur intern, im Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Erben, wird bestimmt, dass der Testamentsvollstrecker von seinen Befugnissen nur insoweit Gebrauch machen soll, soweit dies erforderlich ist, um ein im Sinne des Vermächtnisses ausgestaltetes Wohnungsrecht für den Vermächtnisnehmer zu begründen. Die Testamentsvollstreckung endet mit Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch, spätestens aber mit Ablauf von zwei Jahren nach Eintritt des Erbfalls. Der Testamentsvollstrecker ist in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt.*

Sowohl die Vollmachts-, als auch die Testamentsvollstreckerlösung erübrigen sich allerdings, wenn im Wege der **Wohnrechtsbestellung unter Lebenden entweder zwei gleichrangige Wohnungsrechte** (davon ein Eigentümerwohnungsrecht) oder für den Begünstigten **die auflösend bedingte Wohndienstbarkeit in Kombination mit dem aufschiebend bedingten Wohnungsrecht** bereits vor dem Erbfall begründet worden sind. Wie oben bereits ausgeführt, würde in diesen Fällen dem überlebenden Partner ein alleiniges ausschließliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 zuwachsen, ohne dass eine überkomplizierte Sicherung des Vermächtnisvollzugs durch Testamentsvollstreckung erforderlich würde. Da auch die Testamentsvollstreckerlösung – wie die Wohnrechtsbestellung unter Lebenden – dem Erblasser nur empfohlen werden kann, wenn ein uneingeschränktes Vertrauensverhältnis zum Wohnberechtigten besteht, sollte der Testamentsgestalter die Wohnrechtsbestellung zu Lebzeiten als Gestaltungsalternative zum Wohnrechtsvermächtnis in seine Überlegungen unbedingt mit einbeziehen.

## F. Schluss

Als Resümee ist festzuhalten, dass die in Zusammenhang mit Wohnrechten aller Art stehenden Problemlagen nicht unterschätzt werden dürfen. Trotzdem soll der in vielen Bereichen der Kautelarjurisprudenz jetzt schon grassierenden Hyper-trophierung der Gestaltungs-dichte aufgrund unzureichender Selektivität bei der Übernahme kasuistischer Formulierungsmuster nicht auch für Fälle der lebzeitigen oder letztwilligen Bestellung von Wohnrechten das Wort geredet werden. Die Übergabe eines unbelasteten Hausgrundstücks unter Wohnrechtsvorbehalt im Kreis einer intakten Familie kann und darf bei der Formulierung der Vertragsbestimmungen nicht mit den hier in erster Linie beschriebenen, sehr viel selteneren Fallkonstellationen über einen Kamm geschert werden, bei denen wohl für den juristischen Fachmann, nicht unbedingt aber für den um Beurkundung nachsuchenden Laien der Risikocharakter augenfällig ist. Auch bei Wohnrechten zeigt sich, dass ohne eingehende Erforschung des Sachverhalts gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG eine gleichzeitig interessengerechte und ausgewogene, aber auch inhaltlich verdichtete Urkundsformulierung nicht möglich ist.

<sup>86</sup> Vgl. das Muster bei Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 301.

<sup>87</sup> Eine Anspruch hierauf wird mit dem Vermächtnisnehmer angesichts des bei ihm evident bestehenden rechtlichen Interesses entsprechend § 85 FGG schwerlich versagen können.

<sup>88</sup> So das Muster bei Langenfeld, Testamentsgestaltung 3. Aufl. Rdnrn. 301.

<sup>89</sup> Soweit man sich nicht für die – für die von der Formulierung überaus komplexe – Kombination von postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung entscheidet, die Langenfeld a.a.O. vorschlägt.

<sup>90</sup> Vgl. Palandt-Edenhofer, BGB 64. Auflage § 2225 Rdnr. 1

<sup>91</sup> Wegen der erforderlichen Bereinigung der Testamentsvollstreckung durch Neuerteilung eines Erbscheines vgl. Fn. 77.

## Rechtsprechung

**BGB § 2203; BGB § 2205, GBO § 13; GBO § 18; GBO § 20; GBO § 29; GBO § 35; GBO § 36, GBO § 71; GBO § 78**

**1. Ist zur Nachlaßabwicklung Testamentsvollstreckung angeordnet, so steht die Befugnis zur Beschwerde gegen eine den Eintragungsantrag betreffende Zwischenverfügung nicht dem Erben, sondern dem Testamentsvollstrecker zu.**

**2. Hat das Landgericht eine unzulässige Beschwerde als sachlich unbegründet zurückgewiesen, so ist die dagegen gerichtete weitere Beschwerde zwar zulässig, aber unbegründet. Sie ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird.**

**3. Hat auf Veräußererseite ein Testamentsvollstrecker die Auflassung eines Grundstücks erklärt, so hat das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis zu prüfen.**

**4. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist der Testamentsvollstrecker – von Pflicht- und Anstandsschenkungen abgesehen – nur berechtigt, wenn alle Erben zustimmen. Die Erbenstellung ist in der Form des § 35 GBO oder ggf. des § 36 GBO nachzuweisen.**

**5. Die Erfüllung einer letztwilligen Verfügung stellt keine unentgeltliche Verfügung dar. Der Nachweis der Entgeltlichkeit muß in diesem Fall nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden.**

**6. In einer Zwischenverfügung müssen sämtliche Mittel zur Beseitigung aufgezeigter Eintragungshindernisse angegeben werden.**

OLG Karlsruhe, Beschl. vom 26.05.2005 – 14 Wx11/04

Aus den Gründen:

I.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen eine Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt den Antrag auf Umschreibung von Wohnungs- und Teileigentum beanstandet hat.

Der am 23.05.2000 verstorbene Erblasser – Ehemann der Beteiligten Nr. 3 und Vater der Beteiligten Nr. 4 und Nr. 5 – ist in den Grundbüchern von F. und G. unter anderem als Eigentümer bzw. Miteigentümer mehrerer Grundstücke in G. sowie als Eigentümer einer Eigentumswohnung (GrdbBl. Nr. 34716) und eines Tiefgaragenplatzes (GrdbBl. Nr. 34767) in F. eingetragen. Hinsichtlich einer weiteren Eigentumswohnung in F. (GrdbBl. Nr. 30629) sind als Eigentümer noch der Bauträger und eine Bausparkasse eingetragen; offenbar versehentlich hatte der Erblasser, für den noch eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist, nach Zahlung des Kaufpreises den Auflassungsanspruch nicht geltend gemacht. In seinem privatschriftlichen Testament vom 19.05.2000 hat der Erblasser angeordnet, daß sein Erbe „entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen aufzuteilen“ sei; von den beiden Wohnungen in F. vermache er die eine (GrdbBl. Nr. 30629) der Beteiligten Nr. 4 und die andere (GrdbBl. Nr. 34716) der Beteiligten Nr. 5; die Beteiligte Nr. 3 habe das alleinige Recht, über das Haus in G. zu verfügen, hinsichtlich der im GrdbBl. Nr. 30629 von F. eingetragenen Wohnung stehe ihr ein Vorkaufsrecht zu. Der Erblasser hat bestimmt, daß seine letztwillige Verfügung durch die Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 abzuwickeln sei.

Am 13.12.2001 haben die Beteiligten Nr. 1 bis Nr. 5 – die Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 auch als Vertreter der hinsichtlich der Wohnung GrdbBl. 30629 in F. noch eingetragenen beiden Eigentümer – einen Teilerbauseinandersetzungsvertrag geschlossen. Darin heißt es (§ 1 a.E.), daß „nach Angabe“ als Erben nur die Beteiligten Nr. 3 bis Nr. 5 in Betracht kommen. In § 2 des Vertrags wird vereinbart, daß in Alleinberechtigung der Beteiligten Nr. 3 sämtliche Miteigentumsanteile am Grundbesitz in G., der Beteiligten Nr. 4 das Eigentum an der Eigentumswohnung in F. gem. GrdbBl. Nr. 30629 und der Beteiligten Nr. 5 das Eigentum an der Wohnung in F. gem. GrdbBl. Nr. 34716 nebst Tiefgaragenplatz gem. GrdbBl. Nr. 34767 zugewiesen werden. Weiterhin enthält der Vertrag die jeweiligen Auflassungserklärungen sowie allseitige Bewilligung und Beantragung entsprechenden Grundbuchvollzuges unter Verzicht auf eine Zwischeneintragung der Erbengemeinschaft (§§ 3 und 4).

Das Grundbuchamt F. hat die Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 aufgefordert, zum Vollzug der Teilerbauseinandersetzung gemäß der notariellen Urkunde vom 13.12.2001 den Nachweis über die Erbfolge zu führen und hierzu eine Ausfertigung des Erbscheins oder eine beglaubigte Abschrift des öffentlichen Testaments oder Erbvertrags mit Eröffnungsprotokoll des Nachlaßgerichts vorzulegen. Mit Schreiben vom 08.02.2002 hat der beurkundende Notar dem Grundbuchamt gegenüber die Auffassung vertreten, die Vorlage eines Erbscheines könne nicht verlangt werden, weil die Grundstücksübertragungen zur Erfüllung bestehender Auseinandersetzungsansprüche und damit nicht unentgeltlich erfolgt seien; zudem hätten alle in Betracht kommenden Erben den Verfügungen der Testamentsvollstrecker zugestimmt. Daß andere Personen als die Beteiligten Nr. 3 bis Nr. 5 nicht in Betracht kommen, sei den beim Notariat F. entstandenen Nachlaßakten, die das Grundbuchamt beiziehen möge, zu entnehmen.

Mit Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt F. – das inzwischen die Nachlaßakten beigezogen hatte – den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 zur Vorlage eines die Erbfolge nachweisenden Erbscheins unter Fristsetzung aufgefordert. Zur Begründung hat es ausgeführt: Da das privatschriftliche Testament weder eine eindeutige Erbeinsetzung noch eine Teilungsanordnung entsprechend der im Vertrag vorgenommenen Erbauseinandersetzung enthalte, sei Entgeltlichkeit der getroffenen Verfügungen der Testamentsvollstrecker nachzuweisen. Entgeltlichkeit sei gegeben, wenn einem Miterben ein Nachlaßgegenstand übertragen werde und er dadurch nicht mehr erhalte, als ihm aufgrund seiner Erbquote zustehe. Dabei sei der Nachweis von Erbenstellung und Höhe der Erbquote in der Form des § 35 GBO zu führen. Auch für eine Zustimmung der Verfügung des Testamentsvollstreckers komme es auf die in der Form des § 35 GBO nachzuweisende Erbeneigenschaft des Zustimmenden an.

Das Landgericht hat die von der Beteiligten Nr. 3 unter Bezugnahme auf das Schreiben des beurkundenden Notars vom 08.02.2002 gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hatte, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 3.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und zwar unabhängig von einer Beschwerdeberechtigung der Beteiligten Nr. 3 in bezug auf die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes (vgl. eingehend BayObLGZ 1961, S. 200 ff.,

201 f.; Jansen, FGG, 2. Aufl. 1969, Rdn. 4 und 40 zu § 27; Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 55 zu § 27 – jeweils m.w.N.). Indessen war die Erstbeschwerde unzulässig, so daß die weitere Beschwerde unbegründet ist (Jansen, a.a.O.; Meyer-Holz, a.a.O.).

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei deshalb beschwerdeberechtigt, weil sie im Rahmen der geplanten Teilerbauseinandersetzung Eigentum erlangen solle. – In dem Teilerbauseinandersetzungsvertrag hätten die Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 als Testamentvollstrecker gehandelt. Als solche seien sie zu unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich nicht berechtigt. Ihre Verfügungsbefugnis hätten sie dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen. Die Frage, ob die erklärten Auffassungen entgeltlich oder unentgeltlich seien, könne aufgrund der im Testament enthaltenen Formulierungen nicht beurteilt werden. Ob am Auseinandersetzungsvertrag sämtliche Erben beteiligt gewesen seien und deshalb von einer Zustimmung der Erben zu einer möglichen unentgeltlichen Verfügung ausgegangen werden dürfe, könne nur bei Vorlage eines Erbscheins überprüft werden; zur Überprüfung dieser Frage brauche sich das Grundbuchamt nicht auf die Nachlaßakte verweisen zu lassen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung zwar nur teilweise stand. Das Vermögen der weiteren Beschwerde aber nicht zum Erfolg – auch nicht zu einem Teilerfolg – zu verhelfen.

a) Das Landgericht hat die Erstbeschwerde zu unrecht als zulässig angesehen, denn der Beteiligten Nr. 3 stand kein Beschwerderecht gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes zu:

Das Recht, gegen eine einen Eintragungsantrag betreffende Zwischenverfügung Beschwerde einzulegen, deckt sich mit dem Antragsrecht (Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Rn. 53 zu § 18 mit Rdn. 63 zu § 71). Antragsberechtigt ist nur der unmittelbar Beteiligte, dessen dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung einen Verlust erleidet oder einen Gewinn erfährt (Demharter, a.a.O., Rdn. 42 zu § 13 m.w.N.). Die vom Landgericht gegebene Begründung für die Bejahung eines Beschwerderechts der Beteiligten Nr. 3 – sie solle im Rahmen der geplanten Teilerbauseinandersetzung Eigentum erlangen – trägt schon deshalb nicht, weil die an das Grundbuchamt F. gerichteten Anträge nicht auf eine Eintragung der Beteiligten Nr. 3 gerichtet waren: Die in den §§ 3 und 4 des Teilerbauseinandersetzungsvertrags vom 13.12.2001 enthaltenen Vollzugersuchen sind, soweit sie an das Grundbuchamt F. gerichtet sind, ausschließlich auf Eintragung der Beteiligten Nr. 4 und Nr. 5 gerichtet; für die beantragte Eintragung der Beteiligten Nr. 3 im Grundbuch von G. ist das Grundbuchamt G. zuständig. Aber auch unter dem Gesichtspunkt eines mit der beim Grundbuchamt F. beantragten Eintragung der Beteiligten Nr. 4 und 5 verbundenen Rechtsverlustes der Beteiligten Nr. 3 als Mitglied der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser kann eine Antrags- und damit eine Beschwerdeberechtigung der Beteiligten Nr. 3 nicht begründet werden. Dies ergibt sich daraus, daß infolge der zur Nachlassabwicklung angeordneten Testamentvollstreckung (§ 2203 BGB) die hierzu erforderliche Verfügungsbefugnis als Voraussetzung einer Antrags- und damit auch einer Beschwerdebefugnis (hierzu Demharter, a.a.O., Rdn. 49 zu § 13 bzw. Rdn. 60 zu § 71) ausschließlich bei den Testamentvollstreckern, also den Beteiligten Nr. 1 und 2, liegt (vgl. Demharter, a.a.O., Rdn. 50 zu § 13 und Rdn. 60 zu § 71).

b) Da das Landgericht die unzulässige Beschwerde aus sachlichen Gründen zurückgewiesen hat, war die weitere Beschwerde mit der klarstellenden Maßgabe als unbegründet

zurückzuweisen, daß in Abänderung der Beschwerdeentscheidung die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird (eingehend BayObLGZ 1961, S. 200 ff., 203 f.; Jansen, a.a.O., Rdn. 49 zu § 27; Meyer-Holz, a.a.O., Rdn. 55 zu § 27 – jeweils m.w.N.).

### III.

Für einen Kostenausspruch besteht kein Anlaß (wird ausgeführt).

### IV.

Der Senat sieht sich für die weitere Sachbehandlung zu folgenden Hinweisen veranlasst:

1. Die der Zwischenverfügung vom 24.09.2003 zugrundeliegende Auffassung des Grundbuchamtes, wonach die Voraussetzungen für den grundbuchmäßigen Vollzug des Teilerbauseinandersetzungsvertrags zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vorliegen, trifft zu.

a) § 20 GBO bestimmt, daß bei Auflassung eines Grundstücks der Eigentumswechsel nur eingetragen werden darf, wenn die erforderliche Einigung zwischen dem Berechtigten und dem anderen Teil erklärt worden ist. Auf Veräußererseite ist die Auflassung vom Verfügungsbefugten zu erklären. Hat ein Testamentvollstrecker als Veräußerer die Auflassung erklärt, hat deshalb das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis zu prüfen (BayObLGZ 1986, S. 208 ff., 210; BayObLG NJW-RR 1989, S. 587; Demharter, a.a.O., Rdn. 23 zu § 52). Zu unentgeltlichen Verfügungen ist der Testamentvollstrecker – von hier nicht in Betracht kommenden Pflicht- und Anstandsschenkungen abgesehen – nicht berechtigt (§ 2205 S. 3 BGB), es sei denn, alle Erben und Vermächtnisnehmer stimmen der Verfügung zu (BayObLGZ 1986, S. 208 ff., 210; Demharter, a.a.O., Rdn. 22 zu § 52 m.w.N.). Unentgeltlich ist die Verfügung eines Testamentvollstreckers dann nicht, wenn sie in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen ist (BayObLG, NJW-RR 1989, S. 587 m.w.N.).

b) Im vorliegenden Fall ist die Verfügungsbefugnis der Testamentvollstrecker hinsichtlich des in den Grundbuchblättern von F. eingetragenen Wohnungs- und Teileigentums nicht in einer die Eintragung der Beteiligten Nr. 4 und Nr. 5 ermöglichenden Weise nachgewiesen.

aa) Bislang kann nicht festgestellt werden, daß die Zuteilung der Immobilien unter dem Gesichtspunkt nicht unentgeltlich – und damit wirksam – ist, daß sie der letztwilligen Verfügung des Erblassers entspricht.

Eine Verfügung ist dann unentgeltlich, wenn der durch sie bewirkte Verminderung des Vermögens keine Gegenleistung gegenübersteht. Dabei kann der eine Entgeltlichkeit bewirkende Gegenwert auch in der Befreiung von einer Nachlassverbindlichkeit liegen (RGZ 105, S. 246 ff., 248). Voraussetzung hierfür ist aber, daß letztwillige Zuwendung des Erblassers und Verfügung des Testamentvollstreckers sich decken. Daß dies bei der im Teilerbauseinandersetzungsvertrag vom 13.12.2001 vorgesehenen Verteilung der F. Immobilien der Fall wäre, ist jedenfalls nicht offensichtlich. Die Zuweisung der Wohnung gem. GrdbBl. Nr. 30629 an die Beteiligte Nr. 4 berücksichtigt nämlich nicht das vom Erblasser zugunsten der Beteiligten Nr. 3 angeordnete Vorkaufrecht, und die Zuweisung von Wohnung samt Tiefgaragenplatz gem. GrdbBl. Nrn. 34716 und 34767 an die Beteiligte Nr. 5 ist im Testament jedenfalls *expressis verbis* so nicht vorgesehen.

bb) Eine Beurteilung der Frage der Entgeltlichkeit der im Erbaueinandersetzungsvertrag vorgenommenen Verteilung der Immobilien unter dem Gesichtspunkt, ob sie in den Erbquoten ihre wertmäßige Entsprechung finden (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 64. Aufl. 2005, Rdn. 34 zu § 2205 m.w.N.), ist beim gegenwärtigen Verfahrensstand aus zwei Gründen nicht möglich. Zum einen sind Erbenstellung und Erbquote der Beteiligten weder in der Form des § 35 GBO noch in der des § 36 GBO – zu diesem Erfordernis vgl. Demharter, a.a.O., Rdn. 25 zu § 52 und unten zu cc) – nachgewiesen. Und zum anderen fehlt dem Grundbuchamt die Kenntnis der für die Beurteilung der Wertverhältnisse maßgeblichen Tatsachen.

cc) Die Verfügung der Testamentsvollstrecker ist schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Zustimmung sämtlicher Erben wirksam. Die Zustimmung der Erben zu möglicherweise unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers muß in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden. Dabei ist die Erbenstellung selbst grundsätzlich in der Form des § 35 GBO nachzuweisen. Nach dieser Vorschrift kann die Erbfolge – wenn sie, wie hier, nicht auf einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen letztwilligen Verfügung beruht – nach der zwingenden Vorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ausschließlich durch Erbschein geführt werden. Die Einsicht in die Nachlassakten ist entgegen dem sich an der Auffassung des protokollierenden Notars orientierenden Beschwerdevorbringen unbehelflich, weil sich darin lediglich das privatschriftliche Testament und kein Erbschein befindet.

Soll allerdings, – wie hier – bei einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück einer der Beteiligten als Eigentümer eingetragen werden, kann der Nachweis der Erbfolge statt durch Erbschein auch durch die – kostengünstigere (vgl. § 111 KostO) – Vorlage eines Zeugnisses des Nachlassgerichts geführt werden (§ 36 Abs. 1 GBO).

2. Das Grundbuchamt sollte seine Zwischenverfügung vom 24.09.2003 nochmals unter dem Gesichtspunkt überprüfen, daß darin alle Möglichkeiten aufzuführen sind, durch die das Hindernis beseitigt werden kann (Demharter, a.a.O., Rdn. 31 zu § 18 m.w.N.) und sie entsprechend ergänzen. Der Senat ist an einer solchen – grundsätzlich auch dem Rechtsbeschwerdegericht möglichen (BayObLGZ 2000, S. 167 ff., 173) – Ergänzung aufgrund der Unzulässigkeit der Erstbeschwerde gehindert.

Im vorliegenden Fall kann das Eintragungshindernis außer durch Nachweis der Erbfolge – entweder durch in der Zwischenverfügung bereits genannte Vorlage eines Erbscheins (§ 35 GBO) oder durch Vorlage eines Zeugnisses des Nachlassgerichts (§ 36 GBO) – auch durch den Nachweis beseitigt werden, daß die Zuteilung der Freiburger Immobilien mit entsprechenden im Testament des Erblassers enthaltenen Anordnungen korrespondiert. Dieser Nachweis der Entgeltlichkeit muß nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden. Zwar genügt hierfür nicht die bloße Behauptung des Testamentsvollstreckers, seine Verfügung sei entgeltlich. Der Nachweis kann aber durch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers erfolgen, in der die für die Verfügung maßgeblichen Beweggründe im einzelnen angegeben werden, wenn sie als verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und wenn begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (Demharter, a.a.O., Rdn. 23 zu § 52 m.w.N.).

Mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Krauß, Freiburg

**ZVG § 15; ZPO §§ 750 Abs. 1, 795, 867 Abs. 3; BGB § 1115 Abs. 1 BGB**

**Bei einer Zwangssicherungshypothek kann nur die Person gem. § 1115 Abs. 1 BGB als Gläubiger eingetragen werden, die durch den Vollstreckungstitel oder die Vollstreckungsklausel als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen ist. Die gilt auch in Fällen, in denen ein Prozessstandschafter die Eintragung einer Zwangshypothek erstrebt und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen Fall der gesetzlichen (z. B. Insolvenzverwalter) oder gewillkürten Prozessstandschaft handelt.**

**Der Insolvenzverwalter kann die Zwangsversteigerung aus dem dinglichen Recht nicht betreiben, solange der Insolvenzschuldner und nicht er selbst als Gläubiger der Zwangshypothek eingetragen ist.**

LG Stuttgart, Beschl. vom 20.01.2004 2 T 274/03

Aus den Gründen:

I.

Der Gläubiger betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid. Wegen dieses Titels, die ihn als Gläubiger (in seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes) ausweisen, erwirkte er die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek zu Lasten des eingangs bezeichneten Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 867 ZPO), wobei als Hypothekengläubiger nicht er, sondern die Insolvenzschuldnerin eingetragen wurde.

Der Gläubiger beantragte die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes. Das Amtsgericht hat darauf wegen der persönlichen Ansprüche die Zwangsversteigerung angeordnet.

Wegen der dinglichen Ansprüche (Zwangshypothek) hat es den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung zurückgewiesen. Eine Zwangshypothek könne nur zugunsten des im Titel ausgewiesenen Gläubigers eingetragen werden. Nach den Grundsätzen der in NJW 2001, 3627 veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofs dürfe sich das Grundbuchamt bei der Eintragung nur von dem vollstreckungsrechtlichen Grundsatz leiten lassen, dass die Vollstreckung allein für die im Titel als Vollstreckungsgläubiger ausgewiesene Person erfolgen könne. Aus dem gleichen Grund könne auch das Vollstreckungsgericht nur für einen als Gläubiger der Sicherungshypothek eingetragenen Antragsteller die Zwangsversteigerung aus dieser Sicherungshypothek anordnen.

Hiergegen wendet sich der Gläubiger mit sofortiger Beschwerde.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Das Amtsgericht hat es zu Recht abgelehnt, die Zwangsversteigerung gem. § 15 ZVG auch wegen des dinglichen Rechts anzuordnen, da es insoweit an der Vollstreckungsvoraussetzung der Eintragung des Vollstreckungsgläubigers als Hypothekengläubiger fehlt.

Der Gläubiger des Zwangsversteigerungsverfahrens ist nicht als Hypothekengläubiger in das Grundbuch eingetragen, so dass es schon an den formellen Voraussetzungen der Anordnung der Zwangsversteigerung zugunsten des Gläubigers aus dem dinglichen Recht fehlt.

Das Amtsgericht hat diese Rechtsmeinung zutreffend aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 3627) abgeleitet, wonach bei einer Zwangssicherungshypothek nur die Person gem. § 1115 Abs. 1 BGB als Gläubiger eingetragen werden kann, die durch den Vollstreckungstitel oder eine beigefügte Vollstreckungsklausel (§§ 750 Abs. 1, 795 ZPO) als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen ist. Dies gilt auch in Fällen, in denen ein Prozessstandschafter die Eintragung einer Zwangshypothek erstrebt und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen Fall der gesetzlichen oder der gewillkürten Prozessstandschaft handelt (dazu a)).

Soweit das Amtsgericht aus dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ableitet, dass in der hier zu beurteilenden Konstellation, in welcher es nicht um die Eintragung als Gläubiger einer Zwangshypothek geht, also um den Fall des § 867 ZPO Abs. 1 ZPO, sondern um die Frage, wer aus der Sicherungshypothek die Zwangsversteigerung betreiben darf (§ 867 Abs. 3 ZPO), es ebenfalls darauf ankommt, wer als Gläubiger der Sicherungshypothek eingetragen ist, ist auch diese Auffassung zutreffend. Das heißt, der Insolvenzverwalter kann die Zwangsversteigerung aus dem dinglichen Recht nicht betreiben, solange der Insolvenzschuldner und nicht er selbst als Gläubiger der Zwangshypothek eingetragen ist (dazu b)).

a)

Die Eintragung einer Zwangshypothek nach § 867 ZPO kann nur derjenige erwirken, der durch den Vollstreckungstitel (bzw. eine Rechtsnachfolgeklausel) als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen ist. In den Fällen der Prozessstandschaft ist somit nicht der materiell Berechtigte einzutragen, sondern der Prozessstandschafter und zwar ohne Unterschied, ob es sich um einen gesetzlichen oder gewillkürten Prozessstandschafter handelt.

Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2001, 3627) ist zunächst davon auszugehen, dass jedenfalls der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft, also ein gewillkürter Prozessstandschafter, als Gläubiger der Sicherungshypothek einzutragen ist und nicht die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, wenn der Verwalter im Titel als Gläubiger bezeichnet ist. Dies hat der BGH aaO. ausdrücklich entschieden.

Dem Gläubiger ist nun zwar zuzugeben, dass die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs sich nicht ausdrücklich mit dem Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft auseinandersetzt. Der Entscheidung lässt sich aber keinerlei Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass im Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft der Partei kraft Amtes anders zu entscheiden wäre. Das vollstreckungsrechtliche Argument, dass nur der im Titel bezeichnete Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach § 867 ZPO betreiben darf, das der BGH aaO. verwendet, trifft auf den gesetzlichen Prozessstandschafter in gleicher Weise zu, wie auf den gewillkürten. Entsprechend muss ja der Insolvenzverwalter z.B. auch eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO erwirken, wenn er aus einem Titel vollstrecken will, den noch der Insolvenzschuldner erwirkt hat (Stein/Jonas-Münzberg ZPO, 21. Aufl., § 727 Rdnr. 28).

Soweit der Gläubiger seine Beschwerde auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm (Rpfl. 1989, 17) zum Nachlassverwalter, also einem gesetzlichen Prozessstandschafter, stützt, ist diese Auffassung bereits im Ansatz verfehlt. Die Entscheidung des OLG Hamm ist durch die oben zitierte des Bundesgerichtshofs nämlich überholt. Das OLG

Hamm hat seine Auffassung, wonach gem. § 867 ZPO als Gläubiger der Zwangshypothek nicht der Nachlassverwalter, sondern die Erben einzutragen sind, darauf gestützt, dass „Gläubiger“ im Sinne des § 1115 BGB eben die Erben und nicht der Nachlassverwalter sind (OLG Hamm aaO. mit dem Hinweis, dass auch der Gemeinschuldner und nicht der Konkursverwalter einzutragen sei mwN.) Eben dieser Auffassung ist der BGH (aaO.) jedoch dezidiert entgegengetreten (wörtlich: „Hiernach kann bei einer Zwangssicherungshypothek nur die Person gem. § 1115 Abs. 1 BGB als Gläubiger eingetragen werden, die durch den Vollstreckungstitel oder eine beigefügte Vollstreckungsklausel als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen ist“). Der BGH hat mit seiner Entscheidung klar gestellt, dass trotz der Doppelnatur der Vollstreckung nach § 867 ZPO als Vollstreckungshandlung einerseits und Maßnahme des Grundbuchrechts andererseits die (formalen) vollstreckungsrechtlichen Grundsätze das größere Gewicht haben als der grundbuchrechtliche Gedanke, den realen Forderungsinhaber statt eines Prozessstandschafters einzutragen.

Diese vollstreckungsrechtliche Betrachtung des Bundesgerichtshofs wird auch von Stöber in seiner Anmerkung zur Entscheidung des BGH (BGH Report 2001, 954) geteilt, der zudem auf die Geltung dieser Grundsätze auch für gesetzliche Prozessstandschafter verweist (in concreto: Prozessstandschaft des Elternteils, der Unterhaltsansprüche des Kindes gem. § 1629 Abs. 3 BGB geltend macht; dazu auch LG Konstanz, NJW-RR 2002, 6: dort wörtlich: „Für die Kammer ist kein Grund ersichtlich, die Fälle der Prozessstandschaft [gemeint: die gesetzliche nach § 1629 Abs. 3 BGB und die gewillkürte des WEG-Verwalters] in der Zwangsvollstreckung unterschiedlich zu behandeln“).

Auch Münzberg (in Stein/Jonas, 21. Aufl., § 867 Rdnr. 10 a) ist der Auffassung, dass der Prozessstandschafter als Gläubiger der Zwangshypothek einzutragen ist (ebenso Stöber, ZVG aaO. Einleitung, Anm. 67.2). Allerdings weist Münzberg für den Insolvenzverwalter darauf hin, dass in seinem Falle keine Bedenken bestünden, den Insolvenzschuldner einzutragen, da der nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 InsO zugleich einzutragende Vermerk die Rechte der Beteiligten hinreichend klarstelle und das Erlösrecht des Verwalters wahre.

Dieser Auffassung ist freilich entgegen zu halten, dass der Sinn der Eintragung nach § 32 InsO nicht darin besteht das Gläubigerrecht des Verwalters zu bestätigen, sondern vielmehr darin, gutgläubigen Erwerb Dritter zu verhindern (MünchKommInsO-Schmahl, §§ 32, 33, Rdnr 1 und 43). Der Insolvenzvermerk hat keine eigenständige konstitutive Bedeutung Er teilt nur eine außerhalb des Grundbuchs bereits kraft Gesetzes oder auf Grund gerichtlicher Anordnung entstandene Verfügungsbeschränkung mit. Die Eintragung des Vermerks bei einem bestimmten Vermögensgegenstand enthält auch keine verbindliche Entscheidung über dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse, sondern gibt insoweit nur die Einschätzung des Insolvenzgerichts wieder (MünchKommInsO-Schmahl §§ 32, 33 Rdnr. 44). Somit besteht trotz des Insolvenzvermerks kein Anlass von dem allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Grundsatz abzuweichen, dass Vollstreckungsgläubiger nur sein kann, wer im Titel bzw. der Vollstreckungsklausel bezeichnet ist (§ 750 ZPO).

b)

Darauf, dass alt diese Grundsätze nicht nur dann gelten, soweit die Eintragung der Zwangshypothek gem. § 867 Abs. 1 ZPO zu beurteilen ist, sondern auch dann, wenn ein nicht als Gläubiger der Zwangshypothek Eingetragener die Anord-

nung der Zwangsversteigerung aus der Hypothek beantragt, hat das Amtsgericht zu Recht hingewiesen.

Die Anordnung der Zwangsversteigerung aus dem dinglichen Recht gem. § 15 ZVG kann nur der dinglich Berechtigte erwirken, also derjenige, der im Grundbuch als Grundpfandgläubiger eingetragen ist und, sofern er nach § 867 Abs. 3 ZPO, also ohne zuvor einen Duldungstitel zu erwirken, vollstrecken will, einen vollstreckbaren Titel vorweisen kann, auf dem die Eintragung vermerkt ist. Davon, dass aus der Sicherungshypothek nur der im Grundbuch als Hypothekengläubiger Eingetragene vollstrecken kann, geht ersichtlich auch Stöber aus (ZVG, aaO. Einl. 69.1). Auch die übrige Kommentarliteratur spricht davon, dass nach § 867 Abs. 3 ZPO (nur) „der Gläubiger“ vollstrecken kann und setzt dabei offensichtlich voraus, dass Gläubiger derjenige ist, der in das Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen ist (vgl. z.B. MünchKommZPO-Eickmann, 2. Aufl. § 867 Rdnr. 57; Stein/Jonas-Münzberg aaO. § 867 Rdnr. 38; deutlicher immerhin Musielak-Becker, ZPO, 3. Aufl. 5 867 Rdnr. 11, der darauf hinweist, dass der Rechtsnachfolger des Hypothekengläubigers der Klausel nach § 727 ZPO bedarf). In der Tat kann man den Begriff „Gläubiger“ in den Fällen des § 867 Abs. 3 ZPO (der Begriff wird dort zwar nicht erwähnt aber vorausgesetzt) nicht anders verstehen als in den Fällen des Abs. 1 und somit im Sinne der Grundsätze der Entscheidung BGH NJW 2001; 3627.

Hier hat der Gläubiger zwar keinen Vermerk über die Eintragung der Sicherungshypothek auf dem Vollstreckungstitel im Sinne des § 867 Abs. 3 ZPO vorweisen können. Statt des Vermerks auf dem Titel kann aber auch eine Eintragungsnachricht des Grundbuchamts vorgelegt werden (Stöber, ZVG aaO. Einl. Anm. 69.1.). Einen solchen grundbuchamtlichen Vollstreckungstitelvermerk kann der Gläubiger vorweisen. Allerdings ist darin die Eintragung der Zwangshypothek zugunsten der Insolvenzschuldnerin im Grundbuch vermerkt und auch im Grundbuch ist tatsächlich die Insolvenzschuldnerin eingetragen. Sowohl im Grundbuch als auch im Vollstreckungsvermerk ist somit die Insolvenzschuldnerin als Gläubigerin der Hypothek vermerkt. Nach allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Grundsätzen (§ 750 Abs. 1 ZPO) kann

die Vollstreckung nur für denjenigen erfolgen, der im Titel als Gläubiger ausgewiesen ist. Bei der Vollstreckung nach § 867 Abs. 3 ZPO muss sich die Gläubigerstellung nach dem oben Gesagten zudem auch aus dem Grundbuch ergeben (so sinngemäß Musielak-Becker aaO § 867 Rdnr. 11). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt auch für den Insolvenzverwalter oder sonstige Prozessstandschafter nicht in Betracht, da es jeder Prozessstandschafter nach den oben unter a) dargelegten Grundsätzen in der Hand hat, die Eintragung der Zwangssicherungshypothek auf seinen eigenen Namen in das Grundbuch zu erwirken. Wählt er diesen Weg nicht, so muss er auch den Nachteil tragen, dass er dann eben nicht als dinglicher Gläubiger angesehen werden kann.

3.

Demnach war die sofortige Beschwerde mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Die Rechtsbeschwerde war gem. § 574 ZPO zuzulassen, da die Frage, ob der Insolvenzverwalter als Gläubiger einer Sicherungshypothek einzutragen ist trotz der Entscheidung BGH NJW 2001, 3627 noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden kann. Rechtsprechung, die sich ausdrücklich mit dieser Frage befasst, existiert abgesehen von dem oben mitgeteilten obiter dictum des OLG Hamm (Rpfl. 1989, 17) nicht. Zwar lässt sich nach Auffassung der Kammer aus der Entscheidung BGH NJW, 2001, 3627 ablesen, dass diese auch für den Insolvenzverwalter gilt und dass die Auffassung des OLG Hamm überholt ist. Gegen die Übertragung der Grundsätze der zitierten Entscheidung des BGH richtet sich jedoch die beachtliche Gegenmeinung von Münzberg (Stein/Jonas, 21. Aufl. § 867 Rdnr. 10 a) Mit dieser Auffassung, die sich auf die Eintragung des Insolvenzvermerks gem. § 32 InsO stützt, musste sich der BGH in seiner Entscheidung NJW 2001, 3627, die keinen Insolvenzfall betraf, nicht auseinandersetzen. Um die Frage, ob § 32 InsO gegebenenfalls zu einer anderen Betrachtungsweise führen kann einer höchstrichterlichen Klärung zuführen zu können, war die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Mitgeteilt von Notar Achim Falk, Stuttgart

## Buchbesprechungen

**Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis** von Christiane Stoye-Benk, Württ. Notariatsassessorin. Verlag C. F. Müller (Recht in der Praxis), München, 2005. XIV, 316 Seiten. Geb. € 65,00. ISBN 3-8114-1913-7E

Mit dem „Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis“ bereichert Württ. Notariatsassessorin Christiane Stoye-Benk die Literatur zum Umwandlungsgesetz. Die Autorin überzeugt dabei auf knapp 320 Seiten trotz der Kompaktheit mit einer beeindruckenden Informationsdichte und Genauigkeit, was die Details angeht. Stoye-Benk informiert wissenschaftlich genau, formuliert prägnant und erlaubt den sicheren Problemzugriff durch systematische Übersichten, ein umfassendes Stichwortverzeichnis und zahlreiche Querverweise.

Sehr gut gefällt, dass das Werk in einem allgemeinen Teil neben den Grundsätzen des Umwandlungsrechtes das Zusammenspiel von Umwandlungsgesetz und anderen Gesetzen aufzeigt. Dabei wird dem Benutzer ein Überblick über die

wichtigsten Grundsätze und Folgerungen geboten, was insbesondere dann von Vorteil ist, wenn eine vertiefende Recherche in Spezialkommentaren aus Zeitgründen nicht möglich ist. So fasst die Autorin beispielsweise schematisch die wichtigsten Auswirkungen einzelner Vorgänge im Hinblick auf das Umwandlungsteuergesetz, den Umwandlungssteuererlass oder das Grunderwerbsteuergesetz zusammen. Auch kostenrechtliche Fragen – die in manchen Fällen komplizierter als der Umwandlungsvorgang erscheinen – werden aufgeworfen und beantwortet.

Das Handbuch weist dem Leser anhand exemplarischer Musterlösungen zur Verschmelzung und zur Spaltung sowie zum Formwechsel den Weg durch das Umwandlungsrecht. Zwar ist die Anzahl der Musterfälle aufgrund der Kompaktheit des Werks naturgemäß etwas eingeschränkt, jedoch sind die Kommentierungen und Lösungen so aufgearbeitet, dass sich die einzelnen Bausteine auf andere Fälle übertragen lassen.

Die wichtigsten Hauptfälle sind abgedeckt: bei der Verschmelzung werden die Fälle der Verschmelzung einer

GmbH auf eine bestehende GmbH mit Kapitalerhöhung (nicht Mutter-Tochter), der Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH ohne Kapitalerhöhung, der Verschmelzung einer GmbH & Co. KG mit der Schwester-GmbH mit Kapitalerhöhung, der Verschmelzung einer Mutter-GmbH auf die Tochter-GmbH ohne Kapitalerhöhung sowie der Verschmelzung der GmbH auf den Alleingesellschafter behandelt. Im Themenfeld Spaltung bietet das Werk einen Musteratz der Ausgliederung zur Aufnahme zweier Eigenbetriebe verschiedener Bereiche der öffentlichen Hand (Stadt/Landkreis) in eine gemeinsame Tochter sowie eine Musterlösung für eine Abspaltung zur Aufnahme eines Teilbetriebs unter Schwester-GmbHs mit Kapitalherabsetzung. Der Formwechsel wird anhand von Mustersätzen zum Formwechsel einer GmbH in eine AG und zum Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH dargestellt. Die Vermögensübertragung wird auf knapp 5 Seiten nur kurz angerissen.

Erfreulich ist, dass das Werk jeweils kurz, aber dennoch umfassend die relevanten Fragen, die von den Mandanten an den Praktiker herangetragen werden, in übersichtlichen Zusammenfassungen zu den einzelnen Themenbereichen behandelt. Vor Eintritt in die Musterlösungen zur Verschmelzung wird dem Leser beispielsweise auf knapp 50 Seiten ein wissenswerter Überblick über die Erstellung des Verschmelzungsvertrags, den -bericht, die -prüfung und den -beschluss sowie registerrechtliche Fragen von der Anmeldung bis zur Eintragung im Handelsregister geboten (oder – um die Einleitung zu zitieren – „Vorbereitungsphase-Beschlussphase-Vollzugsphase-Wirksamwerden und Wirkungen“).

Die Autorin formuliert stets verständlich und kurzweilig, ohne die notwendige Sachlichkeit aus den Augen zu verlieren.

Die präzise systematische Darstellung des Meinungsstands in Literatur und Rechtsprechung bürgt für einen hohen praktischen Nutzwert. Stoye-Benk referiert hierbei nicht nur umfassend, sondern sucht auch in noch nicht abschließend geklärten Bereichen nach gut begründeten Lösungen. Das Werk befindet sich durchgängig auf dem Stand Oktober 2004.

Das Handbuch kann aufgrund seiner hohen Praxistauglichkeit und Verständlichkeit sowie seinem im Verhältnis zur Kompaktheit beeindruckenden Tiefgang, der Kompetenz und der Wissenschaftlichkeit sowie der Zuverlässigkeit der Information uneingeschränkt empfohlen werden. Insbesondere derjenige Praktiker, der mit umwandlungsrechtlichen Vorgängen nicht ständig und wenn, dann mit Standardfällen, befasst ist, findet zum vorliegenden Handbuch derzeit unter dem Gesichtspunkt Preis-Leistungsverhältnis eigentlich keine Alternative. So ist der empfohlene Verkaufspreis des Werks mit 65 Euro als äußerst moderat zu bezeichnen. Dies alles wird der Autorin schnell einen Platz im Regal eines jeden Praktikers gewähren, der es zu schätzen weiß, wenn unter Zeitdruck eine kurzfristige Problembewältigung oder ein schneller Überblick über eine Rechtsfrage notwendig wird.

Notar Hagen Krzywon, Stuttgart

**Die Robe ist über der Kleidung zu tragen.** Neues aus der Welt der Pragraphenreiter. von Prof. Dr. Dr. H. c. mult. Rolf Stober mit Zeichnungen von Philipp Heinisch. Verlag Neue Wirtschaftsbrieft Herne 2004. 111 Seiten. Geb. € 24,80 ISBN 3 482 54221 X

Schon der Titel regt zum Schmunzeln an. Er entspringt nicht der Phantasie des Herausgebers, sondern soll – wie der Ver-

fasser im Vorwort beteuert – einem Merkblatt des Niedersächsischen Justizministerium zu einer Allgemeinverfügung entstammen. Das Buch besteht durchweg aus wahren Geschichten, die das Rechtsleben schrieb. Es enthält in 14 sachlich gegliederten Kapiteln: – Juristischer Humor gegen verengtes Rechtsdenken. Begriffs- und Regulierungshumor. Reiserechtshumor. Verkehrsrechtshumor. Freizeitrechtshumor. Karnevalsrechtshumor. Dienst- und Arbeitsrechtshumor. Versicherungsrechtshumor. Eherechtshumor. Tierrechtshumor. Nachbarrechtshumor. Lebensmittelrechtshumor. Rechtsstaats humor. Reimrechtshumor – Kuriositäten und Kabinettsstückchen aus dem juristischen Alltag und wendet sich an alle, die schon immer wussten, wie unendlich kompliziert Juristen denken und weshalb das juristische Studium so lange dauert. Gleichzeitig ist das Werk ein Geheimtipp für Bedenkenträger, Nörgler, Besserwisser und Studierende, denn es ist eine Fundgrube auf der Suche nach dem richtigen Recht und gibt humorvoll Auskunft, wie man schnell zu Geld kommt, Abgaben spart und seine Rechte wahrt. Die einzelnen Kapitel werden mit einer themenbezogenen Karikatur von dem Karikaturisten Philipp Heinisch eröffnet.

Das Buch eignet sich ideal als Geschenkband für Mandanten und Juristenkollegen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

**Grundbuchrecht.** Von Johannes Holzer und Aksel Kramer. Verlag C.H. Beck, München. 2. Aufl., 2004, 410 Seiten, € 32,00

Die Kenntnis des Grundbuchrechts ermöglicht ein besseres Verständnis nicht nur des Sachenrechts, sondern auch ähnlicher Verfahrensregelungen in anderen Gebieten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wer sich mit dem formelle Grundstücksrecht befasst, schätzt die übersichtliche und klar strukturierte Rechtsmaterie. Das Werk baut auf dieser Gesetzesstruktur auf und versteht es vorzüglich, das Grundbuchverfahren und seine Abläufe darzustellen. Übersichten, Schemata und Beispielfälle machen die Ausführungen noch verständlicher. Zu allen aktuellen Grundbuchproblemen nimmt das Buch Stellung. So z.B. zur Grundbuchfähigkeit einer BGB-Außengesellschaft oder einer Erbengemeinschaft, was verneint wird (S. 59, 103), zur Anwendung des § 878 BGB nur für Rechtsgeschäfte (S. 222), zur Behandlung von bewusst unvollständig gestellten Grundbuchanträgen und zu erlassender Zwischenverfügung (S. 202), zum unzulässigen Vorbescheid (S. 207), zum abgelehnten Zweiterwerb einer Vormerkung (S. 237). Auch auf die oftmals missverstandene Vorschrift zur Erhebung eines Kostenvorschusses (S. 200), auf die Beteiligung von Ausländern am Grundstücksverkehr (S. 201) und auf die neuerdings wieder hinterfragte Einsichtsmöglichkeit in das Grundbuch bzw. maschinell geführte Grundbuch (S. 41, 44) wird ausführlich eingegangen. Diese Beispiele sollen genügen um aufzeigen zu können, dass das Werk allen Entwicklungen und Strömungen des Liegenschaftsrechts Rechnung trägt. So ist zu verschmerzen, dass auf S. 103 noch die für Vorkaufsrechte und sonstige Optionsrechte vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform geltenden Paragraphen angegeben wurden. Das Buch besticht durch seine systematische Gliederung, durch die Prägnanz der Erläuterungen, durch Praxisnähe und Aktualität, durch die Angabe vieler weiterführender Hinweise zur Vertiefung der Materie. Das gut gelungene Werk kann Praktikern wie auch Studierenden gleichermaßen empfohlen werden. Wer im Grundbuchverfahren Entscheidungen treffen muss, dem dient das Buch als wertvoller Ratgeber.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz



**Münchener Prozessformularbuch Band 3 Familienrecht.** Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Gottwald. Verlag C.H. Beck, München. 2. Aufl., 2003, 1122 Seiten, mit CD-ROM. 118 €.

Das Familienrecht ist für den Rechtspraktiker eine schwierige Rechtsmaterie, da Familiensachen keinem einheitlichen Verfahren folgen. Wegen der vielen Sonderregeln gibt das Werk eine Handreichung für alle üblicherweise anfallenden Sachprobleme. Muster für Verträge, Anträge und Klagen berücksichtigen die zahlreichen Unterschiede und Besonderheiten. Ausgespart bleibt allerdings der Bereich der Vormundschaftssachen. Etwa 35 neue Formulare z.B. zu den Themen Lebenspartnerschaft, Gütergemeinschaft, Gewaltschutzgesetz und Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts vervollständigen die zahlreichen und gut ausformulierten Muster zu den praxisrelevanten Fallgestaltungen. Die CD-ROM enthält sämtliche Muster. Jedem, der mit Streitigkeiten in Familiensachen befasst ist, kann dieses praktische Hilfsmittel nur empfohlen werden.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Münchener Prozessformularbuch Band 4 Erbrecht.** Herausgegeben von Bernhard F. Klinger. Verlag C.H. Beck, München. 2004, 1369 Seiten, mit CD-ROM. 122 €.

Erbstreitigkeiten gehören leider zum Alltag von Rechtspraktikern. Der 4. Band des Münchener Prozessformularbuchs Erbrecht bietet den Beteiligten eines Erbstreits praxiserprobte Formulare für eine effiziente Bearbeitung der Fälle. Der systematische Aufbau nach Anspruchsberechtigten (z.B. nach Erben, Vermächtnisnehmern, Pflichtteilsberechtigten und sonstige Nachlassgläubigern) erleichtert den Zugriff auf die Erläuterungen und Muster. Formulare für Streitigkeiten bei allen im Erbrecht vorkommenden Rechtsinstitute werden angeboten. Auch Maßnahmen zum Erbnachweis und zur Grundbuchberichtigung werden behandelt. Anmerkungen zu den Formularen erläutern die zum Verständnis notwendigen verfahrens- und materielle rechtlichen Gesichtspunkte, gehen auch über den konkreten Fall hinaus und weisen auf taktische Alternativen, Probleme und Haftungsrisiken hin. Checklisten Auch steuerliche Fragen finden Berücksichtigung. Die CD-ROM enthält alle Muster (ohne Anmerkungen). Mit dem Werk ist jeder Rechtspraktiker bei Erbstreitigkeiten gut gerüstet.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Wöhrmann/Stöcker. Das Landwirtschaftserbrecht.** Kommentar zur Höfeordnung und zum BGB-Landguterbrecht. 8., von Heinz Wöhrmann neu bearbeitete Auflage 2004. 800 Seiten. Luchterhand Verlag Neuwied. 139 €.

Der Bereich des landwirtschaftlichen Erbrechts hat in den letzten Jahrzehnten tiefgreifende Veränderungen erfahren. Durch das Höfesterben wird dieses Sonderrecht immer mehr zurückgedrängt. Gleichwohl ist das Landwirtschaftserbrecht eine komplexe Materie geblieben, das selbst Fachleuten Probleme bereitet. Das Werk gibt zu allen Fragen des Sonderrechts umfassende und praxisnahe Lösungen, kommentiert sehr ausführlich die in Norddeutschland geltende Höfeordnung und das dort geltende Recht der Altenteilsverträge, geht dabei auch auf die Besonderheiten in den neuen Bundesländern hinsichtlich Ausmäckergrundstücke ein. Ein weiteres großes Kapitel stellen die Erläuterungen zum Zuweisungsverfahren nach dem Grundstücksverkehrsgesetz dar. Der Praktiker ist dankbar für die Darstellung dieses besonders geregelten Verfahrens der Erbaueinandersetzung im Bereich des Landwirtschaftserbrechts, wo ein gewisser hoheitlicher Zwang mit dem Beschluss über die Zuweisung eines Betriebs angewendet wird. Ausführlich kommentiert ist auch das BGB-Landguterbrecht mit den §§ 97, 98, 330, 1515, 2049 und 2312 BGB. Diese Vorschriften über BGB-Landgüter bedürfen nach Ansicht des Verfassers dringend einer Novellierung, die nicht zuletzt dazu dienen muss, dieses Rechtsgebiet auf ein dem Regelungsniveau der Höfeordnung vergleichbares, auch verfassungsrechtlich überprüftes und gesichertes Fundament zu stellen. An Gesetzestexten abgedruckt ist die Höfeordnung, die Verfahrensordnung für Höfesachen und das Übergangsrecht zur Neufassung der Höfeordnung. Auch die Landesenerbengesetze fanden Aufnahme, so z.B. das Badische Gesetz, die geschlossenen Hofgüter betreffend, das Württembergische Gesetz über das Anerbenrecht, das Bremische Höfegesetz, die Hessische Landgüterordnung und das Rheinland-pfälzische Landesgesetz über die Höfeordnung. Das Werk bietet dem Praktiker zuverlässig alles das, was er zur Anwendung des Landwirtschaftserbrechts benötigt.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

#### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).