

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 1992

Die Anrechnung lebzeitiger Leistungen auf Erb- und Pflichtteilsrechte

(von Notarassessor Wilhelm Thubauville, Bonn)

A. Einleitung/Problemstellung

B. Abgrenzung

C. Die Tatbestände der Ausgleichung/Anrechnung

I. Die an der Ausgleichung/Anrechnung Beteiligten

1. Der Kreis der an der Ausgleichung kraft Gesetzes Beteiligten
 - a) Die im Rahmen der Erbauseinandersetzung Beteiligten
 - b) Die im Rahmen der Pflichtteilsberechnung Beteiligten
2. Der Kreis der an der Anrechnung kraft Gesetzes Beteiligten
3. Die Einbeziehung kraft Gesetzes nicht erfaßter Leistungsempfänger in die Ausgleichungs-/Anrechnungsverpflichtung
 - a) Die Einbeziehung erbberechtigter Zuwendungsempfänger in die Ausgleichungspflicht
 - b) Die Einbeziehung weder erb- noch pflichtteilsberechtigter Zuwendungsempfänger in die Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht

II. Der taugliche Gegenstand der Ausgleichung/Anrechnung

1. Das Tatbestandsmerkmal der „lebzeitigen Zuwendung“
 - a) Erfordernis einer „Zuwendung“
 - b) Erfordernis einer „lebzeitigen“ Zuwendung
2. Das Tatbestandsmerkmal einer Zuwendung „des Erblassers“
 - a) Die Bestimmung der Herkunft der Zuwendung bei Verheiratung des Zuwendungsgebers
 - b) Die Erblasserqualität des vorverstorbenen Ehegatten im Fall der §§ 2269 Abs. 1, 2280 BGB
 - aa) Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur
 - bb) Stellungnahme
 - c) Die Einbeziehung gesetzlich nicht erfaßter Zuwendungen in die Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht
 - aa) Gestaltungsmöglichkeiten
 - bb) Formulierungsvorschläge

III. Erfordernis einer auf Ausgleichung/Anrechnung gerichteten Anordnung des Erblassers

1. Ausgleichungspflicht kraft gesetzlicher Vermutung
2. Erfordernis einer Ausgleichungs-/Anrechnungsanordnung des Erblassers bei Zuwendung
3. Möglichkeiten „nachträglicher“ Begründung bzw. Aufhebung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht
 - a) Die Begründung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht nach erfolgter Zuwendung
 - b) Die Aufhebung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht
 - aa) Aufhebung der Ausgleichungspflicht
 - bb) Aufhebung der Anrechnungspflicht

D. Die Rechtsfolgen der Ausgleichung/Anrechnung

I. Rechtsnatur von Ausgleichung/Anrechnung

II. Die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens/Pflichtteils

1. Die Durchführung der Ausgleichung (§§ 2055, 2056, 2316 BGB)
 - a) im Rahmen der Erbauseinandersetzung
 - b) im Rahmen der Pflichtteilsberechnung
2. Durchführung der Anrechnung (§ 2315 BGB)
3. Sonderfälle der Berechnung
 - a) Nebeneinander von ausgleichungs- und anrechnungspflichtigen Zuwendungen
 - b) Nebeneinander von erbrechtlicher und güterrechtlicher Anrechnung (§§ 2315, 1380 Abs. 1 BGB)

III. Bewertungsfragen

1. Die Berechnung des zugrundelegenden Nachlaßwertes
 - a) Maßgeblichkeit des Verkehrswerts des Nettonachlasses
 - b) Maßgeblichkeit des Erbfallzeitpunktes im Rahmen der Bewertung
2. Die Berechnung des ausgleichungs-/anrechnungspflichtigen Zuwendungswertes
 - a) Maßgeblichkeit des Nettowertes der Zuwendung
 - aa) Brauchbarkeit der Abgrenzung zwischen „gemischter Schenkung“/Schenkungen unter Auflage?
 - bb) Stellungnahme
 - b) Maßgeblichkeit des Zuwendungszeitpunktes im Rahmen der Bewertung
 - aa) Erfordernis einer Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes der Deutschen Mark
 - bb) Die Unbeachtlichkeit marktbedingter (echter) Wertsteigerungen
 - (1) Die Auffassung Werners
 - (2) Stellungnahme
3. Dispositionsmöglichkeiten des Erblassers/der Beteiligten
 - a) Wesentliche Anwendungsfälle der bestehenden Dispositionsfreiheit
 - b) Grenzen der Dispositionsfreiheit des Erblassers
4. Wertsicherungsfragen
 - a) Wertsicherung des bei Ausgleichung/Anrechnung anzusetzenden Rechnungspostens
 - b) Wertsicherung (einmalig) zu zahlender Abfindungsbeträge
 - aa) Genehmigungsbefähigung der Wertsicherungsvereinbarung
 - bb) Genehmigungsfähigkeit der Wertsicherungsvereinbarung

E. Zusammenfassung/Allgemeine Gestaltungshinweise

A. Einleitung/Problemstellung

Die Problematik einer „Anrechnung“ lebzeitiger Leistungen auf Erb- und Pflichtteilsrechte gründet in dem Umstand, daß den Gegenstand der künftigen Erbauseinandersetzung bzw. Pflichtteilsberechnung naturgemäß nur der zur Zeit der Erbauseinandersetzung/des Erbfalls vorhandene Nachlaßbestand bildet (§§ 2047, 2048, 2311 BGB)¹, der Erblasser andererseits aber häufig und aus unterschiedlichsten Gründen² wesentliche Teile seines Vermögens einem Abkömmling oder sonstigen Erb- bzw. Pflichtteilsberechtigten zu seinen Lebzeiten bereits zuwendet, seinen künftigen Nachlaß also entsprechend mindert. Da eine endgültige wertmäßige Zurücksetzung der hierbei übergangenen Erb- bzw. Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser in der Mehrzahl dieser Fälle nicht gewollt ist, sind derartige Vorempfänge unter den Voraussetzungen der §§ 2050–2053, 2316 bzw. 2315 im Rahmen der Erbauseinandersetzung bzw. Pflichtteilsberechnung in Anrechnung zu bringen, zugunsten sonstiger Erb- bzw. Pflichtteilsberechtigter i.S.d. sich aus den §§ 2055, 2056, 2316, 2315 Abs. 1, 2 ergebenden Rechtsfolgen also zu kompensieren³.

Der Aufgabe, die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen lebzeitiger Zuwendungen nach Erörterung mit den Beteiligten sicherzustellen, auszuschließen oder sachgerecht zu modifizieren, sieht sich der Notar nicht nur bereits insbesondere bei der Abfassung und Beurkundung sogenannter „Übergabe-“ oder „Übertragungsverträge“⁴ gegenüber, sondern oft auch erst nachträglich, d. h. bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen, deren Gestaltung einer bereits erfolgten Zuwendung Rechnung tragen soll.

B. Abgrenzung

Unter Übernahme der einschlägigen Gesetzesterminologie sollte die „Anrechnung“ lebzeitiger Zuwendungen von deren „Ausgleichung“ auch sprachlich strikt unterschieden werden. Diese Differenzierung erleichtert nicht nur den Überblick über die eingangs genannten Vorschriften und deren Verhältnis zueinander, sondern entspricht auch dem grundlegenden Unterschied der kraft Gesetzes mit Durchführung der Ausgleichung bzw. Anrechnung jeweils verbundenen Rechtsfolgen: Während die „Anrechnung“ lebzeitiger Zuwendungen gem. § 2315 Abs. 1 zu einer entsprechenden Kürzung des dem Zuwendungsempfänger zustehenden Pflichtteilsanspruchs führt, finden lebzeitige Zuwendungen im Rahmen der „Ausgleichung“ ihre Berücksichtigung bei der Erbteilsberechnung⁵, sei es im Rahmen der Erbauseinandersetzung (§§ 2050–2056) oder sei es zum Zweck der Pflichtteilsberechnung (§ 2316 Abs. 1). Ungeachtet seiner Zweckrichtung beantwortet auch § 2316 Abs. 1 nicht etwa die Frage, ob und in welchem Umfang lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten auf dessen Pflichtteil anzurechnen sind, sondern lediglich die Frage, wie sich die für die Pflichtteilsberechnung maßgebenden gesetzlichen Erbteile für den (hypothetischen) Fall des Vorliegens der Ausgleichungsvoraussetzungen, also unter Durchführung der Ausgleichung, bemessen⁶.

Angesichts dieser grundsätzlich differierenden Rechtsfolgen

der Ausgleichung bzw. Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen, nicht zuletzt aber auch mit Rücksicht auf die im einzelnen noch darzustellenden Unterschiede insbesondere hinsichtlich des Kreises der an der Ausgleichung bzw. Anrechnung jeweils Beteiligten, sollte im Rahmen notarieller Urkunden gebührender Wert auf eine der Gesetzesterminologie entsprechende Formulierung gelegt, die Verwendung des Begriffs der „Anrechnung“ im Hinblick (auch) auf das Erbrecht des Zuwendungsempfängers also vermieden werden⁷.

C. Die Tatbestände der Ausgleichung/Anrechnung

I. Die an der Ausgleichung/Anrechnung Beteiligten

Ausgleichung und Anrechnung unterscheiden sich tatbestandlich ganz wesentlich durch den Kreis der kraft Gesetzes jeweils Beteiligten.

1. Der Kreis der an der Ausgleichung kraft Gesetzes Beteiligten

a) Die im Rahmen der Erbauseinandersetzung Beteiligten

Dem Zweck der Ausgleichung entsprechend begrenzt sich der Kreis der hieran nach §§ 2050, 2052 Beteiligten naturgemäß auf die zu Miterben nach dem Erblasser Berufenen (§§ 2050, 2052, 2055 Abs. 1 S. 1).

An der Ausgleichung nehmen kraft Gesetzes aber nicht alle Miterben teil, sondern aus deren Kreis nur die Abkömmlinge des Erblassers (§ 2050) untereinander. Sonstige Miterben, etwa der Ehegatte des Erblassers, sind kraft Gesetzes also weder ausgleichungspflichtig noch ausgleichungsberechtigt; die ihnen vom Erblasser gemachten Zuwendungen und der auf sie (hypothetisch) entfallende Erbteil ist im Rahmen der Ausgleichung also völlig außer Ansatz zu lassen⁸.

Die Ausgleichung setzt damit zwar das Vorhandensein wenigstens zweier Abkömmlinge voraus, bezieht aber über die Kinder des Erblassers hinausgehend auch entferntere Abkömmlinge ein (§ 1924). Hinsichtlich der Ausgleichungspflicht entferntere Abkömmlinge des Erblassers ist allerdings zu differenzieren: Fällt ein infolge Zuwendungserhalts ausgleichungspflichtiger Abkömmling vor Erhalt seiner endgültigen Erbenstellung weg (§§ 1923 Abs. 1, 1938, 1953, 2344, 2346), so tritt der an seine Stelle tretende entferntere Abkömmling des Erblassers⁹ gem. § 2051 Abs. 1) in die Ausgleichungspflicht ein. Gleiches gilt im Zweifel hinsichtlich der Anrechnungspflicht eines Abkömmlings (§ 2315 Abs. 3) sowie – für den Fall der Ausgleichung – für den Ersatzerben, den der Erblasser für einen weggefallenen Abkömmling bestimmt hat (§ 2051 Abs. 2). Zur Abgrenzung: Stirbt der ausgleichungspflichtige Erbe, so treten dessen Erben in die Ausgleichung ohne Rücksicht darauf ein, ob es sich um Abkömmlinge des „Zuwendungs-Erblassers“ handelt oder nicht¹⁰. Die von einem entfernteren Abkömmling oder Ersatzerben vor Wegfall des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings selbst erhaltene Zuwendung ist nach Wegfall des näheren Abkömmlings dagegen nicht auszugleichen, sofern der Erblasser dies bei Zuwendung nicht angeordnet hat (§ 2053 Abs. 1).

Schließlich beruht die gesetzliche Ausgleichungsregelung auf

1 Nachstehende Paragraphenangaben ohne Gesetzeszitat beziehen sich auf das BGB.

2 Dazu etwa Priester, Die neue BFH-Rechtsprechung zur Erbauseinandersetzung bei Betriebsvermögen und zur vorweggenommenen Erbfolge, DNotZ 1991, 507, 522 f.

3 Unberücksichtigt bleiben nachfolgend die sich gem. § 2057 a, dem Höferecht und dem Nichteheichenrecht ergebenden Besonderheiten.

4 Zur vertragstypischen Gestaltung und Einordnung solcher Verträge näher Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984, 21 ff.; Weirich, Der gegenständig beschränkte Pflichtteilsverzicht, DNotZ 1986, 5, 5 f.

5 So deutlich auch Wolfsteiner, Anrechnung auf Erb- und Pflichtteil, MittBay-Not 1982, 61.

6 Sostmann, Grundstücksübertragungen an Abkömmlinge und ihre Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht, MittRhNotK 1976, 479, 488, 491, 493; MünchKomm/Frank, 2. Aufl., 1989, § 2316, Rd.-Nr. 9; OLG Stuttgart DNotZ 1989, 184, 185.

7 Wolfsteiner, a.a.O., 61.

8 Palandt/Edenhofer, 51. Aufl. 1992, § 2050, Rd.-Nr. 6; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 3 f, § 2055, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Werner, 12. Aufl. 1979, § 2055, Rd.-Nr. 4.

9 Unerheblich ist, ob der Eintretende zugleich Abkömmling des Weggefallenen ist, Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2051, Rd.-Nr. 1.

10 Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2051, Rd.-Nr. 1.

der Vermutung des Gesetzgebers, daß der Erblasser sein Vermögen unter seinen Abkömmlingen grundsätzlich gleichmäßig verteilen will, Vorempfänge einzelner Abkömmlinge im Rahmen der Erbteilung also wieder ausgeglichen werden sollen¹¹. Da es der Erblasser grundsätzlich in der Hand hat, diesem Willen mittels Gestaltung der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen Rechnung zu tragen, findet eine Ausgleichung grundsätzlich nur statt zwischen den kraft gesetzlicher Erbfolge zu Miterben berufenen Abkömmlingen (§ 2050). Unter den durch Verfügung von Todes wegen berufenen Abkömmlingen gilt gleiches im Zweifel nur dann, wenn die Erbeinsetzung die gesetzliche Erbfolge oder wenigstens das Verhältnis der gesetzlichen Erbteile zueinander lediglich bestätigt (§ 2052 Abs. 1). Im letztgenannten Fall kann sich die Ausgleichung demgemäß auf einen Teil der zu Erben berufenen Abkömmlinge beschränken¹².

b) Die im Rahmen der Pflichtteilsberechnung Beteiligten

Entsprechend bestimmt sich auch der Kreis der an der Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 Beteiligten. Die Regelung bezweckt die Einbeziehung der für den (hypothetischen) Fall der gesetzlichen Erbfolge begründeten Ausgleichungsfolgen in die Pflichtteilsberechnung und setzt den hypothetischen Tatbestand der §§ 2050, 2052 damit voraus¹³. Ausgleichungspflichtig und -berechtigt sind demgemäß auch nach § 2316 Abs. 1 nur die Abkömmlinge des Erblassers untereinander. Die Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 erfolgt unabhängig davon, ob der (hypothetisch) zur Ausgleichung berechnete Abkömmling zum Erben berufen oder neben dem Verpflichteten nur pflichtteilsberechtigt ist. Der Auffassung, § 2316 ordne die Einbeziehung der (hypothetischen) Ausgleichungsfolgen in die Pflichtteilsberechnung im Verhältnis zum erbenden Abkömmling nur zugunsten des pflichtteilsberechtigten (enterbten) Abkömmlings an, nicht aber für den Fall seiner (hypothetischen) Ausgleichungsverpflichtung¹⁴ findet im Gesetz keine Stütze. In diesem Zusammenhang wird zu Recht darauf verwiesen, daß der Pflichtteilsberechnung in allen Fällen die Erbteile zugrunde zu legen sind, die sich im Falle gesetzlicher Erbfolge ergäben. Dies schließt es aus, den Umfang des sich konkret errechnenden Pflichtteils davon abhängig zu machen, ob der ausgleichungsberechtigte Abkömmling, ein ausgleichungsverpflichteter Abkömmling oder eine sonstige Person zum Erben berufen ist¹⁵.

2. Der Kreis der an der Anrechnung kraft Gesetzes Beteiligten

Anders als die Ausgleichungspflicht kann die Pflicht zur Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen gem. § 2315 nicht nur die Abkömmlinge des Erblassers, sondern alle und auch den einzigen nach ihm Pflichtteilsberechtigten (§§ 2303, 2309) treffen. Anders als die Ausgleichung nach §§ 2050, 2052, 2316 Abs. 1 kommt die das Pflichtteil kürzende Anrechnung aber auch nur dem Erben zugute, also weder nur noch in jedem Fall (auch) einem (erbenden oder pflichtteilsberechtigten) Abkömmling des Erblassers¹⁶.

3. Die Einbeziehung kraft Gesetzes nicht erfaßter Leistungsempfänger in die Ausgleichungs-/Anrechnungsverpflichtung

Schon mit Rücksicht auf die gesetzliche Begrenzung des überhaupt in Betracht kommenden Kreises der an der Ausgleichung oder Anrechnung Beteiligten wird es mitunter an den Voraussetzungen der sich gem. den §§ 2050, 2052, 2316, 2315 be-

gründenden Ausgleichungs- und/oder Anrechnungspflicht eines Zuwendungsempfängers von vornherein fehlen. Dies gilt nicht nur im Falle einer – der Ausgleichung und Anrechnung nicht unterliegenden – Zuwendung an andere Personen als gem. § 2303 Pflichtteilsberechtigten nach dem Erblasser; jedenfalls der Ausgleichungspflicht nach §§ 2050, 2052, 2316 unterliegen als Zuwendungsempfänger vielmehr auch weder ein als Nicht-Abkömmling zum Kreis der Erben gehörender Beteiligter – so insbesondere der Ehegatte des Erblassers – noch etwa der einzige Abkömmling des Erblassers. Selbst wenn neben dem Zuwendungsempfänger = Abkömmling noch weitere Abkömmlinge vorhanden sind, mag deren Erbfolge eine bereits bindende Verfügung von Todes wegen (§§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1) schließlich derart gestalten, daß eine Berücksichtigung des vollen Zuwendungswertes im Rahmen der Miterbenausgleichung gem. §§ 2052, 2055 jedenfalls ausscheidet¹⁷. Einen dahingehenden Willen der Beteiligten vorausgesetzt, wird dem das Zuwendungsgeschäft beurkundenden Notar die Aufgabe zufallen, einen der gesetzlichen Rechtsfolgeregelung entsprechenden Ausgleichungs- oder Anrechnungseffekt auch in den vorgenannten Fällen sicherzustellen.

a) Die Einbeziehung erbberechtigter Zuwendungsempfänger in die Ausgleichungspflicht

Gehört der Zuwendungsempfänger zum Kreis der (künftigen) Miterben, bietet sich die Möglichkeit, die Berücksichtigung der Zuwendung im Wege einer der Ausgleichungsregelung entsprechenden Weise (§§ 2055, 2316 Abs. 1, 2) im Rahmen der Erbauseinandersetzung bzw. Pflichtteilsberechnung jedenfalls kraft vertraglicher Vereinbarung zwischen Erblasser und Empfänger, d. h. mittels Rechtsgeschäft unter Lebenden sicherzustellen. Gegenüber der Zulässigkeit einer derartigen, sich als Vertrag zugunsten der Miterben (§§ 2055, 2316 Abs. 2) bzw. Pflichtteilsberechtigten (§ 2316 Abs. 1) darstellenden Vereinbarung (§ 328) bestehen – auch mit Blick auf § 312 – keine Bedenken^{18, 19}.

Die Möglichkeit einseitiger Einbeziehung entsprechender Zuwendungsempfänger in die Ausgleichungspflicht steht dem Erblasser dagegen nur mittels dahingehender Verfügung von Todes wegen, d. h. durch Anordnung eines auf Durchführung der Ausgleichung gerichteten (Voraus-)Vermächtnisses zugunsten der übrigen Miterben bzw. Pflichtteilsberechtigten zur Verfügung²⁰. Eine Grenze setzt dem Erblasser insofern aber das Pflichtteilsrecht des Empfängers (§ 2306)²¹. Diese Grenze zu überwinden, einen Ausgleichungseffekt in jedem Fall also in voller Höhe des Zuwendungswertes sicherzustellen, ermöglicht hier nur die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts mit dem Empfänger (§§ 2346 Abs. 1, 2348). Dem hiermit verfolgten Zweck entsprechend läßt sich der Pflichtteilsverzicht des Empfängers dabei zulässigerweise²² gegenständlich dahingehend beschränken, daß lediglich der Wert der Zuwendung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung für den Empfänger außer Ansatz bleibt.

Die Möglichkeit zur Begründung der Ausgleichungspflicht durch Anordnung eines (Voraus-)Vermächtnisses steht dem Erblasser dagegen nicht ohne weiteres zur Verfügung, sofern der Zuwendungsempfänger = Abkömmling aufgrund bereits bindender Verfügung von Todes wegen in einer Weise bedacht ist (§§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1), die die gesetzliche Ausgleichungsregelung nicht zum Tragen kommen läßt (§ 2052).

Neben und vorrangig vor einem etwa erforderlichen Pflichtteils-

11 BGHZ 65, 75, 77 = DNotZ 1975, 721, 723; Weimar, Rechtsfragen zur Ausgleichungspflicht unter Miterben, JR 1967, 97.

12 Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2052, Rd.-Nr. 1.

13 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 488; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 5.

14 So aber OLG Stuttgart DNotZ 1989, 184, 185.

15 Cieslar, Anm. zu OLG Stuttgart DNotZ 1989, 185, 186; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 1; RGRK/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2316, Rd.-Nr. 1.

16 Zur Abgrenzung s. insbesondere Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 493.

17 Gem. § 2316 Abs. 2 – im Fall der Enterbung eines Abkömmlings gem. § 2316 Abs. 1 – fände hier kraft Gesetzes allenfalls die Hälfte des Zuwendungswertes Berücksichtigung.

18 Peter, Zuwendungen im Wege vorweggenommener Erbfolge, BWNotZ 1986, 28, 30; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 33.

19 Soweit die Ausgleichung die Grenze des Pflichtteilsrechts des Empfängers überschreitet, handelt es sich um einen der Form der §§ 2346 Abs. 2, 2348 bedürftigen Pflichtteilsverzichtsvertrag.

20 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 3, 36; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 20; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 38.

21 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 36 m.w.N.; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 38.

22 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 512; Weirich, DNotZ 1986, 5, 11; Jordan, Der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht, Rpfleger 1985, 7 f.; Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., 1981, § 2346, Rd.-Nr. 37.

verzicht bedarf es hier seitens des Abkömmlings auch eines Zuwendungsverzichts (§ 2352), der (wenigstens) die Unterwerfung des bedachten Abkömmlings unter die vom Erblasser verfügte Vermächtnisanordnung beinhaltet²³.

b) Die Einbeziehung weder erb- noch pflichtteilsberechtigter Zuwendungsempfänger in die Ausgleichs-/Anrechnungs-pflicht

Insbesondere im Rahmen von Übertragungsverträgen kommt es recht häufig vor, daß Kind und Schwiegerkind des Erblassers von diesem die Zuwendung zu je 1/2-Miteigentumsanteil erwerben. Den anteiligen Erwerb (auch) des weder erb- noch pflichtteilsberechtigten Schwiegerkindes in eine Ausgleichung oder Anrechnung einzubeziehen, wird der Erblasser etwa mit Rücksicht auf weitere vorhandene Abkömmlinge dabei häufig dann jedenfalls wünschen, sofern Ausgleichszahlungen insoweit nicht erfolgen sollen oder können.

Auch in diesem Fall steht die Möglichkeit zur Verfügung, eine Berücksichtigung des hälftigen „Dritterwerbs“ im Wege einer der Ausgleichs- oder Anrechnungsregelung entsprechenden Weise jedenfalls kraft Vereinbarung zwischen Erblasser und erb- bzw. pflichtteilsberechtigtem Kind im Verhältnis zu dessen Geschwistern/dem Erben sicherzustellen (§§ 2055, 2316, 2315, 328). Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden²⁴. Soweit hierdurch ein Anrechnungs- bzw. ein die Grenze des Pflichtteils überschreitender Ausgleichungseffekt erzielt wird, stellt sich die Vereinbarung als (gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzichtsvertrag dar.

Da die teilweise Übertragung an das Schwiegerkind in der Regel auf Wunsch und im (ehelichen) Interesse des Kindes erfolgt, werden auch unabhängig von einer Vereinbarung zugunsten Dritter (§ 328) schließlich häufig die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die freiwillige Leistung des Erblassers im Umfang des „Dritterwerbs“ auf die schuldrechtliche Grundlage eines zwischen Erblasser und Kind bestehenden Auftragsverhältnisses i.S.d. § 662 zurückführen läßt. Ein dem Kind des Erblassers als Auftraggeber zugute kommender Gegenstand der Zuwendung bildet für diesen Fall, soweit es die (anteilige) Leistung an den „Dritterwerber“ betrifft, der infolge Verzichts des Erblassers auf dessen Aufwendungsersatzanspruch (§ 670) in Höhe des (hälftigen) Werts der Leistung begründete Vermögensvorteil²⁵. Dessen Einbeziehung in die gesetzliche Ausgleichs- oder Anrechnungsregelung bereitet unter dem Gesichtspunkt des möglichen Beteiligtenkreises dann keine besonderen Probleme. Für den Fall einer tatsächlich im Auftrag des Abkömmlings erfolgenden Leistung (auch) an dessen Ehegatten sollte Entsprechendes im Rahmen des Beurkundungsgeschäfts deshalb ausdrücklich klargestellt werden.

Die einseitige Einbeziehung des „Dritterwerbs“ in die Ausgleichungspflicht (§§ 2055, 2316 Abs. 1, 2) ermöglicht dem Erblasser auch insoweit nur die Anordnung eines auf Durchführung der Ausgleichung im Verhältnis zwischen Abkömmling und Geschwistern gerichteten Vorausvermachnisses zugunsten der übrigen Abkömmlinge. Eine entsprechende Verfügung von Todes wegen vermög ohne weiteres aber weder eine über die

Grenze des dem belasteten Kind gebührenden Pflichtteils hinausgehende Ausgleichungspflicht (§ 2306) noch einen Anrechnungseffekt i.S.d. § 2315 zu begründen; soll weitergehend auch das eine und/oder andere sichergestellt sein, bedarf es deshalb zusätzlich der Vereinbarung eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichts zwischen Erblasser und Abkömmling (§§ 2346 Abs. 2, 2348).

II. Der taugliche Gegenstand der Ausgleichung/Anrechnung

Den Kreis kraft Gesetzes in Betracht kommender Beteiligter zur Ausgleichung oder Anrechnung zu verpflichten, vermög gemäß den §§ 2050, 2315 Abs. 1 jeweils nur der Erhalt „lebzeitiger Zuwendungen des Erblassers“.

1. Das Tatbestandsmerkmal der „lebzeitigen Zuwendung“

a) Erfordernis einer „Zuwendung“

Der Begriff der „Zuwendung“ erfaßt jede Hingabe von Vermögensvorteilen durch den Erblasser, die den (künftigen) Nachlaß mindert^{26, 27}. Unter anrechenbaren Zuwendungen (§ 2315) sind nach allgemeiner Auffassung nur freiwillige Leistungen des Erblassers zu verstehen²⁸. Demgegenüber werden – unter Bezugnahme auf eine im Jahre 1910 ergangene Entscheidung des RG²⁹ – unter den Begriff der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen i.S.d. § 2050 Abs. 3 verbreitet auch solche Leistungen des Erblassers subsumiert, die lediglich in Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten (etwa der Unterhaltungspflicht) erbracht werden³⁰.

Letztgenannte Auffassung dürfte indes abzulehnen sein. Zum einen bildete den Gegenstand der insoweit in Bezug genommenen Entscheidung des RG nicht unmittelbar die Ausgleichungspflicht eines Leistungsempfängers, sondern vorrangig dessen Auskunftspflicht (§ 2057) hinsichtlich möglicherweise ausgleichungspflichtiger Zuwendungen³¹. Insofern ist die genannte Entscheidung im vorliegenden Zusammenhang schon nicht einschlägig³². Zum anderen scheint die Zugrundelegung differierender Zuwendungsbegriffe schon mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 2316, die auf die (hypothetische) Ausgleichungspflicht im Rahmen der Pflichtteilsberechnung zurückgreift, vom Ergebnis her wenig sinnvoll³³. Schließlich dürfte es nicht angehen, die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Erblassers im Wege der Ausgleichungsverpflichtung des Empfängerabkömmlings quasi der Rückforderungsmöglichkeit zugunsten übriger Abkömmlinge zu unterstellen³⁴. Nach zutreffender Auffassung setzt deshalb auch die Ausgleichungspflicht den Erhalt einer freigiebigen Leistung voraus³⁵.

Dies heißt allerdings nicht, daß die ausgleichungs- oder anrechnungsfähige Zuwendung die Voraussetzungen einer „Schenkung“ (§ 516) erfüllen müßte, wie das Beispiel einer das den Umständen entsprechende Maß gerade nicht übersteigenden Ausstattung verdeutlicht (§§ 1624 Abs. 1, 2050 Abs. 1)³⁶. Demgemäß setzt der Begriff der „Zuwendung“ weder die vollständige Unentgeltlichkeit der Erblasserleistung voraus noch eine deren teilweise Unentgeltlichkeit betreffende Einigkeit der Beteiligten³⁷.

23 Zur Zulässigkeit eines dahingehenden beschränkten Zuwendungsverzichts s. etwa Staudinger/Perid/Cieslar, a.a.O., § 2352, Rd.-Nr. 18 m.w.N. sowie § 2346, Rd.-Nr. 37.

24 S. vorstehend unter a).

25 So BGH DNotZ 1963, 113, 114; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 10.

26 Vgl. Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 480; MünchKomm/Dütz, § 2050, Rd.-Nr. 8 f.; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8 f.; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 14.

27 Das sich mit Blick auf die Anrechnung zusätzlich stellende Erfordernis rechtsgeschäftlicher Zuwendung (§ 2315 Abs. 1) bereitet im Rahmen notarieller Praxis keine besonderen Probleme.

28 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 480; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 1; Staudinger/Perid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 1.

29 RGZ 73, 372, 377.

30 So Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 17, 31; Brox, Erbrecht, 13. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 511; unklar RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 14 einerseits, Rd.-Nr. 17 andererseits. Zweifelfind immerhin Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 15.

31 Vgl. die Entscheidungsgründe des RG, a.a.O.

32 Schulz, Anm. zu AG Mettmann DAVorm 1984, 712, DAVorm 1984, 712, 714; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 30, Fn. 87 b.

33 Schulz, DAVorm 1984, 712, 715.

34 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 30; Schulz, DAVorm 1984, 712, 717.

35 RG JW 1938, 2971; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8, 30; Schulz, DAVorm 1984, 712, 715.

36 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 480 f.

37 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 11; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 14.

b) Erfordernis einer „lebzeitigen“ Zuwendung

Mit Blick auf das Erfordernis „lebzeitiger“ Zuwendungen kann zweifelhaft erscheinen, ob der Ausgleichung oder Anrechnung auch zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht vollzogene Zuwendungsversprechen unterliegen³⁸. Mit Rücksicht darauf, daß das Schenkungsversprechen als Nachlaßverbindlichkeit den Wert des Nachlasses entsprechend mindert, scheint die Einordnung als „Zuwendung“ indes schon deshalb sinnvoll, um die dadurch bewirkte Wertminderung wieder auszugleichen³⁹. Gleiches gilt für den Fall der auf den Todesfall des Erblassers aufschiebend bedingten Zuwendung⁴⁰, demgegenüber nicht für das zu Lebzeiten des Erblassers nicht vollzogene Schenkungsversprechen von Todes wegen (§ 2301 Abs. 1)⁴¹.

Schwierigkeiten hinsichtlich ihrer Einordnung als „lebzeitige Zuwendungen“ bereitet mitunter auch die „qualifizierte“ Nachfolge in die Erblasserstellung als persönlich haftender Gesellschafter von OHG und KG.

Wird zugunsten eines Abkömmlings oder sonst Pflichtteilsberechtigten lediglich ein gesellschaftsvertragliches Eintrittsrecht ausbedungen, fällt das Abfindungsguthaben des mit dem Erbfall aus der Gesellschaft ausscheidenden Erblassers in den Nachlaß, auf dessen Kosten dem Eintrittsberechtigten insofern schon kein Vermögensvorteil zufließt. Die Einräumung eines „Eintrittsrechts“ ist deshalb allenfalls dann als „Zuwendung“ des Erblassers zu qualifizieren, sofern zur Erwirkung dieses Rechts besondere Vermögensaufwendungen des Erblassers erforderlich waren⁴².

Anderes gilt für den unmittelbaren Anfall der Gesellschafterstellung aufgrund „qualifizierter Nachfolgeklausel“, der nach wohl h.M. der Ausgleichung bzw. Anrechnung – bezogen auf den übrigen Nachlaß – zumindest in analoger Anwendung der einschlägigen Vorschriften unterliegen soll⁴³; dies, obwohl ein Erwerb der Gesellschafterstellung gem. vorherrschender Auffassung weder unter Lebenden⁴⁴ noch auf Kosten des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses⁴⁵ erfolgt. Mit Rücksicht auf die beiden letztgenannten Gesichtspunkte ist es deshalb systemgerechter, die „qualifizierte Nachfolgeklausel“ als eine – sich mit dem Erbfall vollziehende – Teilungsanordnung des Erblassers zu qualifizieren, die nicht zu einem – ausgleichungsbedürftigen – Vorempfang des Nachfolgers, sondern zur Berücksichtigung seines insoweit erbrechtlich erfolgten Erwerbs im Rahmen der (weiteren) Erbauseinandersetzung führt⁴⁶.

2. Das Tatbestandsmerkmal einer Zuwendung „des Erblassers“

Ausgleichungs- oder anrechnungsfähig sind gem. §§ 2050, 2316 bzw. 2315 Abs. 1 schließlich nur Zuwendungen „des Erblassers“. Dieses Erfordernis kann zu Schwierigkeiten insbesondere bei einer durch Ehegatten erfolgenden Zuwendung führen.

a) Die Bestimmung der Herkunft der Zuwendung bei Verheiratung des Zuwendungsgebers

Die vorrangig zu beantwortende Frage, von welchem Ehegat-

ten die Zuwendung in welchem Umfang jeweils stammt, läßt sich ohne weiteres klären, sofern die Eheleute im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft oder Gütertrennung leben. Für den Fall bestehender Gütergemeinschaft gilt gleiches demgegenüber nur dann, falls die Zuwendung aus dem Vorbehalts- oder Sondergut eines Ehegatten (§§ 1417, 1418) erfolgt. Ist auch dies nicht der Fall, stammt die Zuwendung also aus dem gesamthänderisch gebundenen Gesamtgut der Gütergemeinschaft (§§ 1416, 1419), hilft die gesetzliche Vermutung der §§ 2054 Abs. 1, 2331 Abs. 1: die Zuwendung ist jedem der Ehegatten zur Hälfte zuzurechnen, sofern sie nicht an den Abkömmling nur eines der Ehegatten erfolgt oder ein Ehegatte wegen der Zuwendung etwa gem. §§ 1444, 1446, 1476 Abs. 2 oder gem. §§ 1423–1425 Ersatz zum Gesamtgut zu leisten hat; in den letztgenannten Fällen gilt die Zuwendung als in vollem Umfang vom Erbteil des Abkömmlings bzw. ersatzpflichtigen Ehegatten erfolgt (§ 2054 Abs. 1, 2331 Abs. 1).

b) Die Erblasserqualität des vorverstorbenen Ehegatten im Fall der §§ 2269 Abs. 1, 2280 BGB

Daneben stellt sich in den Fällen der durch Ehegatten erfolgten Zuwendung schließlich häufig das – den Tatbestand der Ausgleichung (§§ 2050, 2052) betreffende – Problem, daß Empfänger = Abkömmling und Geschwister kraft gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags als „Schlußerben“ erst und allein nach dem Längstlebenden der Ehegatten zur Erbfolge gelangen sollen, dieser nach dem Vorverstorbenen also zum Alleinerben berufen ist (Fall des „Berliner Testamentes“, §§ 2269 Abs. 1, 2280). Einerseits dürften die Erblasser hiermit regelmäßig die Vorstellung einer einheitlichen Nachfolge der „Schlußerben“ in den „Gesamtnachlaß“ beider Ehegatten, mit einer Zuwendung durch einen von ihnen demgemäß auch recht häufig den Willen verbinden, die Zuwendung erst – aber auch in jedem Fall – bei der Auseinandersetzung dieses „Gesamtnachlasses“ nach dem Letztversterbenden der Ausgleichung zu unterstellen. Andererseits führt der Tod jedes Ehegatten doch zu rechtlich jeweils selbständigen Erbfällen und Erbfolgen⁴⁷, die es jedenfalls vom Wortlaut des § 2050 her ausschließen, auch den vorverstorbenen Ehegatten, von dem die Zuwendung aber (teilweise) stammen mag, als „Erblasser“ im Verhältnis zum Empfänger = Schlußerben zu qualifizieren⁴⁸. Begründung bzw. Umfang der Ausgleichungspflicht des Zuwendungsempfängers gem. §§ 2050, 2052 blieben damit dem Zufall überlassen, d. h. der Reihenfolge des Versterbens der Ehegatten⁴⁹.

Steht demgegenüber die Anrechnung der Zuwendung in Rede (§ 2315)⁵⁰, hat als „Erblasser“ im Verhältnis zum pflichtteilsberechtigten Empfänger zwar jedenfalls auch der vorverstorbenen Ehegatte zu gelten; die allein den Pflichtteil nach ihm betreffende Anrechnung seiner Zuwendungen bietet demgemäß keine Probleme. Anders aber, sofern eine Anrechnung der vom vorverstorbenen Ehegatten stammenden Zuwendung (deren Berücksichtigung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung)⁵¹ erst oder auch⁵² auf den Pflichtteil nach dem letztverstorbenen Ehegatten stattfinden, somit erst oder jedenfalls auch dem – gemäß Vorstellung der Ehegatten – mit dem „einheitlichen Gesamtnachlaß“ bedachten „Schlußerben“ zugute kommen soll. Den vorverstorbenen Ehegatten, aus dessen Vermögen der

38 Vgl. dazu RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 4, mit fehlgehendem Hinweis auf Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 24, vgl. dazu nachfolgend.

39 So RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 23.

40 Vgl. dazu nachfolgend, Fn. 43.

41 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 24. Zur Abgrenzung und Einordnung der möglichen Fallgestaltungen wird insbesondere auf die Kommentierung zu § 2301 verwiesen, vgl. etwa MünchKomm/Musielak, a.a.O., § 2301, Rd.-Nr. 4ff.

42 RG JW 1927, 1201; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 16; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8.

43 So etwa Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 24 m.w.N.; Soergel/Wolf, 11. Aufl. 1982, § 2032, Rd.-Nr. 17; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 15; Brox, a.a.O., Rd.-Nr. 761.

44 Zur vorherrschenden Auffassung von der Nachfolge „kraft Erbrechts“ (erb-

rechtliche Lösung) vgl. etwa Brox, a.a.O., Rd.-Nr. 753, 755ff.; dazu auch Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1988, § 15 III 3 b.

45 Die Nachfolge erfolgt nach h.A. unmittelbar und insgesamt „am Restnachlaß vorbei“, also nicht im Wege der Gesamt-, sondern der Sonderrechtsnachfolge; vgl. dazu ebenfalls Brox, a.a.O., Rd.-Nr. 758ff.

46 So Lange/Kuchinke, a.a.O., § 31 V 4; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 54.

47 BGHZ 88, 102, 105 = DNotZ 1984, 497, 498; BGH NJW 1983, 277, 278.

48 Vgl. BGHZ 88, 102, 105 = DNotZ 1984, 497, 498 zu § 2327 Abs. 1 S. 1.

49 Für den Fall des Vorversterbens des zuwendenden Ehegatten käme eine Ausgleichung allenfalls über § 2316 Abs. 1, d. h. in Höhe der Hälfte des Zuwendungswerts in Betracht.

50 Gleiches gilt für den Fall der Ausgleichung nach § 2316.

51 Wenn und soweit die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem ersten Erbfall unterbleibt.

52 Soweit der Wert der Zuwendung den Pflichtteil nach dem Vorverstorbenen übersteigt.

Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung erhalten hat, im Verhältnis zu diesem (auch) im zweiten Erbfall als „Erblasser“ i.S.d. §§ 2315, 2316 zu qualifizieren, schließt auch hier der Wortlaut der Vorschriften jedenfalls aus⁵³.

aa) Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur

Dennoch wird sowohl hinsichtlich der Ausgleichungsproblematik im Rahmen der Erbauseinandersetzung (§§ 2050, 2052) als auch mit Blick auf die Berücksichtigung von Zuwendungen im Rahmen des Pflichtteilsrechts (§§ 2315, 2316) die Auffassung vertreten, daß als „Erblasser“ i.S.d. jeweils einschlägigen Gesetzesregelung über deren Wortlaut hinausgehend (auch) der vorverstorbenen Ehegatte gelte. Weder Rechtsprechung noch Schrifttum bieten insofern allerdings ein durchweg klares Bild.

Die den Ausgleichungskomplex betreffende Frage (§§ 2050, 2052) hat die Rechtsprechung ursprünglich im zuletzt genannten Sinne beantwortet⁵⁴, wobei die vorzitierten, im hier interessierenden Punkt jeweils nicht näher begründeten Entscheidungen auch im Schrifttum durchweg Zustimmung gefunden haben⁵⁵. Tragender Grund hierfür dürfte insgesamt das Bestreben sein, der gesetzlichen Ausgleichungspflicht den ihr andernfalls innewohnenden, weil von der Reihenfolge des Versterbens der Eheleute abhängigen „Zufallscharakter“ zu nehmen⁵⁶.

In anderem Zusammenhang hat der BGH demgegenüber die vorstehend erwähnte Problematik zwar in neuerer Zeit ebenfalls angesprochen, hierbei aber ausdrücklich dahinstehen lassen, ob hierzu der vorstehend zitierten Auffassung zu folgen sei⁵⁷. Den Gegenstand dieser BGH-Entscheidung bildete unmittelbar (nur) die das Pflichtteilsrecht betreffende Frage der Anrechenbarkeit eines vom vorversterbenden Ehegatten stammenden Geschenks auf die vom Zuwendungsempfänger nach dem Letztverstorbenen geltend gemachte Pflichtteilsergänzung (§ 2327 Abs. 1).

In diesem Zusammenhang hatte der BGH sich insbesondere mit einer früheren Entscheidung des KG⁵⁸ auseinanderzusetzen, das dieselbe Frage bejaht und zur Begründung auf die Besonderheit der sich nach § 2269 gestaltenden Erbfolge abgehoben hatte: die (tatsächliche) Einheit des Nachlasses beider Ehegatten, angesichts derer die faktische Verdoppelung der Pflichtteilsrechte gemeinsamer Abkömmlinge häufig für unbillig erachtet werde, lasse es nicht nur im Rahmen der Ausgleichung (§§ 2050, 2052), sondern auch im Rahmen der §§ 2325, 2327 angezeigt erscheinen, den Nachlaß des Nachverstorbenen – soweit möglich – auch rechtlich als gemeinschaftlichen Nachlaß beider Ehegatten zu behandeln und die Frage der Anrechenbarkeit von Geschenken damit unabhängig von der Person des schenkenden Ehegatten zu beantworten. Die Anrechenbarkeit von Geschenken bleibe sonst jedenfalls dann nur dem Zufall überlassen, falls das Pflichtteil ausschließlich nach dem Nachverstorbenen geltend gemacht werde⁵⁹.

Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß die vom KG befürwortete Ausdehnung des „Erblasserbegriffs“, die auch im Schrifttum vereinzelt Zustimmung gefunden hat⁶⁰, sich jedenfalls nicht auf den Anwendungsbereich des § 2327 beschränken

ließe, eine entsprechende Auslegung mit Blick auf das Pflichtteilsrecht bzw. die Pflichtteilsberechnung insgesamt sich vielmehr dann auch innerhalb der §§ 2315, 2316 gebiete⁶¹; die Anrechnungs- bzw. Ausgleichungsfähigkeit (auch) vom vorverstorbenen Ehegatten stammender Zuwendungen bei der Berechnung des Pflichtteils nach dem Letztverstorbenen (§§ 2315 Abs. 1, 2316) wäre demnach konsequenterweise zu befürworten.

Jedenfalls die Auffassung des KG und die sich hieraus für das Verständnis (auch) der §§ 2315, 2316 ergebenden Konsequenzen hat der BGH im Rahmen seiner bereits erwähnten Entscheidung⁶² indes ausdrücklich ablehnend beschieden. Ausgehend vom Wortlaut der §§ 2317 Abs. 1, 2327, 2269 verneint der BGH nicht nur die Zulässigkeit einer von Billigkeitserwägungen getragenen Korrektur des gesetzlichen Erbfall- und Erblasserbegriffs; hierfür biete das formale und den – im jeweiligen Erbfall begründeten – Anspruch der übergangenen Angehörigen gerade ungeachtet des Erblasserwillens sichernde Pflichtteilsrecht jedenfalls keinen Raum⁶³. Auch den zur Begründung einer Gesetzeskorrektur herangezogenen Billigkeitserwägungen selbst spricht der BGH ihre Berechtigung ab: so könne zum einen gerade die Ausdehnung des Erblasserbegriffs die Gefahr einer – unbilligen – Doppelanrechnung von Geschenken begründen⁶⁴. Zum anderen hätten die Ehegatten es selbst weitgehend in der Hand, den vom KG vorgetragenen Billigkeitserwägungen – sei es anläßlich der Zuwendung oder sei es mittels Gestaltung ihrer letztwilligen Verfügung – hinreichend Rechnung zu tragen⁶⁵. Schließlich sieht sich der BGH in seiner dem Wortlaut des Gesetzes folgenden „Trennungslösung“ auch durch die Vorschrift des § 2331 (§ 2054 Abs. 1) bestätigt: selbst im Falle eines rechtlich einheitlichen Ehegattenvermögens werde eine Zuwendung, soweit es deren Berücksichtigung im Pflichtteilsrecht (bei der Erbauseinandersetzung) betreffe, jedem Ehegatten getrennt je zur Hälfte zugeordnet⁶⁶.

bb) Stellungnahme

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen⁶⁷. Allerdings dürfte sich die vom BGH befürwortete „Trennungslösung“ den Vorschriften der §§ 2331 Abs. 1, 2054 Abs. 1 allein nicht zwingend entnehmen lassen. Die Gesetzesregelung trägt lediglich dem Umstand Rechnung, daß der gesetzlich jedenfalls zu berücksichtigende Erbgang i.S.d. Trennungslösung notwendig Klarheit über die Person des zuwendenden Ehegatten verlangt; die Frage, ob gleiches auch für den Sonderfall der Erbfolge gem. den §§ 2269 Abs. 1, 2280 gilt, ist damit aber nicht zwingend beantwortet. Daß der Gesetzgeber den Besonderheiten eines Erbgangs i.S.d. „Einheitslösung“ mitunter auch durchaus Rechnung zu tragen bereit ist, zeigt zudem etwa die Regelung des § 15 Abs. 3 ErbschStG⁶⁸.

Dessen ungeachtet verdient die Entscheidung des BGH aber jedenfalls deshalb Zustimmung, weil ein je nach Sachlage des Einzelfalls schwankendes Verständnis des „Erblasserbegriffs“ die notwendige Klarheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Pflichtteilsregelung verloren gehen ließe⁶⁹. So wird zu Recht darauf hingewiesen, daß je nach Sachlage auch die Ausdehnung des Erblasserbegriffs unbillige Ergebnisse bei der Berücksichtigung von Zuwendungsempfängern nicht ausschließt⁷⁰. Die Beantwortung der Frage, ob die Erbfälle nach

53 BGHZ 88, 102, 105 = DNotZ 1984, 497, 498.

54 RG WarnRspr. 1938, Nr. 22, S. 51, 52; OLG Kiel SchIHA 1935, 224; KG OLGZ 1974, 257, 259 f. = DNotZ 1975, 616 (LS).

55 Zustimmung etwa MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 6; § 2052, Rd.-Nr. 2; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2052, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2052, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2052, Rd.-Nr. 1; Soergel/Wolf, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 9; Weirich, Erben und Vererben, 3. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 154; a.A. etwa Hassenpflug/Haegele; Testamente und Schenkungen, 2. Aufl. 1973, Rd.-Nr. 93.

56 Eine ausdrückliche Begründung der jeweiligen Auffassung wird auch insoweit vermißt; vgl. dazu die Nachweise in Fn. 55.

57 BGHZ 88, 102, 108 f. = DNotZ 1984, 497, 500 f.

58 KG OLGZ 1974, 257 = DNotZ 1975, 616 (LS).

59 KG OLGZ 1974, 257, 260 f.

60 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2327, Rd.-Nr. 5; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2327, Rd.-Nr. 1.

61 BGHZ 88, 102, 107 = DNotZ 1984, 497, 499 f.; Kuchinke, Anm. zu BGH JZ

1984, 93, JZ 1984, 96.

62 Fn. 57.

63 BGHZ 88, 102, 106 ff., 109 = DNotZ 1984, 497, 499 ff., 501.

64 Im Falle „stillschweigender“ Verrechnung des Geschenks mit dem – vom bedachten Pflichtteilsberechtigten – nicht geltend gemachten und zur Zeit des zweiten Erbfalls verjährten Pflichtteilsanspruch nach dem Vorverstorbenen, BGHZ 88, 102, 108 = DNotZ 1984, 497, 500.

65 BGHZ 88, 102, 109 = DNotZ 1984, 497, 501.

66 BGHZ 88, 102, 109 = DNotZ 1984, 497, 501.

67 So auch das überwiegende Schrifttum; s. etwa MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2327, Rd.-Nr. 4; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2327, Rd.-Nr. 1; Damrau, Anm. zu BGH JR 1984, 109, JR 1984, 112 f.; Kuchinke, JZ 1984, 96.

68 Dazu aus neuerer Zeit etwa BFH FamRZ 1991, 330.

69 BGHZ 88, 102, 107 f. = DNotZ 1984, 497, 499 f.

70 BGHZ 88, 102, 107 f. = DNotZ 1984, 497, 500; im Ergebnis auch Kuchinke, JZ 1984, 96, 97.

beiden Ehegatten zu einer Einheit zusammenzufassen oder getrennt zu behandeln sind, kann aber nicht davon abhängen, ob die – mit jedem Erbfall verbundenen – Pflichtteilsrechte (auch) nach dem Vorverstorbenen nun tatsächlich geltend gemacht wurden oder nicht⁷¹.

Einer Ausdehnung des Erblasserbegriffs wird man damit aber nicht nur hinsichtlich des Pflichtteilsrechts (der Pflichtteilsberechnung) (§§ 2315, 2316) widersprechen müssen⁷², sondern auch für den Bereich der Ausgleichung im Rahmen der Erbausinandersetzung (§§ 2050, 2052). Dem Begriff des „Erblassers“ im Rahmen des § 2316 je nach Sachlage ein anderes Verständnis beizumessen als mit Blick auf die §§ 2050, 2052 scheint schon angesichts der tatbestandlichen Verknüpfung beider Regelungskomplexe wenig sinnvoll. Gleiches gilt aber vor allem auch hinsichtlich der weiteren, das tatbestandliche Verständnis der §§ 2050, 2052 betreffenden Konsequenzen, die eine Ausdehnung des „Erblasserbegriffs“ notwendig mit sich brächte. So bleibt zu beachten, daß – dem vermuteten Willen des Erblassers entsprechend – nur dessen „Abkömmlinge“ an der Ausgleichung teilnehmen, die Kinder des vor- bzw. nachverstorbenen Ehegatten aber nicht in jedem Fall auch gemeinschaftliche Abkömmlinge sind. Dem tatsächlich geäußerten bzw. vom Gesetzgeber vermuteten Willen des jeweils zuwendenden Ehegatten ließe sich für diesen Fall, soll es bei einer „einheitlichen“ Ausgleichung nach dem Letztverstorbenen verbleiben, auch mittels entsprechender „Vereinheitlichung“ des Begriffs des „Abkömmlings“ im Sinne gemeinschaftlicher Abkömmlinge nicht in jedem Falle Rechnung tragen. So wird der jeweils zuwendende Ehegatte in der Regel jedenfalls all seine (nicht gemeinschaftlichen) Kinder an einer Ausgleichung von Vorempfängern der (Stief-)Geschwister teilnehmen lassen wollen. Je nach Sachlage und erkennbarem Willen der Ehegatten wäre der Begriff des Abkömmlings nach dem (vorverstorbenen) „Erblasser“ deshalb nicht nur einmal im Gesetzessinn, ein anderes Mal unter Beschränkung auf den Kreis gemeinschaftlicher Abkömmlinge zu verstehen⁷³; vielmehr bleibt auch offen, wie das einheitlich und einmal durchzuführende, weil auf einen Erbfall, einen Erblasser und einen Nachlaß bezogene Ausgleichungsverfahren sich gestalten soll, falls im Rahmen der Ausgleichung nach dem Letztverstorbenen – einem (unterschiedlichen) Willen der jeweils zuwendenden Ehegatten entsprechend – ein Stiefkind wegen einer Zuwendung an der Ausgleichung teilnehmen und wegen einer anderen Zuwendung ausgeschlossen sein soll. Verständnis und Handhabung der gesetzlichen Ausgleichungs-/Anrechnungsregelung würde ein derer Wortlaut jeweils überschreitendes Verständnis des „Erblasserbegriffs“ damit weiter erschweren⁷⁴. Für die notarielle Praxis wird sich schon angesichts der dargelegten Rechtsprechung des BGH eine entsprechende Handhabung der gesetzlichen Regelung verbieten, soweit es die Pflichtteilsberechnung (§§ 2315, 2316) betrifft. Daneben dürfte es sich aber auch mit Blick auf die Erbteilsberechnung zumindest empfehlen, bis auf weiteres davon auszugehen, daß (auch) im Falle sich gem. § 2269 Abs. 1 (§ 2280) gestaltender Erbfolge nur der nachverstorbenen Ehegatte als „Erblasser“ im Rahmen der Ausgleichung gilt (§§ 2050, 2052).

c) Die Einbeziehung gesetzlich nicht erfaßter Zuwendungen in die Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht

Dem beurkundenden Notar, der dem – häufig auf eine Ausgleichung/Anrechnung i. S. d. „Einheitslösung“ zielenden – Willen der Beteiligten Geltung verschaffen soll, stellt sich damit die

Frage nach den Möglichkeiten anderweitiger Sicherstellung eines die Zuwendung des vorverstorbenen Ehegatten jeweils einbeziehenden Ausgleichungs- oder Anrechnungseffektes.

aa) Gestaltungsmöglichkeiten

Den Ehegatten steht auch hier zunächst die Möglichkeit offen, einen Anspruch des nicht bedachten Erben (der nicht bedachten Abkömmlinge) auf Berücksichtigung der Zuwendung in einer der Ausgleichungs- bzw. Anrechnungsregelung entsprechenden Weise (§§ 2055, 2316, 2315 Abs. 1) im Rahmen der Erbausinandersetzung/Pflichtteilsberechnung (auch) nach dem nicht zuwendenden Elternteil durch Vertrag zugunsten Dritter (§ 328) mit dem Zuwendungsempfänger zu begründen.

Die Möglichkeit einseitiger Begründung eines Anspruchs auf Berücksichtigung (auch) von Zuwendungen des vorverstorbenen Ehegatten beim Erbfall nach dem Längstlebenden steht den Ehegatten dagegen nur hinsichtlich der Ausgleichung zur Verfügung, und zwar mittels dahingehender Verfügung von Todes wegen, d. h. durch Anordnung eines entsprechenden Vorausvermächtnisses zugunsten übergangener Abkömmlinge durch den nicht (nur teilweise) zuwendenden Ehegatten⁷⁵. Den lediglich Pflichtteilsberechtigten vermag ein Vermächtnis dagegen nicht zu belasten; zur Einbeziehung lebzeitiger Zuwendungen (auch) des vorverstorbenen Ehegatten in die Anrechnungspflicht bedarf es deshalb eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichts (§§ 2346 Abs. 2, 2348) durch den Empfänger gegenüber dem nicht (nur teilweise) zuwendenden Ehegatten⁷⁶.

Sowohl bei vertraglicher Vereinbarung (§§ 328, 2346 Abs. 2, 2348) als auch bei Vermächtnisanordnung bedarf es mit Rücksicht auf die daneben bestehende Möglichkeit einer Anrechnung/Ausgleichung (auch) beim Erbfall nach dem zuwendenden Ehegatten (§§ 2315, 2050, 2052, 2316 allerdings nicht nur der Vorkehrung dagegen, daß eine Berücksichtigung der Zuwendung etwa doppelt⁷⁷ oder doch 1½fach⁷⁸ erfolgt; vorgenannter Notwendigkeit entspricht eine Begrenzung des Vermächtnisses (des zugunsten Dritter begründeten Anspruchs bzw. Pflichtteilsverzichts) auf den – durch Ausgleichung (§ 2316 Abs. 1) bzw. Anrechnung (§ 2315) – nicht „verbrauchten“ Wert der Zuwendung und – soweit nur die Ausgleichung in Rede steht – eine durch das Vorversterben des zuwendenden (des nicht zuwendenden) Ehegatten aufschiebend (auflösend) bedingte Anordnung des Vermächtnisses (Begründung des Anspruchs, § 328). Zu beachten bleibt daneben vielmehr auch, daß auch im Rahmen der Ausgleichung allein die Anordnung eines Vermächtnisses das Pflichtteilsrecht des Empfängers jedenfalls nicht zu beeinträchtigen vermag (§ 2306). Soll deshalb die Ausgleichung gem. §§ 2050, 2052, 2055 über die Pflichtteilsgrenze des Empfängers hinaus führen, kann eine entsprechende Vereinbarung (§ 328) (Vermächtnisanordnung) nur sicheren Bestand haben, sofern auch hier zugleich die Anforderungen eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichtsvertrages zwischen Empfänger und nicht zuwendendem Ehegatten erfüllt sind (§§ 2346 Abs. 2, 2348)⁷⁹.

Mit Rücksicht auf die genannten Erfordernisse bedarf es deshalb recht häufig nicht nur einer Beteiligung auch des nicht zuwendenden Ehegatten bei der Beurkundung; vielmehr sollte eine im Rahmen des beurkundeten Zuwendungsgeschäfts etwa getroffene Anordnung (beider Ehegatten), daß die Zuwendung auf den Pflichtteil des Erwerbers „nach seinen Eltern“ anzurechnen oder „nach dem Tod des Längstlebenden“ auszu-

71 MünchKommFrank, a.a.O., § 2327, Rd.-Nr. 4; Kuchinke, JZ 1984, 96, 97.

72 So aber wohl das ganz überwiegende Schrifttum, vgl. Nachweise oben, Fn. 55, 67, ferner auch Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 507a.E.

73 Entsprechendes gilt für das Tatbestandsmerkmal der „gesetzlichen Erbfolge“ bzw. der „gesetzlichen Erbteile“ im Rahmen des § 2052.

74 In diesem Zusammenhang sei beispielhaft auf die wenig consequent erscheinende, die entsprechende Auslegungproblematik im Rahmen des § 2069 betreffende Entscheidung des BayObLG FamRZ 1991, 234, 235 = DNotZ 1991, 790 (LS) hingewiesen; abweichend consequenterweise ausdrücklich etwa KGJ Bd. 51, A 101ff.

75 Insoweit gilt nichts anderes als im Fall der Einbeziehung gesetzlich nicht er-

faßter Zuwendungsempfänger; s. dazu oben I 3., mit den dortigen Nachweisen.

76 Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 568.

77 Durch Anrechnung (§ 2315) im Fall des Vorversterbens bzw. durch Ausgleichung (§§ 2050, 2052) im Fall des Nachversterbens des zuwendenden Ehegatten.

78 Durch Ausgleichung (§ 2316 Abs. 1) (auch) im Fall des Vorversterbens des zuwendenden Ehegatten.

79 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 482; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 507, 568, 615.

gleichen sei, ihrem rechtlichen Bedeutungsgehalt entsprechend auch ausdrücklich klargestellt bzw. (vorsorglich) dahin ergänzt werden, daß der Empfänger insoweit auf seine Pflichtteilsrechte gegenüber dem nicht zuwendenden Ehegatten verzichtet⁸⁰. Schließlich sollte dabei auch sichergestellt werden, daß eine künftige Berücksichtigung vor dem Hintergrund zweier Erbfälle jedenfalls nicht über den Wert der Zuwendung hinausgehend erfolgt⁸¹.

bb) Formulierungsvorschläge

Entsprechende Formulierungen könnten wie folgt lauten: „Der Empfänger hat sich den Wert der Zuwendung auf seine Pflichtteilsrechte nach beiden Elternteilen anrechnen zu lassen, insgesamt jedoch nur einmal in Höhe des Zuwendungswertes. In vorgenanntem Umfang verzichtet der Empfänger hiermit, auch mit Wirkung für seine Abkömmlinge, auf sein Pflichtteilsrecht gegenüber seinem dies annehmenden Vater/seiner dies annehmenden Mutter (dem nicht zuwendenden Elternteil).“

oder

„Der Wert der Zuwendung ist unter den Geschwistern zur Ausgleichung zu bringen, insgesamt jedoch nur einmal in Höhe des Zuwendungswertes. Sollte der Übergeber vor seiner Ehefrau/ihrer Ehemann versterben, so gilt vorstehende Anordnung als Vorausvermächtnis der Ehefrau/des Ehemanns (des nicht zuwendenden Elternteils) in dem Umfang, als eine Ausgleichung des Zuwendungswertes nach dem Übergeber nicht erfolgt ist. Für diesen Fall und in diesem Umfang verzichtet der Empfänger hiermit, auch mit Wirkung für seine Abkömmlinge, auf sein Pflichtteilsrecht gegenüber seinem dies annehmenden Vater/seiner dies annehmenden Mutter (dem nicht zuwendenden Elternteil).“

III. Erfordernis einer auf Ausgleichung/Anrechnung gerichteten Anordnung des Erblassers

Eine Ausgleichungspflicht (§§ 2050, 2316) des Empfängers begründet sich je nach Art der Zuwendung teils kraft gesetzlicher Vermutung (§ 2050 Abs. 1, 2), teils (erst) kraft Anordnung des Erblassers; letztere ist dagegen immer erforderlich zur Begründung der Anrechnungspflicht (§ 2315).

1. Ausgleichungspflicht kraft gesetzlicher Vermutung

Einer besonderen Anordnung der Ausgleichungspflicht durch den Erblasser bedarf es nicht, sofern der Empfänger die Zuwendung als „Ausstattung“ erhalten hat (§ 2050 Abs. 1) oder ihm übermäßige, d. h. das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß übersteigende „Zuschüsse“ mit der Zweckbestimmung als Einkünfte verwandt zu werden oder „Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf“ vom Erblasser zugewandt werden (§ 2050 Abs. 2). In beiden Fällen steht es dem Erblasser zwar frei, den Zuwendungsempfänger durch entsprechende, (spätestens) bei Zuwendungserfolgende Anordnung⁸² von der kraft Gesetzes unter Miterben (Abkömmlingen) eintretenden Ausgleichungspflicht gem. §§ 2050 Abs. 1, 2, 2055 zu befreien, nicht aber zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der im Rahmen der Pflichtteilsberechnung zu

berücksichtigenden Ausgleichungspflicht (§ 2316 Abs. 1, 3)⁸³.

Den Begriff der „Ausstattung“ definiert § 1624 Abs. 1 S. 1; auf den Gesetzeswortlaut und die einschlägige Kommentierung hierzu wird insoweit verwiesen. Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang lediglich, daß mit Blick auf die Ausgleichung als Ausstattungsempfänger eben nicht nur ein „Kind“ des Erblassers (§ 1624 Abs. 1 S. 1), sondern auch dessen entfernterer „Abkömmling“ (§ 2050) in Betracht kommen kann⁸⁴. Herrschender Ansicht nach wird von § 2050 Abs. 1 auch das reine, zu Lebzeiten des Erblassers nicht mehr erfüllte Ausstattungsversprechen erfaßt, welches von den Miterben nach dem Erbfall zu erfüllen ist⁸⁵.

Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der „Ausstattung“ bildet in jedem Fall die in § 1624 Abs. 1 S. 1 vorausgesetzte Ausstattungsabsicht des Erblassers, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Zuwendung zur Ausstattung des Empfängers objektiv auch erforderlich ist⁸⁶.

Dem weiten Ausstattungsbegriff entsprechend können Gegenstand einer Ausstattung auch Grundbesitz und Rechte sein⁸⁷. Während Ausstattungen nach § 2050 Abs. 1 der Ausgleichungspflicht ohne Rücksicht darauf unterliegen, ob sie die Vermögensverhältnisse des Erblassers übersteigen oder nicht⁸⁸, sind die als Einkünfte zu verwendenden Zuschüsse wie Aufwendungen zur Berufsausbildung nach § 2050 Abs. 2 lediglich insoweit auszugleichen, als sie über das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß hinausgehen. Zu den insoweit erfaßten Aufwendungen zur Berufsausbildung gehören nicht die – schon kraft gesetzlicher Unterhaltspflicht geschuldeten – Kosten der allgemeinen Schul- bzw. Berufsausbildung⁸⁹; „Zuschüsse“ i. S. d. § 2050 Abs. 2 stellen nur wiederholt in Aussicht genommene Zuwendungen dar⁹⁰. Erfolgen Aufwendungen zur Berufsausbildung oder laufende Zuschüsse zugleich auch in Ausstattungsabsicht des Erblassers, regelt sich die Ausgleichungspflicht gleichwohl vorrangig nach § 2050 Abs. 2, tritt also nur im Umfang des „Übermaßes“ ein⁹¹.

2. Erfordernis einer Ausgleichungs-/Anrechnungsanordnung des Erblassers bei Zuwendung

„Sonstige“, von §§ 2050 Abs. 1, 2 also nicht erfaßte Zuwendungen des Erblassers an seine Abkömmlinge sind ebenso wie alle Zuwendungen an entferntere Abkömmlinge/Ersatzerben vor Wegfall des näheren Abkömmlings/Erben gem. §§ 2050 Abs. 3, 2053 nur dann auszugleichen, falls der Erblasser die Ausgleichung „bei der Zuwendung angeordnet“ hat.

Auch der Anrechnung auf den Pflichtteil des Empfängers unterliegen sämtliche Zuwendungen nur für den Fall dahingehender Anordnung des Erblassers „bei der Zuwendung“ (§ 2315 Abs. 1). Die eine Ausgleichung/Anrechnung anordnende Erklärung des Erblassers muß dem Zuwendungsempfänger vor⁹² oder spätestens anläßlich der Zuwendung zugehen; dem Empfänger soll damit ermöglicht werden, die Zuwendung angesichts der ihn treffenden Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht zurückzuweisen⁹³. Da die Anordnung keine schuldrechtliche Verpflichtung des Empfängers begründet, sondern unmittelbar die künftige Erbauseinandersetzung/Pflichtteilsberechnung gestaltet, nimmt sie einer Schenkung aber nicht etwa den Cha-

80 Daß eine Auslegung des Beteiligtenwillens in den allermeisten Fällen zum gleichen Ergebnis führen mag – vgl. Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 568 – kann den beurkundenden Notar nicht von der Aufgabe befreien, künftige Auslegungstreitigkeiten nach Möglichkeit zu verhindern.

81 Dies gilt nicht nur für den Fall der Vermächtnisanordnung, sondern gleichermaßen im Fall der vertraglichen Begründung einer Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht (§ 328).

82 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21 m.w.N.

83 § 2050 Abs. 2 beschränkt sich nach ganz h.A. nur auf eine – lediglich die Höhe der Ausgleichung betreffende – tatbestandliche Ergänzung zu Abs. 1 der Vorschrift, so daß sämtliche, von § 2050 Abs. 1, 2 erfaßten Zuwendungen der Regelung des § 2316 Abs. 3 unterliegen; s. dazu nur Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 14; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 2 je m.w.N.

84 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 488 m.w.N.

85 BGHZ 44, 91, 94ff. – NJW 1965, 2056, 2057; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 15 m.w.N.; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 489.

86 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 489 m.w.N.

87 Weimar, JR 1967, 97 unter Hinweis auf RGZ 79, 267; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 489.

88 Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 11, 13; Peter, BWNöZ 1986, 28.

89 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 15, 25; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 13; Weimar, JR 1967, 97.

90 Weimar, JR 1967, 97; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 12.

91 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 15; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 11 f.

92 Dann regelmäßig als unter der aufschiebenden Bedingung künftiger Zuwendung erklärte Anordnung; s. Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484.

93 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31; Peter, BWNöZ 1986, 28; Weimar, JR 1967, 97, 98.

rakter eines „lediglich rechtlich vorteilhaften“ Rechtsgeschäfts i.S.d. § 107⁹⁴. Die Anordnung kann auch stillschweigend erklärt werden und bedarf keiner Form, sofern eine solche nicht das Zuwendungsgeschäft selbst, dessen (formbedürftiger) Bestandteil die Anordnung insbesondere etwa gem. §§ 313 S. 1, 516 bilden kann, erfordert⁹⁵; fehlt es im Fall der Beurkundungsbedürftigkeit des Zuwendungsgeschäfts an einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, wird sich die stillschweigende (konkludente) Anordnung der Ausgleichung/Anrechnung allerdings häufig dem Gesamtzusammenhang der (beurkundeten) Erklärungen im Wege der Auslegung entnehmen lassen⁹⁶. Ist auch dies nicht der Fall, führt der Vollzug des Zuwendungsgeschäfts auch insoweit jedenfalls zur Heilung des Formmangels⁹⁷.

Im Hinblick auf das Erfordernis der Erblasseranordnung wird mitunter bezweifelt, daß sich der häufig im Rahmen sog. „Übergabeverträge“ gebrauchten Formulierung, wonach die Übertragung (des Grundbesitzes) „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ erfolge, eine Anordnung der Ausgleichung und/oder Anrechnung zweifelsfrei entnehmen lasse. Vorgenannte Formulierung, so wird geltend gemacht, solle nämlich häufig die Motivationslage der Beteiligten (lediglich) mit Blick etwa auf das Vorkaufsrecht der Gemeinde (§§ 24, 25 BauGB), auf die Berechnung künftiger Zugewinnausgleichsansprüche (§ 1374 Abs. 2) oder auf steuerrechtliche Folgen der Übertragung (§ 7 EStDV) verdeutlichen, schließlich mitunter dem Empfänger auch nur die Absicht des Erblassers verdeutlichen, die Übertragung bei künftiger Abfassung einer Verfügung von Todes wegen zu berücksichtigen⁹⁸.

Dessen ungeachtet wird aber, sofern jedenfalls eindeutige Anhaltspunkte für eine dahingehende Beschränkung des Erblasserwillens nicht vorliegen, der zitierten Formulierung in der Regel zugleich auch der Wille des Erblassers zu entnehmen sein, den pflichtteilsberechtigten Zuwendungsempfänger (Abkömmling) – bezogen auf den Erbfall – lediglich zeitlich⁹⁹, nicht aber wertmäßig zu bevorzugen¹⁰⁰. Die Anordnung der Ausgleichung i.S.d. § 2050 Abs. 3 kann eine Auslegung des mit einer Übertragung „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ verbundenen Beteiligtenwillens deshalb immerhin dann erkennen lassen, sofern der Erblasser zum Zeitpunkt des Zuwendungsgeschäfts erkennbar davon ausging, daß nach ihm der Empfänger = Abkömmling neben dessen Geschwistern in der in den §§ 2050 Abs. 1, 2052 vorausgesetzten Weise zur Erbfolge gelangen werde, eine Korrektur des Vorempfangs mittels entsprechender Verfügung von Todes wegen vom Erblasser also erkennbar nicht beabsichtigt war¹⁰¹.

Demgegenüber wird der zitierten Formulierung eine eindeutige, mit Blick (auch) auf das Pflichtteilsrecht des Empfängers getroffene Anrechnungsanordnung (§ 2315) nur dann entnommen werden können, falls der Erblasser mit Rücksicht auf seine Zuwendung eine Kürzung der dem Empfänger hinsichtlich des Nachlasses zustehenden Rechte erkennbar im Bewußtsein (immerhin der Möglichkeit)¹⁰² bloßer Pflichtteilsberechtigung des Empfängers wünschte und dies dem Empfänger auch bewußt war. Beides wird deshalb immerhin dann etwa anzunehmen sein, wenn der Erblasser den Empfänger wegen der Zuwendung im Zusammenhang mit der vorzitierten Formulierung – formgerecht – für „abgefunden“ erklärt hat; in dieser Erklärung liegt regelmäßig nicht nur die Enterbung¹⁰³ des Empfän-

gers (= gesetzlichen Erben), sondern zugleich auch die Anordnung der Anrechnung (§ 2315 Abs. 1)¹⁰⁴.

Ungeachtet dieser sich je nach Einzelfall somit durchaus bietenden Auslegungsmöglichkeiten i.S.d. Ausgleichungs-/Anrechnungsanordnung und um damit verbundene Unsicherheiten und Streitigkeiten auszuschließen, sollte ein entsprechender Wille des Erblassers aber jedenfalls im Rahmen notarieller Urkunden seine ausdrückliche Regelung finden. Neben der Formulierung, daß die Übertragung „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ erfolge, empfiehlt sich bei entsprechendem Willen des Erblassers deshalb in jedem Fall die ausdrückliche Klarstellung, daß der Wert des Übertragungsgegenstandes nach dem Erbfall unter den Geschwistern auszugleichen bzw. auf das Pflichtteil des Empfängers anzurechnen sei.

Um zur Zeit der Zuwendung etwa bestehenden Unsicherheiten bezüglich der Gestaltung der Erbfolge nach dem Erblasser, der Möglichkeit lebzeitigen Ausgleichs der Zuwendung oder der weiteren Wertentwicklung des dereinst den Nachlaß bildenden Erblasservermögens Rechnung zu tragen, kann es sich empfehlen, die Ausgleichungs-/Anrechnungsanordnung unter aufschiebender bzw. auflösender Bedingung – so etwa für den Fall und im Umfang des Unterbleibens bzw. Erfolgens künftiger (lebzeitiger) Zuwendungen an Geschwister – zu treffen¹⁰⁵. Hiervon abgesehen steht dem Erblasser schließlich die Möglichkeit zur Verfügung, sich die nachträgliche – durch Verfügung von Todes wegen erfolgende – Anordnung der Ausgleichung/Anrechnung ebenso wie die Ersetzung der angeordneten Ausgleichung/Anrechnung durch anderweitige Leistungsverpflichtungen des Empfängers (§ 315 Abs. 1, 316 Abs. 1) vorzubehalten¹⁰⁶.

3. Möglichkeiten „nachträglicher“ Begründung bzw. Aufhebung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht

a) Die Begründung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht nach erfolgter Zuwendung

Insbesondere anläßlich der Gestaltung und Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen steht der beurkundende Notar nicht selten vor der Situation, daß der Erblasser zwar die – zur Begründung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht erforderliche (§§ 2050 Abs. 3, 2053, 2315) – Anordnung (spätestens) bei Zuwendung weder getroffen noch sich die Anordnung vorbehalten hat, die Zuwendung im Rahmen seiner Nachlaßregelung aber doch in einer der Ausgleichung bzw. Anrechnung entsprechenden Weise (nachträglich) berücksichtigt sehen möchte.

In jedem Falle unproblematisch und vollständig erreichen läßt sich dies nur unter einverständlicher Mitwirkung des Zuwendungsempfängers. In Betracht kommt auch insoweit zunächst die Begründung eines auf Durchführung der Ausgleichung/Anrechnung i.S.d. §§ 2055, 2316, 2315 Abs. 1 gerichteten Anspruchs zugunsten der Geschwister/Erben durch entsprechende Vereinbarung zwischen Erblasser und Empfänger (§ 328)¹⁰⁷. Die Vereinbarung hat, soweit sie zur Anrechnung bzw. einer das Pflichtteil beeinträchtigenden Ausgleichung führt, die Erfordernisse des Pflichtteilsverzichts (§§ 2346 Abs. 2, 2348) zu erfüllen¹⁰⁸. Davon unabhängig und einfacher bietet ein – mit einer Anspruchsbegründung zugunsten der Geschwister/des Erben nicht verbundener – (gegenständlich be-

94 Weimar, JR 1967, 97, 98; RGRG/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 18; a.A. für § 2315: MünchKommFrank, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 8 m.w.N.

95 MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31; RGRG/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 18; Peter, BWNotZ 1986, 28; a.A. offenbar Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 483 bzgl. § 2315.

96 RGRG/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 18; MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31.

97 Peter, BWNotZ 1986, 28.

98 So insbesondere Weimar, JR 1967, 97, 98; im Ergebnis auch Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 16; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 565.

99 Damit einhergehend auch hinsichtlich der Nutzung des Zuwendungsgegenstandes.

100 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484.

101 Vgl. BGH NJW 1982, 43, 44; MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31.

102 Ein positiver Enterbungswille ist insoweit nicht erforderlich, s. Staudinger/

Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 46.

103 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484; MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21; a.A. Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 59 (nur Anrechnungsbestimmung). Die Formulierung sollte deshalb vermieden werden, falls nicht (auch) eine entsprechende Verfügung von Todes wegen, sondern nur die Anordnung der Anrechnung vom Erblasser gewollt ist.

104 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 59.

105 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 40; MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484, 516.

106 BGH MittBayNot 1985, 119, 120 f.; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 516; Peter, BWNotZ 1986, 28, 32; MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31.

107 MünchKommDütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31 m.w.N.; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 33; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 153.

108 Dazu bereits oben, I 3 a), b) sowie II 2 c).

schränkter) Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem Empfänger dem Erblasser die Möglichkeit, den Vorempfang mittels entsprechender Gestaltung seiner letztwilligen Verfügung¹⁰⁹ sicher zur „Ausgleichung“ bzw. „Anrechnung“ zu bringen, hierdurch möglicherweise beeinträchtigte und der geplanten Erbfolgeregelung deshalb entgegenstehende Pflichtteilsrechte des Empfängers also auszuschalten¹¹⁰. Ist der Zuwendungsempfänger zu entsprechender Mitwirkung nicht bereit, läßt sich eine nachlaßbezogene Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen kraft einseitiger nachträglicher (Ausgleichungs-)Anordnung des Erblassers lediglich mittels Verfügung von Todes wegen, d. h. durch entsprechende Erbeinsetzung (Teilungsanordnung) oder Anordnung eines entsprechenden (Voraus-) Vermächtnisses sicherstellen¹¹¹. Da die Testierfreiheit des Erblassers nur bis zur Grenze des dem Zuwendungsempfänger zustehenden Pflichtteilsrechts reicht (§§ 2303, 2306)¹¹², vermag der Erblasser hierdurch einseitig und nachträglich aber weder einen Anrechnungseffekt (§ 2315 Abs. 1) noch einen die Pflichtteilsgrenze überschreitenden Ausgleichungseffekt (§§ 2055, 2316) zu erzielen¹¹³.

b) Die Aufhebung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht

Umgekehrt mag es dem Erblasser mitunter auch darum gehen, die von ihm bei Zuwendung angeordnete (§§ 2050 Abs. 3, 2053, 2315 Abs. 1) bzw. kraft Gesetzes eingetretene (§ 2050 Abs. 1, 2) Ausgleichungs- oder Anrechnungspflicht des Zuwendungsempfängers im nachhinein aufzuheben.

aa) Aufhebung der Ausgleichungspflicht

Soweit es die – einmal begründete – Ausgleichungspflicht des Empfängers betrifft, wird deren Aufhebung allgemein nur unter Einhaltung der zur Errichtung letztwilliger Verfügungen vorgesehenen Formen für zulässig erachtet, hiervon abweichenden Rechtsgeschäften unter Lebenden mit Rücksicht auf die einmal begründete erbrechtliche Position der Ausgleichungsberechtigten (§ 2316 Abs. 1)¹¹⁴ also keine Wirkung beigemessen¹¹⁵. Erforderlich ist insoweit deshalb entweder ein – in der Form des Erbvertrages erfolgender – Verzicht der Geschwister auf den Ausgleichungsanspruch (§§ 328, 2348) oder die durch den Erblasser (einseitig) durch Verfügung von Todes wegen erfolgende Anordnung eines Vorausvermächtnisses des Inhalts, den Zuwendungsempfänger von der Ausgleichungspflicht freizustellen¹¹⁶.

Das zugunsten der ausgleichungsberechtigten Abkömmlinge einmal begründete Recht auf Erhöhung ihres Pflichtteils (§ 2316 Abs. 1, 2, 3)¹¹⁷ vermag der Erblasser auch mittels letztwilliger Verfügung aber einseitig nicht mehr zu beeinträchtigen. Tatsächlich sicherstellen läßt sich die Erfüllung des zugunsten des Zuwendungsempfängers angeordneten Vorausvermächtnisses deshalb gegebenenfalls nur durch die zusätzliche Vereinbarung eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteils-

verzichts zwischen Erblasser und übrigen Abkömmlingen (§§ 2346 Abs. 2, 2348).

bb) Aufhebung der Anrechnungspflicht

Demgegenüber kann die – ursprünglich angeordnete – Anrechnungspflicht grundsätzlich ohne weiteres durch einseitige und formlose Erklärung des Erblassers wieder aufgehoben werden¹¹⁸; eine der Position der Ausgleichungsberechtigten vergleichbare Rechtsstellung¹¹⁹ des Erben wird durch die Anordnung der Anrechnung nämlich weder begründet noch durch deren Aufhebung beeinträchtigt¹²⁰.

D.

Die Rechtsfolgen der Ausgleichung/Anrechnung

I. Rechtsnatur von Ausgleichung/Anrechnung

Die Ausgleichungs- und/oder Anrechnungspflicht des Zuwendungsempfängers begründet weder dessen nach Eintritt des Erbfalls fällige Verpflichtung zur gegenständlichen Rückgewähr der Zuwendung in den Nachlaß des Erblassers noch eine Herauszahlungspflicht des Empfängers in den Nachlaß (Realkollation); gem. §§ 2055, 2056, 2316, 2315 ist der Wert der Zuwendung vielmehr als (bloßer) Rechnungsposten im Rahmen der Erbauseinandersetzung (§§ 2055, 2056), (hypothetischen) Erbteilsberechnung (§ 2316) oder Pflichtteilsberechnung (§ 2315) zu berücksichtigen (Idealkollation)¹²¹.

Auch die Ausgleichung begründet nur obligatorische Rechte bzw. Pflichten im Hinblick auf die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens, läßt die Miterbenstellung der Abkömmlinge und die im Verhältnis ihrer Erbteile hiermit verbundenen Rechte und Pflichten im Innen- wie im Außenverhältnis bis zur Erbauseinandersetzung also grundsätzlich unberührt¹²². Letzteres gilt selbst dann, falls einem Miterben infolge ausgleichungspflichtiger Zuwendungen ein Auseinandersetzungsguthaben rechnerisch nicht mehr zusteht¹²³.

II. Die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens/Pflichtteils

1. Die Durchführung der Ausgleichung (§§ 2055, 2056, 2316 BGB)

a) Im Rahmen der Erbauseinandersetzung

Da an der Ausgleichung nicht notwendig sämtliche Miterben teilhaben¹²⁴, bildet den Ausgangspunkt des Berechnungsverfahrens die Feststellung des der Ausgleichung überhaupt unterliegenden Nachlaßwertes. Sind neben den an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen noch andere Erben vorhanden, ist auf der Basis einer Bewertung des tatsächlich vorhandenen Gesamt(netto)nachlasses der auf die nicht beteiligten

109 Ist der Erblasser in seiner Testierfähigkeit nicht mehr frei (§§ 2271 Abs. 2, 2289 Abs. 1, 2290 Abs. 1 S. 2), bedarf es daneben eines Zuwendungsverzichts durch den Empfänger (§ 2352).

110 Dies setzt allerdings voraus, daß der Nachlaßumfang zu einer entsprechenden Kompensation auch ausreicht; ist dies nicht der Fall, bleibt nur die (weitergehende) Vereinbarung von Herauszahlungsansprüchen zugunsten der Geschwister/des Erben (§ 328).

111 BGH NJW 1982, 575, 577; Weimar, JR 1967, 97, 98; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 516; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 33; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31; Peter, BWNotZ 1986, 28, 33; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 19; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Bearb. 1990, § 120 IV 4; Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl., Rz. 363.

112 Vom Sonderfall der gerechtfertigten Pflichtteilsentziehung abgesehen, §§ 2333ff.

113 BGH NJW 1982, 575, 577; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 31; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 19; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 33; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 516; Kipp/Coing, a.a.O., § 11 I.

114 Peter, BWNotZ 1986, 28, 33.

115 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21, 32, je m.w.N.; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 13–15; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 34; Peter, BWNotZ 1986, 28, 33.

116 Peter, BWNotZ 1986, 28, 33; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21, 32; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 34 m.w.N.; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 13, 15.

117 Vgl. §§ 2316 Abs. 3, 2050 Abs. 1, 2; zu den Fällen der §§ 2316 Abs. 1, 2, 2050 Abs. 3 s. MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 8.

118 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 484; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 63.

119 S. dazu vorstehend Fn. 114 f.

120 Handelt es sich um eine zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung, so schließt die durch die Aufhebung (allein) der Anrechnung nicht berührte Vorschrift des § 2316 auch eine Pflichtteilsbeeinträchtigung des (erbenden) Abkömmlings aus; zu den sich bei der Aufhebung (auch) der Ausgleichungspflicht hieraus allerdings ergebenden Schranken s. vorstehend Fn. 114ff.

121 Zur Ausgleichung s. etwa Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 1; Ebenroth/Bacher, Geldwertänderungen bei Vorempfängen, BB 1990, 2053, 2053 f.; BGHZ 96, 174, 179 = DNotZ 1986, 539, 540; zur Anrechnung s. etwa Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 1ff.

122 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 6; § 2050, Rd.-Nr. 17; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 8; Brox, a.a.O., Rd.-Nr. 513, der allerdings auf die Möglichkeit einer sich aus Treu und Glauben ergebenden Beschränkung hinweist, sofern eine wirtschaftliche Nachlaßbeteiligung nicht mehr besteht (§ 2056).

123 RGRK/Kregel, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 8.

124 Dazu oben, C 11.

Miterben – etwa den Erblasser-Ehegatten – gem. ihrer Erbquote entfallende Anteil am Nachlaßwert in Abzug zu bringen; allein der verbleibende „Sondernachlaß“ nimmt dann gegenständig an der Ausgleichung teil (§ 2055 Abs. 1 S. 2)¹²⁵

Dem so ermittelten „Sondernachlaß“ ist gem. § 2055 Abs. 1 S. 3 anschließend der Wert sämtlicher ausgleichungspflichtiger Zuwendungen hinzuzurechnen, was zur Bildung eines rechnerisch überhöhten (fiktiven) „Ausgleichungsnachlasses“¹²⁶ führt¹²⁷. Die auf der Basis dieses „Ausgleichungsnachlasses“ jeweils zu bildenden (rechnerischen) Erbteile der an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlinge sind gem. § 2055 Abs. 1 S. 1 schließlich auf Seiten der Ausgleichungspflichtigen um den Wert der von ihnen erhaltenen Zuwendungen zu kürzen. Die Ausgleichung führt damit regelmäßig zu – von den Erbquoten der an der Ausgleichung Beteiligten abweichenden, weil deren „wertmäßige“ Beteiligung am Nachlaß widerspiegelnden – „Teilungsquoten“¹²⁸.

Führt die Berechnung zu einem negativen Auseinandersetzungsguthaben des Ausgleichungsverpflichteten, so ist dieser gem. § 2056 S. 1 nicht zur Herauszahlung der Wertdifferenz verpflichtet; in diesem Fall bleiben sein Erbteil und die von ihm erhaltene Zuwendung im Rahmen der Erbauseinandersetzung vielmehr völlig außer Ansatz (§ 2056).

Mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Vorschrift – den Bedachten nicht mit einer unter Umständen erst Jahrzehnte nach erfolgter Zuwendung fällig werdenden Zahlungsverpflichtung zu konfrontieren¹²⁹ – wird eine Herauszahlungspflicht des Abkömmlings auf der Grundlage einschränkender Auslegung der Vorschrift allerdings für den Fall mitunter befürwortet, daß der Abkömmling mit einer auf den Todesfall des Erblassers hinausgeschobenen Zuwendung bedacht wurde¹³⁰.

b) im Rahmen der Pflichtteilsberechnung

Vorstehende Berechnungsgrundsätze gelten entsprechend, soweit die Durchführung der Ausgleichung zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung erfolgt (§ 2316 Abs. 1).

Hierbei ist zu beachten, daß die Pflichtteilsberechnung im Verhältnis der Abkömmlinge untereinander für den (hypothetischen) Fall ihrer Ausgleichungsverpflichtung bzw. -berechtigung als gesetzlich berufene Miterben gem. § 2316 Abs. 1 nicht auf der Basis ihrer gesetzlichen Erbquoten, sondern auf der Grundlage ihrer hiernach sich bei Durchführung der Ausgleichungsberechnung ergebenden „Teilungsquoten“ zu erfolgen hat. Anhand des vorstehend beschriebenen Berechnungsverfahrens ist deshalb zunächst der rechnerische Wert des der jeweiligen „Teilungsquote“ der Abkömmlinge entsprechenden Nachlaßteils zu ermitteln; in Höhe der Hälfte des sich danach jeweils errechnenden Wertes bemessen sich dann die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge (§ 2303 Abs. 1 S. 2). Ausgleichungspflichtige Zuwendungen finden damit im Ergebnis zur Hälfte Berücksichtigung.

Ist einem zum Erben berufenen Abkömmling ein Erbteil hinterlassen, das – ohne Berücksichtigung dieser (hypothetischen) Ausgleichung – zwar die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht, nicht aber die Höhe seines sich nach § 2316 Abs. 1 errechnenden Pflichtteils, so gewährt ihm § 2316 Abs. 2 einen besonderen, von den §§ 2303, 2305 nicht erfaßten Pflichtteilsanspruch in Höhe der Wertdifferenz¹³¹. Die mitunter zwecks Ab-

grenzung zu der sich aus § 2315 ergebenden Rechtsfolge gebrauchte Formulierung, daß die Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 nur zu einer veränderten Verteilung der Pflichtteils-summe unter den pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen führe, während die Anrechnung (§ 2315) die Pflichtteilsschuld des Erben mindere¹³², sollte schließlich nicht darüber hinwegtäuschen, daß letzteres durchaus auch gem. § 2316 Abs. 1 der Fall sein kann; ist einer der Abkömmlinge zum Erben berufen, führt nämlich (auch) § 2316 Abs. 1 zu einer Veränderung der Pflichtteilsschuld¹³³, im Unterschied zu § 2315 allerdings nicht in jedem Fall zu deren Minderung¹³⁴ und allenfalls in Höhe der Hälfte des Zuwendungswertes.

2. Durchführung der Anrechnung (§ 2315 BGB)

Den Ansatzpunkt der Berechnung bildet auch bei der Anrechnung die Feststellung eines rechnerisch überhöhten (fiktiven) „Anrechnungsnachlasses“¹³⁵, wozu der Wert anrechnungspflichtiger Zuwendungen gem. § 2315 Abs. 2 S. 1 und im Unterschied zur Ausgleichung allerdings nicht (lediglich) einer vorab zu bildenden „Sondermasse“, sondern dem Wert des Gesamtnachlasses hinzuzurechnen ist. Anders als im Fall der Ausgleichung ist der Wert des Gesamtnachlasses auch nicht um die Summe aller anrechnungspflichtigen Zuwendungen zu erhöhen, sondern allein um den Wert der von demjenigen Pflichtteilsberechtigten erhaltenen, dessen Pflichtteilsberechnung in Rede steht. Haben mehrere Pflichtteilsberechtigte eine anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten, ist die Anrechnung also unter Zugrundelegung unterschiedlicher „Anrechnungsnachlässe“ mehrfach und gesondert durchzuführen¹³⁶.

In einem zweiten Schritt ist der auf der Basis dieses jeweiligen „Anrechnungsnachlasses“ zu berechnende Pflichtteilsanspruch des Zuwendungsempfängers um den Wert der von ihm erhaltenen Zuwendung zu kürzen (§ 2315 Abs. 1), was – anders als im Fall des § 2316 Abs. 1 – zu einer Minderung bis zur vollen Höhe des Zuwendungswertes führt.

Trotz Fehlens einer der Regelung des § 2056 entsprechenden Vorschrift ist der Pflichtteilsberechtigte auch im Rahmen der Anrechnung zur Herauszahlung eines etwaigen Mehrempfangs grundsätzlich zwar nicht verpflichtet¹³⁷; einer im Rahmen des § 2056 etwa befürworteten Einschränkung hinsichtlich der auf den Todesfall des Erblassers hinausgeschobenen Zuwendungen wird man allerdings auch hier entsprechende Bedeutung beimessen müssen¹³⁸.

3. Sonderfälle der Berechnung

a) Nebeneinander von ausgleichungs- und anrechnungspflichtigen Zuwendungen

Notwendige Modifikationen der vorbeschriebenen Berechnungsverfahren begründet das mögliche Nebeneinander von Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht.

Sind unterschiedliche Zuwendungen zu berücksichtigen, von denen einzelne (nur) ausgleichungs- und andere (nur) anrechnungspflichtig sind, hat eine jeweils selbständige, die dargelegten Unterschiede zwischen Ausgleichung und Anrechnung berücksichtigende Berechnung in nachbeschriebener Reihenfolge (und für jeden zugleich anrechnungspflichtigen Abkömmling gesondert) zu erfolgen¹³⁹:

125 Dazu MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 4.

126 So MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 3.

127 Vgl. BGHZ 96, 174, 179 = DNotZ 1986, 539; 540.

128 H. A. BGHZ 96, 174, 179 = DNotZ 1986, 539, 540; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 157; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 6; a.A. etwa Peter, BWNotZ 1986, 28, 30.

129 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2056, Rd.-Nr. 1.

130 So etwa Brox, a.a.O., Rd.-Nr. 761; H. P. Westermann, Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 542; a.A. etwa Meincke, Zum Verfahren der Miterbenausgleichung, AcP 178, 45, 56 f.

131 Berechnungsbeispiel etwa bei MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 19.

132 So etwa Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 493; Staudinger/Ferid/Cieslar,

a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 10.

133 Zur Anwendbarkeit des § 2316 in diesem Falle s. oben C I 1 b); vgl. auch RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 1.

134 Für den Fall der Ausgleichungspflicht des erbenden Abkömmlings zur Erhöhung.

135 Ähnlich der Bildung des „Ausgleichungsnachlasses“ nach § 2055 Abs. 1, S. 2; vgl. MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 12.

136 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 67ff.; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 493; RGRK/Johannsen, § 2315, Rd.-Nr. 12.

137 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 14; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 86.

138 S. vorstehend II 1 a).

139 Dazu Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 56 f.; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 21 mit Berechnungsbeispiel.

- Hinzurechnung des (jeweiligen) Wertes anrechnungspflichtiger Zuwendungen zum Gesamtnachlaß;
- Abzug des auf die an der Ausgleichung nicht beteiligten Erben entfallenden Nachlaßwertes;
- Hinzurechnung sämtlicher ausgleichungspflichtiger Zuwendungen;
- Berechnung des auf die Abkömmlinge entsprechend ihrer Erbquote jeweils entfallenden Nachlaßwertes;
- Abzug der jeweils ausgleichungspflichtigen Zuwendungen („Teilungsquote“);
- Bildung der Pflichtteilsquote;
- Abzug der anrechnungspflichtigen Zuwendung.

Davon zu unterscheiden ist der durch § 2316 Abs. 1, 4 geregelte Fall, daß dieselbe, von einem (nur pflichtteilsberechtigten) Abkömmling erhaltene Zuwendung sowohl ausgleichungs- als auch anrechnungspflichtig ist. Zwecks Pflichtteilsberechnung ist der Wert der Zuwendung hier gem. § 2316 Abs. 1 zunächst auszugleichen, im Rahmen der insoweit bereits beschriebenen Pflichtteilsberechnung also (bis) zur Hälfte ihres Wertes bereits zu berücksichtigen¹⁴⁰. Um für den Fall gleichzeitiger Anrechnungspflicht dieser Zuwendung eine ihren Wert übersteigende (anderthalbfache) Berücksichtigung zu verhindern¹⁴¹, ist der gem. § 2316 Abs. 1 errechnete Pflichtteil gem. §§ 2316 Abs. 4, 2315 dann im Rahmen der Anrechnung nur mehr um die Hälfte des Zuwendungswertes zu kürzen. Die gesetzliche Regelung verfolgt damit zwar das Ziel, den sowohl ausgleichungs- als auch anrechnungspflichtigen Abkömmling dem lediglich anrechnungspflichtigen im Ergebnis gleichzustellen; vom Gesetzgeber übersehen wurde dabei aber offensichtlich, daß die Kumulation von Ausgleichung und Anrechnung (des hälftigen Zuwendungswertes) keineswegs zu einem der (alleinigen) Anrechnung entsprechenden Ergebnis führt, sofern die im einzelnen bereits dargestellten Unterschiede des jeweiligen Berechnungsverfahrens zum Tragen gelangen¹⁴². Letzteres ist nicht nur dann der Fall, wenn neben an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen noch weitere Pflichtteilsberechtigte, insbesondere also der Erblasser-Ehegatte, vorhanden sind, sondern auch dann, falls mehrere Abkömmlinge eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten haben¹⁴³. Im ersten Fall ist es die (allein) ausgleichungsspezifische Bildung einer auf die Abkömmlinge beschränkten Nachlaßmasse, im letztgenannten Fall die sich aus kollektiver Ausgleichung einerseits und individueller Anrechnung andererseits ergebende Diskrepanz, die zu dem – vom Erblasser kaum in Rechnung gestellten – Ergebnis führt, daß die alleinige Anrechnung (§ 2315) eine weitergehende Kürzung des Pflichtteilsanspruchs bewirkt als das Nebeneinander von Ausgleichung und Anrechnung (§§ 2316 Abs. 1, 4, 2315)¹⁴⁴.

Um entsprechenden, sich in Konsequenz der mitunter zwar als „systemwidrig“ empfundenen¹⁴⁵ Regelung des § 2316 Abs. 4 ergebenden, nach einhelliger Auffassung allerdings in Kauf zu

nehmenden Ergebnissen¹⁴⁶ von vornherein Rechnung zu tragen, sollte deshalb die Ausgleichung der Zuwendung, falls der Erblasser deren Berücksichtigung im weitestmöglichen Umfang und unabhängig von der Erbenstellung des Abkömmlings wünscht, neben deren Anrechnung¹⁴⁷ nur einschränkend angeordnet werden¹⁴⁸. Insofern empfiehlt sich die Formulierung, daß „der Empfänger die Zuwendung (auch) zur Ausgleichung zu bringen hat, falls sich hierdurch nicht sein etwaiges Pflichtteil gegenüber bloßer Anrechnung der Zuwendung erhöht“¹⁴⁹.

b) Nebeneinander von erbrechtlicher und güterrechtlicher Anrechnung (§§ 2315/1380 Abs. 1 BGB)

Die Problematik eines Nebeneinanders divergierender Anrechnungsbestimmungen kann sich daneben auch hinsichtlich vom Ehegatten des Erblassers erhaltener Zuwendungen stellen, falls die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben.

Unter den Voraussetzungen des § 2315 Abs. 1 sind lebzeitige Zuwendungen beim Erbfall nicht nur auf das Pflichtteil des Ehegatten anzurechnen, sondern gem. § 1380 Abs. 1 auch auf dessen etwaige Zugewinnausgleichsforderung, falls eine (güterrechtliche) Durchführung des Zugewinnausgleichs erfolgt¹⁵⁰ und die Zuwendung mit der Bestimmung entsprechender Anrechnung erfolgt ist (§ 1380 Abs. 1 S. 1); auch ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers ist dabei im Zweifel anzunehmen, daß die den Wert der nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblichen Gelegenheitsgeschenke übersteigenden Zuwendungen angerechnet werden sollen (§ 1380 Abs. 1 S. 2).

Liegen (auch) die zuletzt genannten Voraussetzungen vor, steht es dem Erblasser-Ehegatten grundsätzlich frei, durch entsprechende Bestimmung anläßlich der Zuwendung eine Anrechnungspflicht (nur) hinsichtlich Pflichtteil, (nur) hinsichtlich Zugewinnausgleichsforderung oder (insgesamt einmal) hinsichtlich Pflichtteil und Ausgleichsforderung zu begründen¹⁵¹. Wünscht der Erblasser die möglichst weitgehende Anrechnung der Zuwendung im Erbfall, empfiehlt sich eine Anordnung im letztgenannten Sinn, wobei aber zweierlei zu beachten sein wird: Zum einen bedarf es mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Kreis der infolge der jeweiligen Anrechnung Begünstigten einer Klarstellung dahingehend, in welcher Reihenfolge (= in welchem Umfang) die Ausgleichung auf Pflichtteil bzw. Ausgleichsforderung zu erfolgen hat¹⁵². Im Umfang der Pflichtteilsanrechnung werden nämlich nur die Erben begünstigt, im Umfang der auf die Ausgleichsforderung erfolgenden und eine Nachlaßverbindlichkeit damit mindernden Anrechnung dagegen (auch) die Pflichtteilsberechtigten (§ 2311)¹⁵³.

Zum anderen wird insbesondere durch von Olshausen¹⁵⁴ darauf hingewiesen, daß die kumulative, d. h. auch das Pflichtteil betreffende Anrechnung infolge jeweils unterschiedlicher Zielrichtung und Ausgestaltung der gesetzlichen Berechnungsgrundlage zu dem unbilligen Ergebnis führen kann, daß dem bedachten Ehegatten im Ergebnis weniger verbleibt als die ihm zustehende Summe von Ausgleichs- und Pflichtteilsforderung für den Fall nicht erfolgter Zuwendung¹⁵⁵. Während deren jeweils anzurechnender Wert (§§ 1380 Abs. 1 S. 1, 2315 Abs. 1

140 S. oben, II 1 b).

141 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 19.

142 MünchKommFrank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 21; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 20; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 494 f.

143 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 494 f.

144 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 494 f., mit Berechnungsbeispielen; MünchKommFrank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 21.

145 So MünchKommFrank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 21.

146 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 39 VI 3, Fn. 255; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 54; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 494; MünchKommFrank, a.a.O., § 2316, Rd.-Nr. 21.

147 Mit Rücksicht auf die lediglich hälftige Berücksichtigung der Zuwendung für den Fall bloßer Pflichtteilsberechtigung des Empfängers (§§ 2316 Abs. 1, 2050) reicht die alleinige Anordnung der Ausgleichung dann nicht aus.

148 Die Notwendigkeit einer dem erwähnten Erblasserwillen zwar möglicherweise Rechnung tragenden, in jedem Fall aber mit Unsicherheiten verbundenen Auslegung der Anordnungserklärung (vgl. dazu Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 491) sollte insofern vermieden werden.

149 Nicht in jedem Fall ausreichend erscheint demgegenüber etwa die Formulierung, daß „die Zuwendung auszugleichen ist, falls der Empfänger Erbe wird

– demgegenüber zur Anrechnung zu bringen ist, falls er den Pflichtteilsanspruch geltend macht“; vorstehende Formulierung erfaßt nämlich nicht die Ausgleichung (auch) für den Fall, daß keiner der Abkömmlinge Erbe wird (§ 2316 Abs. 1), der Erblasser die Zuwendung auch für diesen Fall aber (wenigstens hälftig) im Verhältnis der Abkömmlinge untereinander und nicht im Verhältnis zum Erben (§ 2315) berücksichtigt sehen möchte.

150 Also nur im Falle güterrechtlicher Lösung i.S.d. §§ 1371 Abs. 2, 3.

151 Von Olshausen, Die Anrechnung von Zuwendungen unter Ehegatten auf Zugewinnausgleich und Pflichtteil, FamRZ 1978, 755, 758; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 17, 96.

152 Erfolgt bei doppelter Anrechnungsanordnung keine Bestimmung der Rechtsfolge, so ist primär der Pflichtteilsanspruch zu kürzen, s. Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 100; a.A. (verhältnismäßige Verteilung) RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 39.

153 Vgl. RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 28; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2311, Rd.-Nr. 6; zudem kann die Pflichtteilslast nur einzelne (Mit-)erben treffen (§§ 2330, 2321).

154 FamRZ 1978, 755 ff., 758 ff.

155 S. dazu die Berechnungsbeispiele bei v. Olshausen, FamRZ 1978, 755, 759 f.

S. 1) im Rahmen der Berechnung der (fiktiv erhöhten) Ausgleichsforderung zugunsten des bedachten Ehegatten nämlich zur Hälfte Berücksichtigung findet (§§ 1380 Abs. 2 S. 1, 1378 Abs. 1), fließt die Zuwendung in die Berechnung der (fiktiv erhöhten und zu kürzenden) Pflichtteilsforderung u. U. nur zu $\frac{1}{6}$ ihres Wertes ein (§§ 2315 Abs. 2 S. 1, 2303 Abs. 1 S. 2, 1931 Abs. 1)¹⁵⁶.

Auch für den Fall gleichzeitiger Anordnung der Anrechnung auf Zugewinnausgleichsforderung und Pflichtteil empfiehlt sich deshalb eine einschränkende Formulierung etwa dahingehend, daß „eine Anrechnung der Zuwendung nur bis zur Grenze des Wertes erfolgt, der dem Empfänger aufgrund Ausgleichsforderung zuzüglich Pflichtteil für den Fall des Unterbleibens der heutigen Zuwendung zustünde“.

III. Bewertungsfragen

1. Die Berechnung des zugrundezulegenden Nachlaßwertes

a) Maßgeblichkeit des Verkehrswerts des Nettonachlasses

In Ansatz zu bringen ist jeweils nur der Nettowert des Nachlasses¹⁵⁷, d. h. der reine, um die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2046, 2047, 1967ff.)¹⁵⁸ bzw. Erblasser- und Erbfallschulden (§ 2311)¹⁵⁹ verminderte Nachlaßbestand. Maßgebend ist hierbei der Verkehrswert der jeweiligen Nachlaßgegenstände, der mangels Vereinbarung der Beteiligten notfalls durch Sachverständige oder Schätzung (vgl. § 2311 Abs. 2 S. 1) zu bestimmen ist¹⁶⁰. Eine vom Erblasser einseitig getroffene Wertbestimmung ist demgegenüber im Rahmen der Pflichtteilsberechnung¹⁶¹ nicht maßgebend (§ 2311 Abs. 1 S. 2).

b) Maßgeblichkeit des Erbfallzeitpunktes im Rahmen der Bewertung

Während § 2311 Abs. 1 S. 1 als den im Rahmen der Anrechnung zugrundezulegenden Zeitpunkt der Nachlaßbewertung ausdrücklich die Zeit des Erbfalls bestimmt, fehlt es mit Blick auf die Ausgleichung an einer den maßgeblichen Zeitpunkt der Nachlaßbewertung ausdrücklich festlegenden Gesetzesregelung; als Stichtag zur Auswahl steht deshalb der Tag des Erbfalls neben dem der Erbauseinandersetzung (§ 2047).

Praktische Bedeutung gewinnt die Auswahl für den (Regel-) Fall einer zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung eintretenden Wertveränderung des Nachlasses. Da das Ausgleichungsverfahren zur Bildung der jeweils die wirtschaftliche Nachlaßbeteiligung zum Ausdruck bringenden und insofern von den reinen Erbquoten abweichenden „Teilungsquoten“ der Abkömmlinge führt, nehmen diese – je nach Wahl des maßgeblichen Stichtags – an etwaigen Wertveränderungen bis zur endgültigen Erbauseinandersetzung auch in unterschiedlichem Maße teil – im Umfang ihrer „Teilungsquote“ bei Maßgeblichkeit des Erbfallzeitpunktes – im Umfang ihrer Erbquote dagegen bei Zugrundelegung des Auseinandersetzungszeitpunktes¹⁶².

Die Frage wird innerhalb des Schrifttums kontrovers beantwort-

et, durch die dort wohl als vorherrschend zu bezeichnende Auffassung aber dahingehend entschieden, daß die Nachlaßbewertung im Rahmen der Ausgleichung zum Stichtag der Erbauseinandersetzung zu erfolgen habe¹⁶³. Zur Begründung wird insoweit durchweg darauf hingewiesen, daß der Charakterisierung der Ausgleichung als eines auf die wertmäßige Berücksichtigung der Zuwendung im Rahmen der Erbauseinandersetzung zielenden Berechnungsverfahrens konsequenterweise eine auf den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung abstellende Nachlaßbewertung zu entsprechen habe¹⁶⁴.

Den entgegen gesetzten, auf den Zeitpunkt des Erbfalls abstellenden Standpunkt nimmt innerhalb des Schrifttums insbesondere Meincke ein¹⁶⁵, der zur Begründung seiner Auffassung vor allem auf die Konzeption der Ausgleichung als eines auf die Neuberechnung der den Beteiligten (wirtschaftlich) zustehenden Nachlaßbeteiligung¹⁶⁶ sowie die durch die §§ 2305, 2306, 2316 Abs. 2 gesetzlich gezogenen Verbindungslinien zwischen Ausgleichung und – erbfallbezogener – Pflichtteilsermittlung hinweist¹⁶⁷. Daneben erscheint ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbfalls nach Auffassung Meinckes schließlich auch aus Praktikabilitäts- und Billigkeitserwägungen vorzugswürdig; ersteres unter dem Gesichtspunkt eines für den Fall mehrfacher Teilausinandersetzungen ermöglichten Rückgriffs auf die einmal erbfallbezogen gebildeten „Teilungsquoten“¹⁶⁸ – letzteres mit Blick auf die unbillige Konsequenz, daß der Ausgleichungspflichtige andernfalls an eintretenden Wertsteigerungen überproportional, nämlich im Umfang seiner Erbquote, teilnehme. Der Erbquotenbeteiligung entspreche aber weder der in Form des Verzichts auf sofortige Auseinandersetzung erbrachte Kapitaleinsatz noch eine in jedem Fall gleichermaßen überproportionale, weil durch § 2056 jedenfalls begrenzte Teilnahme an Wertminderungen des Nachlasses¹⁶⁹.

Der BGH hat sich der Auffassung Meinckes nunmehr ausdrücklich angeschlossen¹⁷⁰. Die Entscheidung des BGH stellt damit die Frage des gesetzlich maßgeblichen Stichtages der Nachlaßbewertung jedenfalls im Rahmen notarieller Praxis nicht nur außer Streit, sondern dürfte im Ergebnis auch Zustimmung verdienen. Abgesehen von den sich praktisch bietenden Erleichterungen einer erbfallbezogenen Bewertung¹⁷¹ und den nicht von der Hand zu weisenden Billigkeitserwägungen Meinckes dürfte hierfür vor allem der gesetzliche Regelungszusammenhang zwischen Ausgleichungsergebnis und – erbfallbezogenem – Pflichtteilsrecht sprechen; ob und in welchem Umfang ein – zur Zeit des Erbfalls begründeter (§ 2311) – Pflichtteilsanspruch¹⁷² besteht, läßt sich im Falle ausgleichungspflichtiger Zuwendungen nämlich nur unter Zugrundelegung der sich infolge Ausgleichung ergebenden Teilungsquoten ermitteln (§§ 2305, 2306 Abs. 1, 2316 Abs. 1, 2316 Abs. 2)¹⁷³. Die Heranziehung jeweils unterschiedlicher nachlaßbezogener Bewertungsstichtage scheint damit wenig sinnvoll.

Mit Blick auf die Gestaltung notarieller Urkunden scheint eine ausdrückliche Regelung der Frage vor dem Hintergrund der insoweit eindeutige Stellung beziehenden Rechtsprechung des BGH nur dann erforderlich, falls im Rahmen der Ausgleichung (vgl. § 2311 Abs. 2 S. 2) davon abweichend eine Nachlaßbe-

156 Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen werden von Johannsen in Kauf genommen (vgl. Johannsen, Erbrechtliche Auswirkungen des § 1371 Abs. 1–3 BGB, FamRZ 1961, 17, 20, RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nrn. 26ff.), in der übrigen Kommentierung zu §§ 2315 bzw. 1380 im allgemeinen aber vernachlässigt, vgl. nur Staudinger/Werner, a.a.O., § 2315, Rd.-Nrn. 97ff.; MünchKomm/Frank, a.a.O., Kommentierung zu § 2315.
157 Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 150.
158 Dazu Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2046, Rd.-Nrn. 1ff.
159 Dazu etwa Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2311, Rd.-Nrn. 62ff.
160 Zur Wertermittlung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung insbesondere Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2311, Rd.-Nrn. 5ff., zur Ausgleichung insbesondere Meincke, a.a.O., AcP 178, 45, 48ff., betreffend vorrangig die Frage des maßgeblichen Bewertungszeitpunktes.
161 Vgl. demgegenüber § 2048 betreffend die Erbauseinandersetzung.
162 Dazu insbesondere Meincke, AcP 178, 45, 48 f., mit Berechnungsbeispiel.
163 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 12; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 1; Soergel/Wolf, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 1; Peter, BWDNotZ 1986, 28, 30.

164 S. nur MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 12; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 1.
165 AcP 178, 45, 59ff.; so auch Schlüter, Erbrecht, 12. Aufl. 1986, § 40 IV 1.
166 Meincke, AcP 178, 45, 59, 60ff.; zur Bildung der damit angesprochenen „Teilungsquoten“ s. auch bereits oben, II 1 a).
167 Meincke, AcP 178, 45, 65 f.
168 Meincke, AcP 178, 45, 66.
169 Meincke, AcP 178, 45, 67 f.
170 BGHZ 96, 174, 181 = DNotZ 1986, 539, 541.
171 BGH, a.a.O., weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß, abgesehen von der andernfalls unter Umständen mehrfach erforderlichen Bewertung des Nachlasses, auch jeweils eine kaufkraftbezogene Korrektur des Zuwendungswertes zu erfolgen hätte; s. dazu nachfolgend 2 b aa).
172 BGH, a.a.O. und Meincke, AcP 178, 45, 65 weisen zu Recht darauf hin, daß gleiches für den erbfallbezogenen Erbersatzanspruch gilt (§§ 1934 b Abs. 1, 3).
173 BGH, a.a.O., Meincke, AcP 178, 45, 65.

wertung zum Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung gewollt ist; andernfalls, d. h. mangels dahingehender Vereinbarung der Beteiligten oder Anordnung des Erblassers (§ 2048) ist der Nachlaßbewertung der Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde zu legen.

2. Die Berechnung des ausgleichungs-/anrechnungs-pflichtigen Zuwendungswertes

Zur Ausgleichung bzw. Anrechnung zu bringen ist grundsätzlich der – als nomineller Geldbetrag in Ansatz zu bringende¹⁷⁴ – Verkehrswert der Zuwendung¹⁷⁵, bei Grundbesitz im Falle seiner Qualifizierung als „Landgut“ i.S.d. §§ 2049, 2312 dessen Ertragswert¹⁷⁶. Mangels wirksamer Vereinbarung der Beteiligten¹⁷⁷ ist der Wert notfalls durch Schätzung zu bestimmen¹⁷⁸.

a) Maßgeblichkeit des Nettowertes der Zuwendung

Die Frage, ob und gegebenenfalls wie weit im Zusammenhang mit der Zuwendung etwa vereinbarte Leistungsverpflichtungen des Empfängers bzw. Vorbehaltsrechte des Erblassers wertmindernd zu berücksichtigen sind, stellt sich vor allem im Hinblick auf die im Falle sogenannter „Übergabe-“ oder „Übertragungsverträge“ übliche Vertragsgestaltung. In aller Regel erfolgt hier die Übertragung wesentlicher Vermögensteile (Grundbesitz/Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen) gegen Übernahme von Renten- und/oder Pflegeverpflichtungen gegenüber dem Erblasser (und dessen Ehegatten), von persönlichen Erblasserverbindlichkeiten und/oder dinglichen Belastungen, von Herauszahlungspflichten gegenüber Geschwistern und/oder unter gleichzeitigem Vorbehalt dinglicher Nutzungsrechte für Erblasser (und dessen Ehegatten)¹⁷⁹. Derartige Vereinbarungen, die – jeweils für sich genommen – den Wert des übertragenen Grundbesitzes in der Hand des Zuwendungsempfängers jedenfalls wirtschaftlich mindern, müssen bei der Berechnung des auszugleichenden bzw. anzurechnenden Zuwendungswertes Berücksichtigung finden, da die Ausgleichungs-/Anrechnungsregelung zum wirtschaftlichen Ausgleich des Vorempfanges führen soll, nicht aber zu einer den wirtschaftlichen Wert der Zuwendung übersteigenden Belastung des Empfängers¹⁸⁰.

aa) Brauchbarkeit der Abgrenzung zwischen „gemischter Schenkung“/Schenkungen unter Auflage

Zu der Frage, ob zwecks Festsetzung des Nettowerts der Zuwendung auf die sowohl schenkungsrechtlich¹⁸¹ als auch im Rahmen der Pflichtteilsergänzung¹⁸² relevante Abgrenzung zwischen (teilunentgeltlicher) „gemischter Schenkung“ einerseits und (voll unentgeltlicher) Schenkung unter Auflage ander-

erseits¹⁸³ zurückzugreifen ist, lassen sowohl die Rechtsprechung als auch die ganz überwiegende Literatur eine eindeutige Stellungnahme vermissen¹⁸⁴. Bejahendenfalls wäre die Zuwendung im Fall „gemischter Schenkung“ (nur) in Höhe ihres unentgeltlichen Teils in Ansatz zu bringen, für den Fall der Schenkung unter Auflage dagegen voll¹⁸⁵.

Unter Zugrundelegung der – keineswegs einheitlichen – neueren Rechtsprechung zur in Rede stehenden Abgrenzungsfrage wäre etwa der Wert übertragenen Grundbesitzes demnach zwar in der Regel nicht nur um den Wert dinglich¹⁸⁶ und/oder persönlich¹⁸⁷ übernommener Belastungen, sondern auch um den Wert zu erbringender Ausgleichs- bzw. Abstandsleistungen an Geschwister bzw. Erblasser¹⁸⁸ zu kürzen, regelmäßig aber nicht um den Wert vom Empfänger zu erbringender Altenteilsleistungen (Wohnungsrecht, Pflegeleistungen, Versorgungsrente)¹⁸⁹ oder eines dem Erblasser vorbehaltenen Nießbrauchsrechts¹⁹⁰.

bb) Stellungnahme

Die Notwendigkeit derart unterschiedlicher Behandlung der den wirtschaftlichen Wert der Zuwendung jeweils mindernden Leistungen des Empfängers kann im hier interessierenden Zusammenhang schon deshalb kaum einsichtig erscheinen, weil es für Empfänger und Erblasser im wirtschaftlichen Ergebnis keinen Unterschied begründet, ob der Empfänger aufgrund gegenseitigen Vertrages aus eigenem Vermögen („gemischte Schenkung“) oder infolge – das zugewendete Vermögen selbst belastender – Auflage (§ 525) zur Leistung an den Erblasser verpflichtet ist¹⁹¹; der (schenkungsrechtlich) vollständigen Unentgeltlichkeit der Zuwendung läßt sich im Hinblick auf den wirtschaftlichen Wert, den der Empfänger mit der Zuwendung und zur Zeit der Zuwendung auf Kosten des (künftigen) Nachlasses erhält, nichts entnehmen. Auch im Falle der als Schenkung unter Auflage einzuordnenden Gestaltung der Übertragung kommen die vom Erblasser bezogenen Altenteilsleistungen/gezogenen Nutzungen vielmehr auch weiterhin dessen dereinstigem Nachlaß zugute, mindern somit den Wert der dem künftigen Nachlaß wirtschaftlich entzogenen Vermögensposition¹⁹².

Soweit die Abgrenzung demgegenüber Bedeutung für die Höhe der Pflichtteilsergänzung erhält (§ 2325), läßt sich eine Parallele zur Frage des bei Ausgleichung/Anrechnung anzusetzenden Zuwendungswertes schon von vornherein nicht ziehen, soweit der übertragene Grundbesitz gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 HS 1 mit seinem Wert zur Zeit des Erbfalls anzusetzen ist; für den Fall der – wie hier – vorzunehmenden Bewertung zur Zeit der Schenkung (Zuwendung) (§§ 2325 Abs. 2 S. 2 HS 2) geht demgegenüber auch die Rechtsprechung davon aus,

174 BGHZ 65, 75, 77 f. = DNotZ 1975, 721, 723; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 13; Kohler, Das Geld als Wertmaßstab beim Erb- und Zugewinnsausgleich, NJW 1963, 225, 227 f.

175 Vgl. BGHZ 65, 75, 78 = DNotZ 1975, 721, 723; Langenfeld, a.a.O.; Rd.-Nr. 365; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 486.

176 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 486 m.w.N. zur Berechnung des Ertragswertes; dort auch zum Sonderfall der Berechnung des Wertes einer Heimstätte.

177 Hierzu nachfolgend, III 3.

178 RGRK/Kregel, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 13.

179 Vgl. etwa Weirich, DNotZ 1986, 5ff.; Priester, DNotZ 91, 507, 522 f.

180 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 487.

181 Betreffend die Widerrufsmöglichkeit gem. § 530, vgl. etwa BGHZ 107, 156, 158 f. = DNotZ 1989, 775, 776.

182 Betreffend die Höhe der Pflichtteilsergänzung (§ 2325).

183 Zur Unterscheidung vgl. etwa BGH NJW 1982, 818, 819; BGHZ 107, 156, 159 f. = DNotZ 1989, 775, 776; MünchKomm/Kollhosser, a.a.O., § 525, Rd.-Nr. 2, 5 m.w.N.

184 Bejahend offenbar Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 487.

185 Für den Fall der Pflichtteilsergänzung (§ 2325) so Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2325, Rd.-Nr. 10, 77; anders allerdings für den Fall der Schenkung eines Landguts, Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2325, Rd.-Nr. 75.

186 Die Übernahme dinglicher Belastungen mindert von vornherein den Wert des Geschenks („reine Schenkung“) vgl. BGHZ 107, 156, 159 f. = DNotZ 1989, 775, 776; BGH MittRhNotK 1991, 285.

187 Da nicht aus dem übernommenen Zuwendungsgegenstand zu befriedigen, vgl. BGHZ 107, 156, 159 f. = DNotZ 1989, 775, 777.

188 BGH FamRZ 1982, 571, 572 f. = DNotZ 1983, 187, 189 f.: „gemischte Schenkung“ für den Fall laufender Zahlungsverpflichtungen an Erblasser und Ehe-

gatten nebst Gewährung unentgeltlicher Wohnung und Kostenübernahme für Haushaltshilfe/Pflegepersonen.

189 BGHZ 107, 156, 160 = DNotZ 1989, 775, 776 f.: Schenkung unter Auflage für den Fall des Einrückens des Empfängers in die Existenzgrundlage des Erblassers; vgl. aber auch BGHZ 65, 75, 77 = DNotZ 1975, 721, 722 f.: „gemischte Schenkung“.

190 Als lediglich die Nutzungen des übertragenen Zuwendungsgegenstandes selbst dem Erblasser vorbehaltende Belastung, vgl. BGHZ 107, 156, 160 = DNotZ 1989, 775, 777; anders demgegenüber für § 2325 ausdrücklich BGH DNotZ 1991, 902, 903 f.; BGH MittRhNotK 1992, 190, 190 f.

191 Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise liegt zwar auch der sich von der zivilrechtlichen Abgrenzung teilweise distanzierenden Entscheidung des Großen Senats des BFH vom 5. 7. 1990 zugrunde, BFH, GrS, NJW 1991, 254, 256 = MittRhNotK 1990, 261, 264; zu einer konsequenten und vollständigen Umsetzung dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat sich allerdings auch der GrS des BFH, soweit es die Beurteilung vereinbarter Versorgungsleistungen betrifft, im Rahmen seiner Entscheidung nicht durchziehen können, vgl. dazu BFH, GrS, NJW 1991, 255 = MittRhNotK 1990, 261, 263 sowie Meincke, Erbauseinandersetzung und vorweggenommene Erbfolge im Einkommensteuerrecht, NJW 1991, 198, 202.

192 So auch BGH MittRhNotK 1992, 190, 191 für den Fall des § 2325 Abs. 2 S. 2. Dies wird auch etwa im Rahmen der zur Berücksichtigungsfähigkeit sogenannter Altenteilsleistungen bei der Berechnung des Zugewinns (§ 1374 Abs. 2) ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidungen durchaus anerkannt; vgl. dazu etwa BGH NJW 1990, 1793 = BGH DNotZ 1991, 496, 497 f.; OLG Schleswig FamRZ 1991, 943, 944; BGH MittRhNotK 1991, 18, 20. Die Gründe, die die Rspr. im vorgenannten Zusammenhang bisher zu einer ungekürzten Ansetzung des Grundstückswerts im Anfangsvermögen des Zuwendungsempfängers bewogen haben, spielen im Rahmen der Ausgleichung/Anrechnung aber keine Rolle.

daß der kapitalisierte Wert etwa eines Nießbrauchsrechts in Abzug zu bringen ist¹⁹³. Gehen zwischenzeitliche Wertminderungen des Zuwendungsgegenstandes damit zu Lasten des Empfängers¹⁹⁴, scheint es zudem inkonsequent, dies einerseits mit dem Hinweis auf die Ausgleichsfunktion der dem Empfänger bis dahin gebührenden Nutzungen und Erträge des Zuwendungsgegenstandes¹⁹⁵ bzw. der vollen Eigentümerstellung des Empfängers¹⁹⁶ (§ 903) zu rechtfertigen, andererseits aber den dem Erblasser in Form von Versorgungsleistungen oder Nießbrauchsrecht vorbehaltenen und dem Eigentümer damit entzogenen Nutzungen/Erträgen des Zuwendungsgegenstandes keinerlei Bedeutung bei dessen Wertbestimmung beizumessen¹⁹⁷.

Im Rahmen der nach Sinn und Zweck der Ausgleichung/Anrechnung (rechnerisch) gebotenen und tatsächlich gerechtfertigten „Rückführung“ der Zuwendung zum Nachlaß ist der Wert aller im Zusammenhang mit der Zuwendung vereinbarten Vorbehaltsrechte des Erblassers bzw. Verbindlichkeiten und Leistungspflichten des Empfängers deshalb in jedem Fall vom Verkehrswert der Zuwendung in Abzug zu bringen, und zwar ungeachtet der Frage, ob das Zuwendungsgeschäft sich als Schenkung unter Auflage oder aber als „gemischte Schenkung“ darstellt¹⁹⁸. Übernommene Verbindlichkeiten bzw. begründete (einmalige) Zahlungsverpflichtungen sind hierbei mit ihrem Nominalbetrag in Ansatz zu bringen. Ein entsprechender Kapitalwert der dem Erblasser (lebenslang) vorbehaltenen Nutzungsrechte, von dauernden Rentenlasten des Empfängers oder von ihm übernommener Pflegeverpflichtungen läßt sich mittels Zugrundelegung eines angenommenen Jahreswertes und unter Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung des Erblassers¹⁹⁹ dagegen nur im Wege der Schätzung ermitteln²⁰⁰. Dessen ungeachtet dürfte es sich mit Rücksicht auf die Vermeidung künftigen Streits auch in den letztgenannten Fällen empfehlen, den Wert der zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendung schon bei Beurkundung des Zuwendungsgeschäfts festzulegen.

b) Maßgeblichkeit des Zuwendungszeitpunktes im Rahmen der Bewertung

Den für die Ermittlung des Zuwendungswertes maßgeblichen Stichtag bildet gem. §§ 2055 Abs. 2, 2315 Abs. 2 S. 2 jeweils der Zeitpunkt der Zuwendung. Hierunter zu verstehen ist grundsätzlich der Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs der Zuwendung – im Fall der Grundstückszuwendung also der Tag der Eintragung des Empfängers im Grundbuch²⁰¹ – nicht schon der Zeitpunkt der Begründung des Zuwendungsversprechens²⁰². Die getroffene Stichtagsregelung fügt sich konsequent in die Ge-

samtkonzeption der Ausgleichung bzw. Anrechnung i.S.d. beschriebenen Idealkollation²⁰³: mit Vollzug der Zuwendung geht diese endgültig in das Vermögen des Empfängers über, so daß dieser Vollrechtsinhaber (Eigentümer) wird und auch bleibt; spätere Veränderungen im Bestand und im Wert der Zuwendung sowie deren Nutzungen können dann aber konsequenterweise nicht etwa dem künftigen Nachlaß, sondern nur mehr dem Empfänger Vermögen zugerechnet werden²⁰⁴.

aa) Erfordernis einer Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes der Deutschen Mark

Da der Wert der Zuwendung bei Durchführung der Ausgleichung/Anrechnung mit einem nominellen Geldbetrag in Ansatz zu bringen ist, führt die Zugrundelegung des zur Zeit der Zuwendung maßgeblichen Geldwerts nur dann zu der nach den §§ 2255 Abs. 2, 2315 Abs. 2 S. 2 gebotenen Sachwertberücksichtigung, wenn bis zum Erbfall eingetretene Änderungen des Wertmessers selbst, d. h. eine Kaufkraftveränderung des Geldes in die Wertbestimmung einfließen²⁰⁵.

Demgegenüber wird zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, daß ein Festhalten am „reinen“ Nominalprinzip materiellrechtlich geboten²⁰⁶ bzw. eine Abweichung hiervon mangels anderweitiger Gesetzesregelung doch allenfalls kraft richterlicher Einzelfallentscheidung zu rechtfertigen sei²⁰⁷; dabei dürfte aber weithin verkannt werden, daß Ausgleichung und Anrechnung ihrer gesetzlichen Konzeption nach eben nicht eine – dem Nominalprinzip tatsächlich nicht verschlossene – Zahlungsverbindlichkeit begründen, sondern in Form rechnerischen Ansatzes eines Geldbetrages lediglich die Wertmesserfunktion des Geldes funktionalisieren. Das durch Sinn und Zweck der Ausgleichung/Anrechnung begründete Erfordernis zeitlicher Konstanz dieses Wertmaßstabes gewährleistet dann aber generell nicht der Nominalbetrag einer Geldsumme, sondern nur deren Kaufkraft²⁰⁸.

Der h.A. entsprechend ist deshalb ein vom Zeitpunkt der Zuwendung bis zum Erbfall²⁰⁹ eintretender Kaufkraftschwund der DM zu berücksichtigen, was rechnerisch wie folgt geschieht²¹⁰: zunächst ist der Nominalwert der Zuwendung mit der zum Jahr des Erbfalls festgestellten Preisindexzahl für die Lebenshaltung in langjähriger Übersicht²¹¹ zu multiplizieren und das sich ergebende Produkt daran anschließend durch die Preisindexzahl für das Jahr, in dem die Zuwendung erfolgte, zu dividieren. Mit dem sich als Ergebnis dieser Berechnung ergebenden Nominalbetrag ist der Wert der Zuwendung dann in Ansatz zu bringen²¹².

Vorstehendes gilt nicht nur für Sach-, sondern auch für Geldzuwendungen²¹³, die wie Sachzuwendungen nicht in den Nachlaß

193 Vgl. BGH DNotZ 1991, 902, 902 f.; BGH MittRhNotK 1992, 190, 190 f.

194 Dazu nachfolgend, 2 b aa) und bb).

195 So Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 3; Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 83.

196 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 2 m.w.N.; Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059.

197 So aber auch BFH, GrS, NJW 1991, 254 = MittRhNotK 1990, 261, der entsprechende Übertragungen infolge fehlender Wertminderung des Vermögensstamms als steuerrechtlich unentgeltlich bewertet; kritisch demgegenüber auch Meincke, a.a.O., 202.

198 Im Ergebnis so wohl auch Weirich, DNotZ 1986, 5, 6 f., dort Fn. 2.

199 Soweit Umstände des Einzelfalles nicht einen geringeren Ansatz rechtfertigen, vgl. BGHZ 65, 75, 77 = DNotZ 1975, 721, 722 f.

200 Vgl. dazu BGH DNotZ 1991, 902, 903; BGH MittRhNotK 1992, 190 f.; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 611 zur Frage der Abfindungsbemessung; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 503 zur Berechnung des Pflichtteilsergänzungsbetrages (§ 2325).

201 BGHZ 65, 75, 76 f. = DNotZ 1975, 721, 722. Der BGH läßt dabei dahinstehen, ob auf den Zeitpunkt der Auflassung jedenfalls dann abzustellen ist, falls deren grundbuchmäßigem Vollzug keinerlei Hindernisse entgegenstehen.

202 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 486; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 12 m.w.N.

203 Dazu näher oben, D.I.

204 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 2 m.w.N.; Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059. Dem entspricht regelmäßig auch der Ausschluß eines sich infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergebenden Anspruchs auf Vertragsanpassung im Falle späterer Wertveränderungen der im Wege vorweggenommener Erbfolge erfolgender Zuwendung, so BGH NJW 1991, 1345, 1346 = DNotZ 1992, 32, 34 f.

205 Ganz h.A., BGHZ 65, 75, 77 f. = DNotZ 1975, 721, 723 f.; BGHZ 96, 174, 180

= DNotZ 1986, 539, 541; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15; RGRK/Kregel, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 5; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 14; Soergel/Wolf, § 2055, Rd.-Nr. 3; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 3; Kohler, a.a.O., 225, 227; Ebenroth/Bacher, a.a.O., § 2053, 2057 ff.; Peter, NJW 1986, 28, 30 ff.

206 V. Maydell, Geldschuld und Geldwert, 1974, 312 ff.

207 Löffbecke, Anmerkung zu BGH NJW 1975, 1831, NJW 1975, 2293.

208 BGHZ 65, 75, 77 = DNotZ 1975, 721, 723; Bacher/Ebenroth, 2058 f.; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15.

209 Hält man für den Fall der Ausgleichung den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung im Hinblick auf die Nachlaßbewertung entgegen h.A. für maßgeblich (dazu oben, III 1 b) wird eine Anpassung konsequenterweise nicht nur bis zum Erbfall, sondern bis zur Erbauseinandersetzung zu erfolgen haben; vgl. MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15.

210 Entsprechend den zur Berücksichtigung „unechten“ Zugewinns entwickelten Grundsätzen, vgl. BGHZ 61, 385 = DNotZ 1974, 445, 447 ff., 449; BGHZ 65, 75, 78 = DNotZ 1975, 721, 723.

211 Veröffentlicht im Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, zuletzt 1991, 608.

212 BGHZ 65, 75, 78 = DNotZ 1975, 721, 723; BGHZ 96, 174, 180 = DNotZ 1986, 539, 541; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 486 f.; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 15; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 14.

213 A. A. Philipp, Zur Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen, DB 1976, 664, nach dessen Auffassung Geldzuwendungen mit ihrem Nennwert zur Zeit der Zuwendung anzusetzen sind, weil anders als bei Sachzuwendungen hier ohnehin bereits der Gegenstand der Zuwendung der Geldentwertung unterliege; im Ergebnis so auch Werner, Werterhöhung als ausgleichspflichtiger Zugewinn und erbrechtlicher Vorempfang, DNotZ 1978, 66, 85 f.; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 8.

zurückzugewähren, sondern wertmäßig zu verrechnen sind; hier wie dort steht deshalb der auf den Zeitpunkt der Zuwendung bezogene Wert des in Ansatz zu bringenden Geldbetrages im Vordergrund, auch im Falle der Zuwendung eines Geldbetrages selbst also dessen sich verändernde und deshalb entsprechend anzupassende Kaufkraft²¹⁴.

bb) Die Unbeachtlichkeit marktbedingter (echter) Wertsteigerungen

(1) Die Auffassung Werners

Gegenüber der Grundkonzeption des der h.A. entsprechenden Wertermittlungsverfahrens werden wesentliche Einwände von Werner erhoben²¹⁵, der sich gegen die Unterscheidung zwischen marktbedingter Wertveränderung des konkreten Zuwendungsgegenstands einerseits und der nach h.A. allein zu berücksichtigenden Kaufkraftveränderung andererseits wendet. Zum einen stelle auch der Ausdruck allgemeinen Kaufkraftschwundes der DM nicht ein zur individuellen, d. h. durch eine Änderung der marktmäßigen Angebots-/Nachfragerelation bedingten Steigerung des Geldwerts der Zuwendung wesensverschiedenes aliud dar, sondern lediglich das Ergebnis pauschalierender (durchschnittlicher) Berücksichtigung solcher Wertsteigerungen einzelner Güter²¹⁶. Zum andern bezeichne der in den §§ 2055 Abs. 2, 2315 Abs. 2 S. 2 gebrauchte Begriff des auf den Zeitpunkt der Zuwendung festzustellenden „Wertes“ der Zuwendung entgegen h.A. nicht deren Geldwert, sondern vielmehr deren Zustand, also Substanz- oder Gebrauchswert²¹⁷. Dem Sinn und Zweck der Ausgleichungs-/Anrechnungsregelung entsprechend, die an der Ausgleichung/Anrechnung Beteiligten wirtschaftlich so zu stellen, als habe der Abkömmling/Pflichtteilsberechtigte die Zuwendung erst beim Erbfall (der Erbauseinandersetzung)²¹⁸ erhalten, sei den vorgenannten Vorschriften nämlich lediglich die Anordnung zu entnehmen, daß der Zuwendungsempfänger im Sinne eines Ausgleichs für den Vorteil der vorzeitig erhaltenen Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeit das Risiko einer nachträglich eintretenden Minderung des (Substanz-/Gebrauchs-)Wertes der Zuwendung zu tragen habe, sich auf solche Wertminderungen also nicht berufen könne²¹⁹. Dementsprechend sei die Zuwendung im Rahmen der Berechnung nicht etwa mit ihrem Geldwert zur Zeit der Zuwendung zu berücksichtigen, sondern mit dem – ihrem (noch) als existent fingierten Zustand zur Zeit der Zuwendung entsprechenden – Marktwert (Geldwert) zur Zeit des Erbfalls (der Erbauseinandersetzung) in Ansatz zu bringen. Letzteres entspricht einem Geldwert (Marktwert), den die Zuwendung zur Zeit des Erbfalls/der Erbauseinandersetzung haben würde, wenn sie dann noch in dem Zustand zum Nachlaß gehörte, in dem sie sich zur Zeit der Zuwendung befand²²⁰. In Konsequenz der Auffassung Werners träfen zum einen alle (marktbedingten) Wertsteigerungen und -minderungen der

Zuwendung nicht nur den Bedachten, sondern den Nachlaß insgesamt²²¹; zum anderen erübrigte sich eine Berücksichtigung des (allgemeinen) Kaufkraftschwundes schon deshalb²²², weil den allein maßgeblichen Stichtag zur Ermittlung des der Zuwendung (konkret) zukommenden Marktwertes der Zeitpunkt des Erbfalls/der Erbauseinandersetzung bildete²²³.

(2) Stellungnahme

Die Auffassung Werners dürfte mit der Gesetzeskonzeption von Ausgleichung und Anrechnung nicht mehr in Einklang zu bringen und mit der h.A. deshalb abzulehnen sein²²⁴.

Die von Werner vorgeschlagene Lösung liefe wertmäßig auf eine der Gesetzesregelung gerade nicht entsprechende Realkollation hinaus²²⁵ und würde der dem Zuwendungsempfänger nach Sinn und Zweck der Gesetzesregelung zuzuerkennenden Stellung als Vollrechtsinhaber (Eigentümer) damit nicht gerecht; eine Bewertung des als unverändert zum Nachlaß zugehörig fingierten Zuwendungsgegenstandes mutete dem Empfänger nämlich zu, sich trotz seines Volleigentums jeder Verfügung über den Zuwendungsgegenstand zu enthalten, um einer Gefahr fehlgehender Anlageentscheidungen zu entgehen²²⁶. Dem von der Gesetzesregelung i.S.d. Idealkollation demgegenüber verfolgten Sinn und Zweck wird deshalb nur ein der h.A. entsprechendes, d. h. dem Zuwendungsempfänger allein die Vor- und Nachteile der in Ausübung seiner Verfügungsbefugnis getroffenen Anlageentscheidungen zuweisendes Berechnungsverfahren gerecht²²⁷.

3. Dispositionsmöglichkeiten des Erblassers/der Beteiligten

Die bisher auf der Basis der jeweiligen Gesetzesregelung (§§ 2055 Abs. 2, 2315, 2311) behandelten Bewertungsfragen unterliegen grundsätzlich der Dispositionsfreiheit des Erblassers bzw. der an der Ausgleichung/Anrechnung Beteiligten²²⁸.

a) Wesentliche Anwendungsfälle der bestehenden Dispositionsfreiheit

Gestaltungsmöglichkeiten bestehen sowohl hinsichtlich der gesetzlich jeweils maßgeblichen Stichtage der Bewertung von Nachlaß²²⁹ und/oder Zuwendung²³⁰ als grundsätzlich auch hinsichtlich des zur Ausgleichung/Anrechnung zu bringenden Zuwendungswerts einschließlich insoweit zu berücksichtigender Veränderungen zwischen Zuwendung und Erbfall/Erbaueinandersetzung²³¹.

So steht es dem Erblasser/den Beteiligten grundsätzlich frei, als den im Rahmen der Miterbenausgleichung maßgeblichen Stichtag der Nachlaßbewertung den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung statt den des Erbfalls zu bestimmen²³², den Zeitpunkt des Erbfalls/der Erbauseinandersetzung anstelle des Zuwendungszeitpunktes als den für die Feststellung des Zu-

214 BGHZ 65, 75, 78 = DNotZ 1975, 721, 723; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15; Kohler, a.a.O., 228; Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059 f.

215 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 8 f.

216 Werner, a.a.O. DNotZ 1978, 66, 69 f., 71; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 9.

217 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 84, 87; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 8.

218 Je nachdem, welchen Zeitpunkt man im Rahmen der Ausgleichung insoweit für maßgeblich hält, vgl. oben, III 1 b).

219 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 82 f., 84; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 9.

220 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 84, 87; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 9.

221 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 87; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 11.

222 Im Falle einer Geldzuwendung soll einer Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes nach Auffassung Werners darüber hinaus schon der Umstand entgegenstehen, daß einem Geldbetrag kein vom Nennwert abweichender Wert zukomme; eine Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes komme deshalb nur bei der Umrechnung von Sachwerten in Betracht, so Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 86.

223 Werner, a.a.O., DNotZ 1978, 66, 85, 87; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 9.

224 So ausdrücklich Soergel/Wolf, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15; Kipp/Coing, § 120 VI 3; Ebenroth/Bacher, 2059; sowie im Ergebnis die oben in Fn. 205 zitierte Rspr. und Lit.

225 Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059

226 Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059.

227 Ebenroth/Bacher, a.a.O., 2059; Kohler, a.a.O., 228; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 15; Kipp/Coing, a.a.O., § 120 VI 3.

228 Zur Ausgleichung etwa MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 16 f.; Langenfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 365; zur Anrechnung etwa Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2315, Rd.-Nr. 4; Langenfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 370.

229 Bezüglich der Maßgeblichkeit des Erbfallzeitpunkts im Rahmen der Pflichtteilsberechnung (§§ 2315, 2316, 2311) allerdings nur kraft Vereinbarung zwischen Erblasser und Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten; dazu Weirich, DNotZ 1986, 5, 11; vgl. dazu aber auch § 2312.

230 OLG Hamm MDR 1966, 330.

231 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 16; Langenfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 365, 370; Peter, BWNotZ 1986, 28, 29 f.; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 156, ders., DNotZ 1986, 5, 7; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 485; Staudinger/Werner, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 12.

232 MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 16 f.; Peter, BWNotZ 1986, 28, 30 f. Entsprechend der dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze wird eine Anpassung an den künftigen Kaufkraftschwund dementsprechend bis zum Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung erfolgen.

wendungswertes maßgebenden Stichtag festzulegen²³³ oder den zur Ausgleichung/Anrechnung zu bringenden Zuwendungswert abweichend von dessen gesetzlich maßgebendem (Netto-)Verkehrswert festzusetzen²³⁴.

b) Grenzen der Dispositionsfreiheit des Erblassers

Die Grenzen der Wirksamkeit einseitiger Anordnungen des Erblassers ergeben sich auch insoweit aus den Pflichtteilsrechten der Ausgleichungs-/Anrechnungsberechtigten bzw. -verpflichteten. Demgemäß ist dem Erblasser einseitig insbesondere die bindende Festsetzung eines den tatsächlichen Zuwendungswert übersteigenden Werts mit Wirkung im Rahmen der Anrechnung überhaupt nicht möglich²³⁵, auch mit Wirkung im Rahmen der Ausgleichung aber insoweit nicht, als diese das sich gem. tatsächlichem Zuwendungswert errechnende Pflichtteilsrecht des Empfängers (§ 2316 Abs. 1) beeinträchtigen würde²³⁶.

Gleiches gilt für den umgekehrten Fall einer unter Wert erfolgten Festsetzung des Erblassers, soweit hierdurch das Pflichtteilsrecht der Ausgleichungsberechtigten (§§ 2050, 2316 Abs. 1, 3)²³⁷ beeinträchtigt würde²³⁸.

Sollen entsprechende Wirkungen dennoch erzielt werden, bedarf es hierzu gegebenenfalls also eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichts seitens des Empfängers²³⁹ bzw. der ausgleichungsberechtigten Abkömmlinge²⁴⁰ (§§ 2346 Abs. 2, 2348)²⁴¹.

Hiervon abgesehen stellen sich besondere, d. h. nicht auch bei der Anordnung/dem Ausschluß²⁴² der sich in Anwendung der gesetzlichen Bewertungsregelung ergebenden Ausgleichungs- oder Anrechnungspflicht zu beachtende Anforderungen an Inhalt und Form einer Erblasserbestimmung nicht; auf die diesbezüglich bereits dargestellten Grundsätze betreffend die bei Zuwendung erfolgende Anordnung/Ausschließung einerseits und die der Zuwendung nachfolgende Anordnung/Aufhebung andererseits, die im vorliegenden Zusammenhang entsprechend gelten²⁴³, wird deshalb verwiesen²⁴⁴.

4. Wertsicherungsfragen

Insbesondere anlässlich der Beurkundung sogenannter „Übergabe-“ oder „Übertragungsverträge“ wird häufig die Anordnung bzw. Vereinbarung wertmäßig jeweils auf den Zuwendungszeitpunkt bestimmter Ausgleichungs- und/oder Anrechnungspflichten bzw. – erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig werdender – Abfindungszahlungen („Gleichstellungsgelder“) an übergangene Geschwister (Erben) in Rede stehen. Dem beurkundenden Notar wird hierbei die Aufgabe obliegen, die Beteiligten über die wirtschaftliche Notwendigkeit und die rechtlichen Möglichkeiten einer zulässigen Wertsicherung des Ausgleichungs-, Anrechnungs- oder Abfindungsbetrages aufzu-

klären. Erforderlichenfalls ist eine Wertsicherungsregelung zu treffen, die – je nach Wille der Beteiligten – der bis zum Erbfall/der Erbauseinandersetzung oder Fälligkeit des Abfindungsbetrages eintretenden Kaufkraftänderung der DM oder (konkreten) Wertveränderungen des Zuwendungsgegenstandes Rechnung trägt. Nichts anderes gilt schließlich auch im Zusammenhang mit der Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen, sofern der Erblasser mittels deren Gestaltung eine nachträgliche, also vermächtnisweise Begründung eines Ausgleichungs- und/oder Anrechnungseffekts zu erzielen wünscht²⁴⁵.

Dem beurkundenden Notar stellt sich in diesem Zusammenhang jeweils nicht nur die Aufgabe genauer Ermittlung und Formulierung des tatsächlichen Beteiligtenwillens, sondern auch die nach § 3 S. 2 WährG in Verbindung mit den hierzu veröffentlichten Grundsätzen (Richtlinien) der Deutschen Bundesbank²⁴⁶ zu beantwortende Frage währungsrechtlicher Genehmigungsfähigkeit und gegebenenfalls -fähigkeit einer dem Beteiligtenwillen entsprechenden Wertsicherungsklausel. Im einzelnen ist hierbei zu unterscheiden:

a) Wertsicherung des bei Ausgleichung/Anrechnung anzusetzenden Rechnungspostens

Im Fall der Anordnung von Ausgleichung und/oder Anrechnung stellt sich die Frage währungsrechtlicher Genehmigungsfähigkeit von Wertsicherungsklauseln auch für den Fall sogenannter „Gleitklauseln“²⁴⁷ nicht. Genehmigungsfähigkeit ist nur die vereinbarte Wertsicherung einer Geldschuld (vgl. § 3 WährG), die infolge Anordnung von Ausgleichung/Anrechnung nicht begründet wird²⁴⁸.

Geht es lediglich um die Berücksichtigung bis zum Erbfall eintretender Kaufkraftveränderungen der DM, bedarf es mit Rücksicht auf die diesbezüglich gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung²⁴⁹ auch nicht unbedingt der ausdrücklichen Vereinbarung einer „Gleitklausel“; die insoweit ausreichende Klarstellung könnte etwa wie folgt lauten²⁵⁰: „Die Zuwendung ist mit ihrem heutigen Wert in Höhe von ... DM zur Ausgleichung zu bringen/anzurechnen. Vorgenannter Betrag ist an eine bis zum Erbfall eintretende Kaufkraftveränderung der DM in Anwendung der derzeit geltenden Rechtsprechungsgrundsätze anzupassen.“ Soll eine Anpassung des im Rahmen der Ausgleichung anzusetzenden Betrages über den Zeitpunkt des Erbfalls hinausgehend bis zur endgültigen Erbauseinandersetzung stattfinden, sollte vorstehende Formulierung nicht nur entsprechend modifiziert²⁵¹, sondern darüber hinaus auch ausdrücklich klargestellt werden, daß insofern eine Abweichung von den bezogenen Rechtsprechungsgrundsätzen gewollt ist²⁵².

Sofern darüber hinausgehend schließlich die Berücksichtigung einer konkreten, d. h. den Zuwendungsgegenstand selbst oder

233 Dies führte zur Einbeziehung konkreter Wertsteigerungen/Wertminderungen in die Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht, wobei der Wille des Erblassers/der Beteiligten allerdings in der Regel dahin gehen dürfte, die auf Verwendungen des Empfängers beruhenden Werterhöhungen unberücksichtigt zu lassen; insofern dürfte sich die Ausgleichung/Anrechnung nur mehr auf der Grundlage eines wertfestsetzenden Sachverständigen-(Schieds-)gutachtens durchführen lassen.

234 Formulierungsvorschläge zu den beiden erstgenannten Fällen etwa bei Peter, BWNotZ 1986, 28, 30, 31, zum Teil in Anlehnung an Keim, Immobilienverträge, Diktat- und Arbeitsbuch für Notare, wobei die Problematik einer konkreten Wertberechnung zum Zeitpunkt des Erbfalls/der Auseinandersetzung (Fn. 233) allerdings ausgeklammert wird.

235 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 485.

236 Insoweit gilt das zur nachträglichen Anordnung einer über die Pflichtteilsgrenze hinausführenden Ausgleichung Ausgeführte entsprechend; vgl. oben, C III 1.

237 Insoweit gilt das zum Ausschluß der Ausgleichungspflicht Ausgeführte entsprechend; dazu oben, C III 1; vgl. auch MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 21; ders., § 2055, Rd.-Nr. 16; Weirich, DNotZ 1986, 5, 7.

238 Zum Ganzen RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8; ders., § 2055, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 16 f.; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 485; Weirich, DNotZ 1978, 5, 7.

239 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 485; Langenfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 370, der zu Recht darauf hinweist, daß die Vereinbarung eines den Verkehrswert der Zuwendung übersteigenden Anrechnungsbetrages für den Fall notarieller Beurkundung des Zuwendungsgeschäfts regelmäßig als gegenständlich

beschränkter Pflichtteilsverzicht des Empfängers auszulegen sein wird.

240 Dazu MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2055, Rd.-Nr. 16; ders., § 2050, Rd.-Nr. 21.

241 Auch unabhängig von der Notwendigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages besteht die Möglichkeit der Vereinbarung eines überhöhten bzw. zu niedrig angesetzten Ausgleichungsbetrages bei Zuwendung durch Vereinbarung zwischen Erblasser und Empfänger bzw. Ausgleichungsberechtigten zugunsten Dritter (§ 328), vgl. Peter, BWNotZ 1986, 28, 29 f.; Langenfeld, a.a.O., Rd.-Nr. 365.

242 Entsprechend hier einer zu Lasten des Empfängers/der Ausgleichungsberechtigten bzw. Erben von der Gesetzesregelung abweichenden Wertbestimmung.

243 RGRK/Kregel, a.a.O., § 2050, Rd.-Nr. 8, 14 f.; ders., § 2055, Rd.-Nr. 2.

244 Oben, C III 1. und 2. sowie C III 3.

245 Dazu oben, C III 3 a.

246 Mitteilung der Deutschen Bundesbank, Nr. 1015/78 vom 9. 6. 1978, BAnz. Nr. 109 vom 15. 6. 1978, 4; daneben veröffentlicht u. a. in DNotZ 1978, 449.

247 Zum Begriff Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 245, Rd.-Nr. 22 f.

248 Dazu oben, D I.

249 Dazu oben, D III 2 b aa).

250 Ähnlich Peter, BWNotZ 1986, 28, 31 für den Fall der Anpassung bis zur Erbauseinandersetzung.

251 So aber Peter, BWNotZ 1986, 28, 31.

252 Zudem ist auf eine entsprechende Regelung betreffend den Zeitpunkt der Nachlaßbewertung zu achten; dazu oben D III 1 b).

jedenfalls einen Kreis gleichartiger Gegenstände betreffenden Wertentwicklung²⁵³ gewollt ist²⁵⁴, stehen einer entsprechenden Wertsicherungsvereinbarung auch für den praktisch bedeutsamsten Fall der Grundstückszuwendung keinerlei währungsrechtliche Hindernisse entgegen. Ungeachtet des in Ziffer 3 e) der Bundesbankrichtlinien²⁵⁵ niedergelegten Grundsatzes kann die Höhe des zur Anrechnung/Ausgleichung zu bringenden Betrages deshalb ohne Einschränkung in Abhängigkeit von der künftigen Wertentwicklung des übertragenen Grundbesitzes bzw. der durchschnittlichen Wertentwicklung vergleichbaren Grundbesitzes angeordnet/vereinbart werden. Eine entsprechende, die künftige Wertentwicklung des übertragenen Grundbesitzes einbeziehende Formulierung könnte wie folgt lauten:

„Vorgenannter Betrag ist bezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalls (der Erbauseinandersetzung) im selben Verhältnis zu erhöhen oder zu ermäßigen, wie sich der Verkehrswert des übertragenen Objekts, der gem. den §§ 192 ff. BauGB durch den örtlich zuständigen Gutachterausschuß im Vergleichswertverfahren zu ermitteln ist, gegenüber dem heutigen Tag erhöht oder ermäßigt. Wertmindernde Belastungen des Grundbesitzes²⁵⁶ sowie zwischenzeitliche, werterhöhende Verwendungen des Empfängers bleiben dabei außer Betracht.“

Vorstehende Grundsätze gelten unabhängig von Zeitpunkt und Form der Begründung der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht, also auch für den Fall einer der Zuwendung kraft Verfügung von Todes wegen (Vermächtnis des Erblassers) oder kraft Vereinbarung zwischen Erblasser und Empfänger nachfolgenden Begründung eines Ausgleichungs-/Anrechnungsanspruchs der Geschwister/des Erben²⁵⁷.

b) Wertsicherung (einmalig) zu zahlender Abfindungsbeträge

Steht demgegenüber nicht eine Wertsicherung des im Rahmen von Ausgleichung/Anrechnung in Ansatz zu bringenden Rechnungsposten in Rede, sondern die eines vom Empfänger mit Rücksicht auf dessen Vorempfang an übertragene Geschwister/Pflichtteilsberechtigte (einmalig) zu zahlenden Geld-(Abfindungs-)Betrages, so ist hinsichtlich der währungsrechtlichen Genehmigungsbefähigung und gegebenenfalls Genehmigungsfähigkeit einer Wertsicherungsvereinbarung je nach Entstehungszeitpunkt des Zahlungsanspruchs und Ausgestaltung seiner Wertsicherung zu unterscheiden:

aa) Genehmigungsbefähigung der Wertsicherungsvereinbarung

Beruhet der Zahlungsanspruch auf einem entsprechenden (Vor-)Vermächtnis des Erblassers, gelten hinsichtlich der Möglichkeiten zulässiger Wertsicherung des vermachten Geldbetrages die bisher dargelegten Grundsätze entsprechend, sofern eine Anpassung nicht über den Zeitpunkt des Erbfalls hinausgehend erfolgen soll. Da der vermächtnisweise begründete Anspruch erst mit dem Erbfall entsteht, Wertsicherungsabreden aber nach ganz h.A. für die Zeit bis zur Entstehung keiner Genehmigung bedürfen, bestehen währungsrechtlich hinsichtlich einer bis dahin erfolgenden Anpassung keinerlei Beschränkungen²⁵⁸.

Soll eine Anpassung des vermachten Geldbetrages wegen seiner etwa weitergehend aufgeschobenen Fälligkeit dagegen

(auch) für die Zeit nach dem Erbfall erfolgen, so bedarf die Vereinbarung einer „Gleitklausel“ für diesen Zeitraum der Genehmigung der zuständigen Landeszentralbank (§ 3 S. 2 WährG)²⁵⁹.

Im Zusammenhang mit der Wertsicherung eines durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, in der Regel also bei Zuwendung vereinbarten und damit zugleich auch entstandenen Anspruchs auf Zahlung eines Abfindungs-(Gleichstellungs-)Betrages gilt letzteres in vollem Umfang, d. h. bereits ab Vereinbarung der Abfindung²⁶⁰.

bb) Genehmigungsfähigkeit der Wertsicherungsvereinbarung

In den zuletzt genannten Fällen des Genehmigungsbedarfs jedenfalls nicht genehmigungsfähig wäre den Richtlinien der Deutschen Bundesbank entsprechend insbesondere eine „Gleitklausel“, mittels derer die Höhe des Vermächtnis- bzw. Abfindungsanspruchs etwa in Abhängigkeit von der seit Erbfall bzw. seit Zuwendung eintretenden Wertentwicklung des übertragenen Grundbesitzes bestimmt werden soll²⁶¹. Eine sich hieran orientierende Anpassung läßt sich deshalb lediglich mittels – jeweils genehmigungsfreier – Anordnung bzw. Vereinbarung eines entsprechenden „Leistungsvorbehalts“²⁶² oder mittels einer den Geschwister/Pflichtteilsberechtigten einen Zahlungsanspruch jeweils in lediglich quotenmäßig bestimmter Höhe des Grundstückswertes zuweisenden Vermächtnisanordnung bzw. Abfindungsvereinbarung („Spannungsklausel“)²⁶³ erzielen²⁶⁴. Im Umfang ihrer Genehmigungsbefähigkeit dürften demgegenüber auch gegenüber der Vereinbarung von „Gleitklauseln“ häufig keine Bedenken bestehen, sofern die endgültige Höhe des vermachten bzw. vereinbarten (Abfindungs-)Betrages von künftigen Veränderungen der Lebenshaltungskosten abhängig sein soll, sich also an der künftigen Entwicklung des vom Statistischen Bundesamt festgestellten Lebenshaltungskostenindex orientieren soll.

Dies gilt in jedem Fall für die vermächtnisweise Zuwendung eines Geldbetrages – für die lebzeitige Vereinbarung eines Abfindungsbetrages zwischen Erblasser und Empfänger (§ 328) allerdings nur dann, sofern die Fälligkeit der Abfindung mindestens 10 Jahre aufgeschoben oder die Zahlung erst nach dem Tod eines Beteiligten, also etwa des Erblassers, zu erfolgen hat (vgl. Ziff. 3 a bb) der Bundesbankrichtlinien²⁶⁵.

Um die letztwillige Verfügung/die Vereinbarung betreffend die Wertsicherung der Zahlung auch in möglichen Grenzfällen auf eine sichere Grundlage zu stellen, empfiehlt es sich, eine Wertsicherungsklausel der zuständigen Landeszentralbank in jedem Fall zur Überprüfung vorzulegen, auch in den genannten Fällen fehlender Genehmigungsbefähigkeit also ein entsprechendes Negativattest einzuholen²⁶⁶.

E.

Zusammenfassung/Allgemeine Gestaltungshinweise

Sowohl Ausgleichung (§§ 2050, 2052, 2055, 2316) als auch Anrechnung (§ 2315) führen zu einem erbfallbezogenen „Ausgleich“ lebzeitiger Leistungen des Erblassers an Abkömmlinge bzw. Pflichtteilsberechtigte, allerdings unter unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen und mit unterschiedlichen Rechtsfolgen. Ausgleichungspflichtige Zuwendungen des

253 In der Regel dürfte auch insoweit allerdings nur die Berücksichtigung marktbedingter Veränderungen gewollt sein, also nicht die Einbeziehung allein dem Empfänger zurechenbarer Wertminderungen und -erhöhungen.

254 Mit Rücksicht auf die Möglichkeit, als den zur Ermittlung des Zuwendungswerts maßgeblichen Stichtag von vornherein den Zeitpunkt des Erbfalls/der Erbauseinandersetzung zu bestimmen, erweist sich eine entsprechende Anpassung an sich nur dann als erforderlich, falls die Zuwendung abweichend von ihrem tatsächlich feststellbaren Verkehrswert zur Ausgleichung/Anrechnung gebracht werden soll.

255 A.a.O., Fn. 246.

256 Bei Zuwendung übernommene bzw. begründete Belastungen finden nämlich bei der Feststellung des Nettowerts der Zuwendung schon Berücksichtigung, während vom Empfänger nachfolgend begründeten Belastungen in der Regel auch ein allein ihm zufließender Vorteil, insbesondere etwa bei der Auszahlung der durch Grundpfandrechte gesicherten Darlehensmittel, ge-

genübersteht.

257 Dazu oben, C III 3 a).

258 BGH BB 1973, 1139; Dürkes, Wertsicherungsklauseln, 9. Aufl. 1982, C, Rd.-Nr. 119; D, Rd.-Nr. 257ff., 447 sowie 504, je m.w.N.; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 444.

259 Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 444; Dürkes, a.a.O., D, Rd.-Nr. 505.

260 Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 444; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 513.

261 Richtlinien der Deutschen Bundesbank, a.a.O., Ziff. 3 e).

262 Zum Begriff Dürkes, a.a.O., B, Rd.-Nr. 27ff.; Soergel/Teichmann, 11. Aufl. 1986, § 244, Rd.-Nr. 14.

263 Zum Begriff Dürkes, a.a.O., D, Rd.-Nr. 5ff.; Soergel/Teichmann, a.a.O., § 244, Rd.-Nr. 17.

264 Sostmann, MittRhNotK 1976, 479, 513.

265 A.a.O. (Fn. 246).

266 Weirich, a.a.O. Rd.-Nr. 446; Dürkes, a.a.O., D, Rd.-Nr. 511 f.

Erblässers finden Berücksichtigung bei der Erbteilsberechnung (§§ 2050–2056, 2316), während die Anrechnung von Zuwendungen zu einer unmittelbaren Kürzung des Pflichtteilsanspruchs führt (§ 2315 Abs. 1). An der Ausgleichung nehmen nur (mehrere) Abkömmlinge des Erblassers teil, die kraft gesetzlicher Erbfolge oder im Verhältnis zueinander zu entsprechenden Quoten zur Erbfolge gelangen (§§ 2050, 2052 Abs. 1) bzw. gelangen würden (§ 2316 Abs. 1). Die Anrechnungspflicht kann demgegenüber jeden (auch den einzigen) nach dem Erblasser Pflichtteilsberechtigten treffen (§§ 2303, 2309) und kommt jedem Erben zugute (§ 2315 Abs. 1).

Zur Einbeziehung nicht erfaßter Miterben in die Ausgleichungspflicht bedarf es einer entsprechenden Vereinbarung zugunsten Dritter zwischen Erblasser und Empfänger (§ 328) oder der Anordnung eines inhaltsgleichen Vorausvermächtnisses durch den Erblasser. Um störende Pflichtteilsrechte des Empfängers auszuschließen (§ 2306), empfiehlt sich in beiden Fällen die formgerechte Vereinbarung eines (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichtsvertrages zwischen Erblasser und Empfänger. Steht der Anordnung eines Vorausvermächtnisses eine bereits bindende Verfügung von Todes wegen entgegen (§§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2289 Abs. 1), bedarf es daneben eines (gegenständlich beschränkten) Zuwendungsverzichts durch den Empfänger (§ 2352).

Entsprechendes gilt, sofern hinsichtlich des Erwerbs Dritter die Ausgleichungspflicht eines Abkömmlings begründet werden soll. Die Einbeziehung in die Anrechnungspflicht eines Abkömmlings ermöglicht hier nur ein (gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzicht seitens des Abkömmlings (§§ 2346 Abs. 2, 2348), sofern die Zuwendung an den Dritten nicht im Auftrag des Abkömmlings erfolgt (§ 662).

Ausgleichungs- und/oder anrechnungspflichtig sind nur „lebzeitige Zuwendungen“ des Erblassers.

Der Begriff der „Zuwendung“ ist weit zu verstehen und erfaßt jede Hingabe von Vermögensvorteilen durch den Erblasser, die dessen künftigen Nachlaß mindert. Dies setzt nicht die Erfüllung des Schenkungstatbestandes (§ 516) voraus.

Anrechnungs- und/oder ausgleichungspflichtig sind nur Zuwendungen des „Erblassers“ (§§ 2050, 2315 Abs. 1). Die Frage, ob als „Erblasser“ i.S.d. Ausgleichungsregelung für den Fall der sich gem. §§ 2269 Abs. 1, 2280 gestaltenden Erbfolge („Berliner Testament“) im Verhältnis zu den „Schlußerben“ auch der vorverstorbene Ehegatte zu gelten hat, scheint durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung bisher nicht hinreichend geklärt, ist mit Blick auf die Anrechnungsregelung des § 2315 Abs. 1 aber jedenfalls zu verneinen. Auch von einer Ausgleichungspflicht nur der vom nachverstorbenen Ehegatten = Erblasser stammenden Zuwendungen sollte im Rahmen der Kautelarpraxis aber jedenfalls bis zu einer eindeutigen Stellungnahme durch die Rechtsprechung ausgegangen werden.

Eine Einbeziehung von Zuwendungen (auch) des vorverstorbenen Ehegatten in die Ausgleichungspflicht ermöglicht die Begründung eines dahingehenden Anspruchs übergangener Abkömmlinge durch Vertrag zugunsten Dritter (§ 328) oder eine Vermächtnisanordnung des nicht (nur teilweise) zuwendenden Ehegatten; im letztgenannten Fall empfiehlt sich auch hier zusätzlich ein Pflichtteilsverzicht des Empfängers (§ 2306). Eine Einbeziehung von Zuwendungen des vorverstorbenen Ehegatten in die Anrechnungspflicht nach dem nachverstorbenen ermöglicht nur ein (gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzicht des Empfängers im Verhältnis zum nicht (nur teilweise) zuwendenden Ehegatten. (Formulierungsbeispiele oben, C II 2 c bb).

Ausgleichungspflichtig sind kraft Gesetzes nur Ausstattungen (§ 1624 Abs. 1 S. 1), „übermäßige“ Zuschüsse zur Einkunftsverwendung oder Aufwendungen zur (besonderen) Berufsbildung (§ 2050 Abs. 1, 2). Hinsichtlich dieser Zuwendungen kann der Erblasser den Empfänger zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten auch nicht von der Ausgleichungspflicht befreien (§ 2316 Abs. 3).

Alle sonstigen Zuwendungen unterliegen der Ausgleichungspflicht nur kraft entsprechender Anordnung des Erblassers (§ 2050 Abs. 3).

Eine Anrechnung von Zuwendungen findet dagegen nie kraft Gesetzes statt, sondern ausschließlich aufgrund Anordnung des Erblassers.

Die gesetzliche Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht setzt voraus, daß eine Ausgleichungs- und/oder Anrechnungsbestimmung vom Erblasser spätestens bei Zuwendung getroffen wurde. Besondere Formerfordernisse hinsichtlich der Erklärung bestehen nicht, können sich aber infolge Formbedürftigkeit des Zuwendungsgeschäfts ergeben (§§ 516, 313 S. 1). Etwaigen Unsicherheiten bezüglich der künftigen Erbfolge und/oder der Wertentwicklung des Nachlasses läßt sich mittels bedingter Anordnung oder Aufnahme eines Anordnungsvorbehalts Rechnung tragen. Nach erfolgter Zuwendung läßt sich die Anrechnungspflicht vom Erblasser einseitig nicht mehr begründen; hier hilft nur noch ein (gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzicht des Empfängers. Eine Ausgleichungspflicht kann der Erblasser zwar nachträglich noch durch Verfügung von Todes wegen (Vorausvermächtnis/Teilungsanordnung) begründen, das Pflichtteilsrecht des Empfängers hierdurch aber nicht beeinträchtigen (§ 2306); gegebenenfalls bedarf es auch insoweit deshalb eines Pflichtteilsverzichts seitens des Empfängers.

Die (begründete) Anrechnungspflicht kann nachträglich grundsätzlich formlos vom Erblasser wieder aufgehoben werden, die (begründete) Ausgleichungspflicht dagegen nur mittels Verfügung von Todes wegen. Das einmal begründete Recht der Ausgleichungsberechtigten auf Erhöhung ihres Pflichtteils (§ 2316 Abs. 1–3) kann hierdurch allein aber nicht mehr beeinträchtigt werden; gegebenenfalls bedarf es deshalb der Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts zwischen Erblasser und nicht bedachten Abkömmlingen.

Mit Rücksicht auf die bei Zuwendung häufig bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der endgültigen Gestaltung der Erbfolge und den Umfang des künftigen Nachlasses einerseits sowie die mitunter unabänderlichen Folgen einer Ausgleichungsanordnung andererseits wird sich häufig eine Beschränkung des Erblassers auf die Anrechnungsanordnung empfehlen. Dem Erblasser bleibt damit die Möglichkeit erhalten, die lebzeitige Zuwendung mittels entsprechender Gestaltung seiner Verfügung von Todes wegen in vollem Umfang, d. h. ohne Rücksicht auf möglicherweise „störende“ Pflichtteilsrechte des Empfängers wieder „auszugleichen“. Soll ein erbfallbezogener „Ausgleich“ der Zuwendung umgekehrt nicht stattfinden, wird sich mit Rücksicht auf die Pflichtteilsrechte übergangener Abkömmlinge (§§ 2050 Abs. 1, 2, 2316 Abs. 3, 2325) deren (gegenständlich beschränkter) Pflichtteilsverzicht (§§ 2346 Abs. 2, 2348) empfehlen.

Berücksichtigung findet der Wert der Zuwendung im Fall von Ausgleichung/Anrechnung jeweils ausschließlich als Rechnungsposten im Rahmen der Erbaueinandersetzung (§§ 2050–2056), (hypothetischen) Erbteilsberechnung (§ 2316) bzw. Pflichtteilsberechnung (§ 2315).

Ein sich ergebendes „Negativguthaben“ des Erben/Pflichtteilsberechtigten begründet kraft Gesetzes allein keine Herauszahlungspflicht des Empfängers (§ 2056).

An der Ausgleichung (§§ 2055, 2316) nimmt nur die auf die beteiligten Abkömmlinge entfallende Nachlaßmasse teil, an der Anrechnung (§ 2315) dagegen der Gesamtnachlaß. Die Ausgleichung erfolgt einmalig und „kollektiv“, d. h. unter Berücksichtigung sämtlicher ausgleichungspflichtiger Zuwendungen, die Anrechnung dagegen für jeden anrechnungspflichtigen Pflichtteilsberechtigten gesondert, gegebenenfalls also mehrfach.

Diese Unterschiede gelangen zum Tragen, sofern neben den an der Ausgleichung Beteiligten noch weitere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind (Ehegatte) oder mehrere Abkömmlinge eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten haben.

In diesen Fällen führt die alleinige Anrechnung der Zuwendung kraft Gesetzes zu einer weitergehenden Kürzung des Pflichtteilsanspruchs als die Kumulation von Ausgleichung und Anrechnung. Sofern bei Zuwendung eine Anordnung im letztgenannten Sinn getroffen wird, sollte ein Ausschluß derartiger Ergebnisse sichergestellt werden (Formulierungsvorschlag oben, D II 3 a).

Entsprechendes gilt im Fall der Zuwendung an den Ehegatten des Erblassers, sofern eine Anrechnung sowohl auf Pflichtteil als auch auf Zugewinnausgleichsforderung stattfinden soll (§§ 2315, 1380 Abs. 1).

Der Berechnung zugrunde zu legen ist der (Netto-)Verkehrswert des Nachlasses, wobei in Anwendung der Gesetzesregelung auch bei Ausgleichung auf den Erbfallzeitpunkt abzustellen ist. Zur Ausgleichung/Anrechnung zu bringen ist grundsätzlich der auf den Zeitpunkt der Zuwendung zu bestimmende Verkehrswert der Zuwendung. Hiervon ist der Wert im Zusammenhang mit der Zuwendung etwa vereinbarter Vorbehaltsrechte des Erblassers bzw. Leistungsverpflichtungen des Empfängers unabhängig davon in Abzug zu bringen, ob diese Vereinbarungen das Zuwendungsgeschäft als Schenkung unter Auflage oder als „gemischte Schenkung“ erscheinen lassen.

Um künftige Streitigkeiten zu vermeiden, sollte der Wert der in Ansatz zu bringenden Zuwendung betragsmäßig festgelegt werden. Ein zwischen Zuwendung und Erbfall eingetretener Kaufkraftschwund ist nach gefestigter Rechtsprechung in Anlehnung an die Grundsätze zur Berücksichtigung „unechten Zugewinns“ auszugleichen, während „echte“, insbesondere auch marktbedingte Veränderungen des Zuwendungswerts kraft Gesetzes außer Betracht bleiben.

Wie die Anrechnungs-/Ausgleichsregelung insgesamt unterliegt die Festsetzung insbesondere auch des in Ansatz zu

bringenden Zuwendungswertes der Dispositionsfreiheit der Beteiligten. Einseitige Anordnungen des Erblassers finden ihre Grenze allerdings an den gemäß tatsächlichem Zuwendungswert zu bestimmenden Pflichtteilsrechten der Ausgleichungs-/Anrechnungsverpflichteten bzw. -berechtigten. Die einseitige Festsetzung eines über dem Verkehrswert liegenden Werts ist im Rahmen der Anrechnung deshalb nicht möglich; abweichende Festsetzungen wirken im übrigen, soweit über die Pflichtteilsgrenze der insoweit Belasteten hinausgehend, nur unter der Voraussetzung eines von ihnen erklärten (gegenständig beschränkten) Pflichtteilsverzichts.

Einer besonderen Anordnung/Vereinbarung betreffend die Wertsicherung eines zur Ausgleichung bzw. Anrechnung zu bringenden Geldwertes bedarf es nur dann, falls eine Anpassung über den Erbfall hinausgehend gewollt ist oder die Höhe der Ausgleichungs-/Anrechnungspflicht sich in Abhängigkeit nicht zur Kaufkraftentwicklung der DM, sondern zu anderen Wertentwicklungen bestimmen soll (Formulierungsvorschlag oben, D III 4 a). Mangels Genehmigungsbedürftigkeit entsprechender Wertsicherungsklauseln (vgl. § 3 WährG) bestehen hier keinerlei Beschränkungen.

Entsprechendes gilt, sofern ein vom Erblasser zwecks Abfindung übergangener Abkömmlinge/Pflichtteilsberechtigter ausgesetztes Geldvermächtnis bis zum Erbfall wertgesichert werden soll. Soll eine Wertsicherung des vermachten Geldbetrages dagegen über den Erbfallzeitpunkt hinausgehend erfolgen oder wird ein Anspruch auf Abfindungszahlung kraft Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet, unterliegt die Vereinbarung von „Gleitklauseln“ den sich aus § 3 S. 2 WährG allgemein ergebenden Beschränkungen; unter den Voraussetzungen der Ziffer 3 a bb) der Bundesbankrichtlinien kommt auch insoweit aber eine genehmigungsfähige Koppelung einmalig zu leistender Zahlungen an die Entwicklung des Lebenshaltungskostenindex in Betracht.

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Unzulässige Umgehung der Wartefrist für Eigenbedarfskündigung durch Bruchteilmodell (OLG Karlsruhe, Rechtsentscheid vom 10. 7. 1992 – 9 REMiet 1/92)

**BGB §§ 564 b; 1010
WEG § 3**

Die in § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB bestimmte Wartefrist ist bei Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses unter Berufung auf ein berechtigtes Interesse i.S.d. S. 1 der Vorschrift (Eigenbedarf) des für die Wohnung ausschließlich nutzungsberechtigten Miteigentümers jedenfalls dann einzuhalten, wenn

- **dem Miteigentümer bei Erwerb des Bruchteilseigentums an dem Hausgrundstück eine bestimmte Wohnung zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen worden ist und**
- **diese Nutzungsregelung ebenso wie der dauernde Ausschluß des Aufhebungsverlangens nach § 1010 BGB im Grundbuch eingetragen sind,**
- **aufgrund des Kaufvertrages innerhalb von drei Jahren nach § 3 WEG Wohnungseigentum gebildet werden soll und**
- **bei Abschluß des Kaufvertrages die Abgeschlossenheitsbescheinigung bereits vorgelegen hat.**

Zum Sachverhalt:

Die Kl. verlangen die Räumung und Herausgabe einer Vier-Zimmer-Wohnung nebst Kelleranteil im Anwesen S-Straße in G., welche die Bekl. seit dem 15. 7. 1978 gemietet haben. Nach dem Tode des ursprünglichen

Vermieters wurde das Grundstück durch Vertrag vom 1. 6. 1989 an einen Immobilienkaufmann verkauft. Dieser beschaffte die Abgeschlossenheitsbescheinigung für die im Hause gelegenen Wohnungen. Danach bot mit Schreiben vom 8. 8. 1989 eine andere Immobilienfirma den Bekl. die von ihnen bewohnte Wohnung zum Erwerb an mit dem Hinweis, daß die Wohnungen des Anwesens „in Eigentumsmaßnahmen aufgeteilt und veräußert werden“. Statt der Bekl. haben die Kl. mit notariellem Vertrag vom 7. 12. 1989 an dem Anwesen einen Miteigentumsanteil von je $\frac{89,7}{1000}$, insgesamt also $\frac{179}{1000}$ gekauft.

In diesem Vertrag wurde vereinbart, daß die Kl. als Miteigentümer die von den Bekl. bewohnte Erdgeschoßwohnung, einen Kellerraum und einen Pkw-Abstellplatz allein nutzen sollten und das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen werde. Die Kl. verpflichteten sich weiter gegenüber dem Verkäufer und sämtlichen künftigen Miteigentümern, innerhalb von drei Jahren nach § 3 WEG Wohnungs- und Teileigentum zu begründen. Die nähere Ausgestaltung sollte durch künftige Vereinbarungen sämtlicher Miteigentümer erfolgen. Im Falle der Nichteinigung war der Verkäufer berechtigt und bevollmächtigt, die Teilungserklärung samt den Bestimmungen zur Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses mit Wirkung für und gegen alle Miteigentümer einseitig nach §§ 315ff. BGB zu treffen. Der Übergang von Besitz, Nutzung und Lasten an die Kl. erfolgte zum 1. 1. 1990.

Am 23. 3. 1990 wurden die Kl. als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig wurde die Belastung ihres Bruchteilseigentums mit der Nutzungsregelung und dem Ausschluß des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB zugunsten der anderen Miteigentümer eingetragen. Entsprechende Belastungen zugunsten anderer Erwerber waren im notariellen Vertrag vorgesehen und sind in der Folgezeit auch vorgenommen worden.

Mit Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Kl. vom 29. 11. 1990 kündigten sämtliche Miteigentümer des Anwesens die von den Bekl. bewohnte Wohnung zum 30. 11. 1991 unter Hinweis auf den Eigenbedarf der Kl., der dargelegt wurde.

Durch Urteil vom 14. 8. 1991 hat das AG das Herausgabe- und Räumungsbegehren der Kl. mit der Begründung abgewiesen, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn die rechtliche Ausgestaltung des Kauf-

vertrages zu einer Nichtanwendung der Dreijahresfrist führe. Mit ihrer Berufung verfolgen die Kl. ihr Begehren weiter.

Das LG hat dem Senat folgende Frage zum Rechtsentscheid vorgelegt: „Darf eine Gemeinschaft von Miteigentümern, die an einem Hausgrundstück jeweils Bruchteilseigentum unter Zuweisung je einer bestimmten Wohnung samt Nebenräumen zur ausschließlichen Nutzung erworben haben, ein bereits vor dem Erwerb bestehendes Mietverhältnis unter Berufung auf ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 1 BGB (Eigenbedarf) des/der für die jeweilige Wohnung nutzungsberechtigten Miteigentümers vor Ablauf der in § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB bestimmten Wartefrist kündigen, wenn von vornherein beabsichtigt ist, an den zur ausschließlichen Nutzung zugewiesenen Wohnungen binnen einer Frist von drei Jahren gem. § 3 WEG Wohnungseigentum zu bilden und dies vertraglich wirksam abgesichert und rechtlich und tatsächlich möglich ist?“

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist zulässig (§ 541 ZPO).

Die vorgelegte Rechtsfrage betrifft den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum. Sie ist bisher durch Rechtsentscheid, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden und auch von grundsätzlicher Bedeutung. Angesichts des geringen Schutzes der Beteiligten und der Schwierigkeiten bei der Finanzierung eines Kaufs durch eine BGB-Gesellschaft, wie er dem Rechtsentscheid des Senats vom 22. 5. 1990 (NJW 1990, 3278) zugrunde lag, ist mit einer diese Schwierigkeiten vermeidenden Konstruktion wie der vorliegenden in Zukunft häufiger zu rechnen (vgl. Pause, NJW 1990, 807ff.); dies um so mehr, als in Ballungsgebieten die Wartefrist auf 5 Jahre verlängert worden ist und nach dem Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 30. 6. 1992 (Mitt-RhNotK 1992, 270) die Aufteilung in Wohnungseigentum erheblich einfacher und damit häufiger sein wird. Ebenfalls ist damit zu rechnen, daß die vorliegende Rechtsfrage in Zukunft unterschiedlich beantwortet werden wird. Ein Bedürfnis für eine verbindliche obergerichtliche Entscheidung ist daher schon jetzt zu bejahen.

Es handelt sich auch um eine Rechtsfrage, da die Feststellung der Umgehung auf dem Gebiet der Rechtsanwendung liegt. Es ist zu untersuchen, ob das Gesetz auch auf den vorliegenden Fall Anwendung verlangt ohne Rücksicht auf die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts (vgl. BGH WM 1990, 222, 227). Schließlich ist die Rechtsfrage auch, wie vom LG dargelegt, entscheidungserheblich, da bei Annahme der Geltung der Dreijahresfrist hier die Kündigung unwirksam und daher die Berufung unbegründet wäre.

Daß der Senat die Vorlagefrage geringfügig ergänzt und abgeändert hat, ist nach allg. M. zulässig (vgl. hierzu Zöller/Schneider, 17. Aufl., § 541 ZPO, Rd.-Nr. 64 m.w.N.).

Der Senat beantwortet die Vorlagefrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

Nach § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB kann der Erwerber einer vermieteten Eigentumswohnung das Mietverhältnis nicht vor Ablauf von drei Jahren seit Veräußerung der Wohnung an ihn wegen Eigenbedarfs kündigen, wenn das Wohnungseigentum nach Überlassung der Wohnräume an den Mieter begründet und veräußert worden ist.

Diese Vorschrift ist durch die von den Kl. mit dem Veräußerer getroffene Vertragsregelung umgangen worden. Die Kündigung ist daher genauso unwirksam, wie sie unwirksam sein würde, wenn diese die gesetzliche Vorschrift umgehende Regelung nicht getroffen, sondern zum Zeitpunkt der Veräußerung vom Verkäufer entsprechend der vorliegenden Abgeschlossenheitsbescheinigung Wohnungseigentum nach § 8 WEG gebildet und dieses dann mit Wirkung der Eintragung vom 23. 3. 1990 auf die Kl. übertragen worden wäre.

Hier haben die Parteien des Kaufvertrages vom 7. 12. 1989 mit der gesamten Regelung in dem Vertrag eine Rechtslage herbeigeführt, die bis auf die letztendliche Begründung des Wohnungseigentums vollständig die Voraussetzungen des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB erfüllt. Zum einen war durch die bereits

vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung gesichert, daß die von den Kl. gekaufte Wohnung tatsächlich als Wohnungseigentum entstehen konnte. Weiter war durch die Regelung der Nutzung und den Ausschluß des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft sowie deren grundbuchrechtliche Absicherung und die Verpflichtung der Käufer zur Mitwirkung bei der Aufteilung in Wohnungseigentum gesichert, daß innerhalb der dreijährigen Frist (vgl. § 3 des Kaufvertrages) das Wohnungseigentum vollständig errichtet wird. Anders als bei dem vom Senat im Rechtsentscheid vom 22. 5. 1990 behandelten Fall, in dem wegen der gesamthänderischen Bindung der einzelne „Anteil“ zur Finanzierung des Erwerbs kaum eingesetzt, insbesondere nicht mit einem Grundpfandrecht belastet werden kann, ist dies im – vorliegenden – Fall des Bruchteilseigentums möglich (§ 1114 BGB). Hiervon haben die Kl. denn auch Gebrauch gemacht, wenngleich Kreditinstitute in der Regel nicht dazu neigen, Bruchteilseigentum an Grundstücken als ausreichende Sicherheit anzuerkennen (vgl. Pause, NJW 1990, 809). Unbeschadet dessen ergibt sich bei der hier gewählten Vertragsgestaltung auch dadurch eine starke Annäherung des Bruchteilseigentums an das Wohnungseigentum.

Damit aber haben die Vertragsparteien den Fall verwirklicht, dessen Eintritt nach dem Gesetzeszweck des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB (keine Schaffung von Eigenbedarf durch Aufteilung von Wohnungseigentum, vgl. Senat, a.a.O.) gerade verhindert werden sollte. Es ist von den Bekl. kein anderer Sinn der gewählten ungewöhnlichen Vertragskonstruktion vorgetragen worden als der, der sich schon aus der Festlegung der Dreijahresfrist für die Wohnungseigentumsbildung ersichtlichen Umgehung der dreijährigen Ausschußfrist für die Kündigung nach § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB.

Der Senat setzt sich mit dieser Entscheidung nicht über die durch Art. 14 und Art. 2 GG gesetzten Grenzen der Beschränkung des Eigentums hinweg. Eine Auslegung dahin, daß das Gesetz auch auf diesen Umgehungsfall Anwendung finden will, schränkt das Eigentum nicht über das im Grundgesetz vorgesehene Maß hinaus ein. Es ist Aufgabe der Gerichte, das Ausmaß der Beschränkung des Eigentums durch das Gesetz im Licht der Grundrechte zu bestimmen. Die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit in der hier einschlägigen Vorschrift ist als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums und damit als verfassungskonform anzusehen. Durch die Ausschaltung des mit der Umgehung verfolgten Zweckes wird der Rahmen der Einschränkung des Grundrechts nicht erweitert.

Der Senat konnte die Rechtsfrage nicht dem BGH zur Entscheidung vorlegen, da eine Abweichung von dem Rechtsentscheid des KG vom 26. 3. 1987 (RES § 564 b BGB Nr. 38) nicht gegeben ist. Wenn im vorliegenden Fall auch nach der Vorstellung der Parteien der letzte Akt des Vertragswerkes der Bildung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG der vom KG entschiedenen Konstellation entspricht, so ist dies doch nicht zur Entscheidung des Senats gestellt worden. Der Senat hat allein über die Frage zu befinden, ob in der hier gewählten Vertragsgestaltung eine Umgehung des Gesetzes, nämlich des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB, zu sehen ist. Dann kommt es auf die Frage, ob dieser letzte Akt des gesamten Vertragswerkes entsprechend dem Rechtsentscheid des KG für sich allein nicht zur Geltung der Kündigungssperrfrist führen könnte, nicht an.

Anders schließlich auch als im Rechtsentscheid des Senats vom 22. 5. 1990 (a.a.O.) betreffend den Kauf durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den geringeren Schutzmöglichkeiten für die Bet. entschieden, ist im vorliegenden Fall insbesondere angesichts der vorherigen Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung, der schon jetzt sachenrechtlich wirksamen Aufteilung der Nutzung und der schuldrechtlichen Sicherung der Teilungserklärung eine Umgehung anzunehmen. Hier ist die vertragliche Ausgestaltung so stark dem letztlich Gewollten angenähert, daß die Vorschrift des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB es verlangt, auch in diesem Fall angewandt zu werden.

Eine Kündigung ist bei der vorliegenden Vertragsgestaltung

unwirksam, soweit sie innerhalb von drei Jahren nach der Eintragung der Käufer im Grundbuch ausgesprochen wird.

2. Liegenschaftsrecht/Verwaltungsrecht – Anspruch des Grunddienstbarkeitsberechtigten auf Bestellung einer Baulast

(BGH, Urteil vom 3. 7. 1992 – V ZR 203/91)

BGB §§ 1018; 242

- 1. Zum Anspruch auf Bestellung einer Baulast aus dem durch eine deckungsgleiche Grunddienstbarkeit begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis.**
- 2. Der Zweck einer Grunddienstbarkeit, die Bebaubarkeit eines Grundstücks sicherzustellen, kann sich auch aus Umständen außerhalb der Urkunden ergeben, die nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.**
- 3. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung kann eine Baulastbestellung auch dann nicht zumutbar sein, wenn die für die Baugenehmigung erforderliche Erschließung des Grundstücks (hier: Wasserver- und -entsorgung) weder durch die Baulast noch auf andere Weise gesichert ist.**

Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, deren Zugang von der öffentlichen Straße (H.-Weg) durch einen privaten Weg auch über das bebaute Grundstück des Bekl. führt. Zugunsten des im Eigentum des Kl. stehenden unbebauten Grundstücks Fl.Nr. 972 ist seit 1971 unter anderem zu Lasten des Grundstücks des Bekl. Fl.Nr. 971 eine Grunddienstbarkeit des Inhalts eingetragen, die belasteten Grundstücke „zum Gehen und zum Fahren – auch mit Motorfahrzeugen – zu benutzen, um vom Grundstück Parzelle 972 zum H.-Weg gelangen zu können“.

Der Kl. beabsichtigt, sein Grundstück zum Zwecke der Bebauung zu veräußern, und hat in erster Instanz beantragt, den Bekl. zu verurteilen, gegenüber der Stadt eine öffentliche Baulast dergestalt zu bewilligen, daß die Erschließung seines Grundstücks, hilfsweise die Abwicklung des seinem Grundstück dienenden Verkehrs, gesichert sei. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. mit der dieser sein Begehren in einem im Umfang auf eine Zufahrtsmöglichkeit geänderten Antrag weiterverfolgte, hat das OLG den Bekl. verurteilt, eine Baulast mit der entsprechenden Verpflichtung zur Duldung zu übernehmen.

Hiergegen richtet sich die – zugelassene – Revision, mit der der Bekl. seinen Antrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch des Kl. auf die Übernahme einer der Grunddienstbarkeit inhaltsgleichen Baulast. Es mache keinen erheblichen und entscheidenden Unterschied aus, ob bei Bestellung der Grunddienstbarkeit die künftige Bebauung bezweckt gewesen oder ob sie nur – mittelbar – objektiv ermöglicht worden sei. Das im August 1970 bewilligte Wegerecht sei in dem Sinne unbeschränkt, daß es auch für den Fall einer Bebauung des herrschenden Grundstücks eine uneingeschränkte Ausübung gewährleiste. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn der Bekl. dem Wegerechtigten durch eine Verweigerung der öffentlich-rechtlichen Baulastübernahme die Ausübung dieser privaten Rechte praktisch verweigern könnte. Vor der Änderung der Bauordnung NW wäre dies auch nicht möglich gewesen. Unerheblich sei, daß zwischen den Grundstücken auch ein unbelasteter Streifen liege, weil dem Kl. der unmittelbare Zugang zu seinem Grundstück mit der Übernahme einer entsprechenden Baulast durch einen anderen Nachbarn gesichert sei. Die Frage der Sicherung der Wasserver- und -entsorgung des klägerischen Grundstücks sei unerheblich.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

II. 1. Nach der Rspr. des Senats (BGHZ 106, 348 = DNotZ 1989, 565, fortgeführt durch BGH WM 1990, 320 = DNotZ 1991, 250; vgl. ferner BGH WM 1991, 239, 240 f.) kann sich die Verpflichtung, die verlangte Baulasterklärung abzugeben, als Nebenpflicht aus dem durch die Grunddienstbarkeit geschaffenen gesetzlichen Schuldverhältnis ergeben. Voraussetzung hierfür ist, daß eine beiderseitige Interessenabwägung einen Vorrang des Kl. ergibt. Dabei ist darauf abzustellen, ob die Grunddienstbarkeit zu dem Zwecke bestellt wurde, das Grundstück des Kl. baulich zu nutzen, ob die Übernahme der Baulast zwingende Voraussetzung für die Bebauung des Grundstücks ist, ob eine Befreiung vom Baulastzwang in Betracht kommt, ob bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit Anlaß bestand, bereits die Übernahme einer Baulast zu erwägen, und schließlich, ob Inhalt und Umfang der geforderten Baulast der Dienstbarkeit entsprechen.

2. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß sich die Verpflichtung, die verlangte Baulasterklärung abzugeben, aus den Umständen der Bestellung der Grunddienstbarkeit ergeben kann.

Das Berufungsgericht ist jedoch der Meinung, es mache keinen erheblichen und entscheidenden Unterschied aus, ob bei Bestellung der Grunddienstbarkeit die künftige Bebauung bezweckt war oder ob sie nur – mittelbar – objektiv ermöglicht wurde. Ob dieser Auffassung zu folgen wäre, kann dahingestellt bleiben, denn nach der Würdigung des Senats, der den Inhalt des Grundbuchs selbst auslegen kann (BGHZ 37, 147, 149) ist die Grunddienstbarkeit zu dem Zweck bestellt worden, das dem Kl. gehörende Grundstück Fl.Nr. 972 baulich zu nutzen.

Abzustellen ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der dazu in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nachstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunde dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Senatsrspr., vgl. BGHZ 92, 351, 355).

Der Wortlaut der Bewilligung enthält keinerlei Einschränkung hinsichtlich des Zweckes, etwa im Hinblick auf die bisherige Nutzung des klägerischen Grundstücks zu landwirtschaftlichen oder gärtnerischen Zwecken. Bei dem auf Dauer eingeräumten Wegerecht müßte daher hier aus dem Wortlaut der Bewilligung zunächst auf einen von der Nutzungsart des herrschenden Grundstücks unabhängigen Umfang der Dienstbarkeit geschlossen werden (vgl. BGHZ 92, 351, 355).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegen jedoch eindeutige Anhaltspunkte außerhalb der genannten Urkunden dafür vor, daß das Wegerecht im Jahr 1970 mit dem Zweck eingeräumt worden ist, eine spätere Bebauung des Grundstücks Fl.Nr. 972 zu ermöglichen. Die geplante intensive bauliche Nutzung des Grundstücks Fl.Nr. 972 war zwar bei der Bewilligung des Wegerechts im Jahr 1970 in dieser konkreten Form nicht für jedermann ohne weiteres erkennbar. Das Grundstück war als Wiese und Obstgarten genutzt. Dies ließ unter Berücksichtigung aller verwertbaren Umstände im Jahr 1970 aber nicht den eindeutigen Schluß zu, daß die Bewilligung eines Wegerechts nicht dem Zweck einer Bebauung des Grundstücks dienen, sondern lediglich die bisher tatsächliche Möglichkeit der Zufahrt zu diesem Grundstück nur im Rahmen dieser Nutzung auch rechtlich absichern sollte. Denn das klägerische Grundstück war und ist allein über die hier maßgebliche Wegeparzelle an das öffentliche Wegenetz („H.-Weg“) angebunden. Bereits mit der Veräußerung der Grundstücke als Bauland an die Rechtsvorgänger des Bekl. und die anderen Anlieger in den 50er Jahren waren diesen Wegerechte an den damals noch im Eigentum der Rechtsvorgänger des Kl. stehenden Teilen des Erschließungsweges eingeräumt worden. Im Jahre 1970 war deshalb der Zusammenhang mit einer späteren Bebauungsmöglichkeit erkennbar, zumal aus dem umfassenden Wortlaut der Bewilligung selbst folgt, daß die Dienstbarkeit nicht auf die vorhandene Nutzung der Wiese beschränkt sein sollte. Dage-

gen spricht auch, daß die wesentlichen Grundstücke am Weg 1970 schon bebaut waren und damit eine, wie auch immer geartete, Wohnbebauung auch der Fl.Nr.972 jedenfalls im Bereich der zukünftigen Möglichkeiten lag. Dieser erkennbare Umstand war damit nicht nur für den Umfang, sondern auch für den Zweck der Grunddienstbarkeit, nämlich die Möglichkeit einer späteren Bebauung, von Bedeutung.

Damit ist das Berufungsurteil im Ergebnis insoweit zutreffend, als es die Verpflichtung, die verlangte Baulasterklärung abzugeben, nicht bereits wegen des Fehlens einer entsprechenden Zweckbestimmung der Grunddienstbarkeit ausschließt.

3. Die der Zuerkennung des Anspruchs zugrundeliegenden weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung jedoch nicht in vollem Umfange stand.

Der Bekl. hat vorgetragen, die verlangte Baulasterklärung nütze dem Kl. nichts, weil die Wasserver- und -entsorgung des Grundstücks Fl.Nr. 972 nicht möglich, jedenfalls aber nicht gesichert sei und der Kl. schon deshalb keine Baugenehmigung erhalten könne. Der Kl. hat sich demgegenüber unter Beweis antritt darauf berufen, daß die Möglichkeit bestehe, die entsprechenden Leitungen über andere angrenzende Grundstücke zu legen, und die Eigentümer dieser Grundstücke damit einverstanden seien. Dies hat der Bekl. wirksam bestritten.

Das Berufungsgericht sieht diesen Vortrag mit der Begründung als unerheblich an, daß diese Voraussetzung nicht durch die Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Baulast gesichert sein müsse und über die Gewährleistung der wasserrechtlichen Erschließung die Baubehörde bei Erteilung der Baugenehmigung zu entscheiden habe. Damit wird das Vorbringen der Parteien nur unvollständig gewürdigt. Nach den vom Kl. vorgelegten Unterlagen sind für das Bauvorhaben die Abwässer über eine Privatleitung dem städtischen Entwässerungsnetz zuzuführen und, soweit dafür fremde Grundstücke in Anspruch genommen werden, die Nachweise über die entsprechenden Benutzungsrechte und -pflichten vor Erteilung der Genehmigung zu erbringen. Über diese hat zwar letztlich die Baubehörde zu entscheiden. Voraussetzung für die vom Kl. begehrte Baulastübernahme ist jedoch auch, daß ihm allein mit einer Baulast des nach dem zuletzt verlangten Inhalts gedient wäre (BGH WM 1990, 320, 322 = DNotZ 1991, 250). Es kommt somit darauf an, ob der Kl. allein mit der beantragten Baulast eine Genehmigung erreichen könnte, weil anderenfalls dem Bekl. im Rahmen der nach § 242 BGB gebotenen Interessenabwägung eine Baulastbestellung in dem verlangten Umfang nicht zumutbar wäre (vgl. Senatsurt. a.a.O.). Dies ist nach dem eigenen Vortrag des Kl. jedoch nicht der Fall. Es wird daher zu klären sein, ob der Kl. in der Lage ist, den von ihm zu erbringenden Nachweis dieser Erschließung über die Nachbargrundstücke in der von der Baubehörde verlangten Form vorzulegen.

III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Liegenschaftsrecht/Verwaltungsrecht – Übernahme einer Baulast als vormerkungswidrige Verfügung (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 13. 7. 1992 – 8 S 588/92)

BGB § 883 Abs. 2 S. 1
LBO BW § 70

Eine vom Grundstückseigentümer nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung übernommene Baulast ist dem Grundstückskäufer gegenüber insoweit unwirksam, als sie dessen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. streiten über die Wirksamkeit einer zugunsten der Beigeladenen eingetragenen Baulast auf den den Kl. gehörenden Grundstücken Flst.Nrn. 17/2 und 17/7 in S.

Die Kl. kauften von der Beigeladenen mit Vertrag vom 30.12.1982 die genannten Grundstücke, die aus den ehemaligen Grundstücken Flst.Nrn. 17 bis 20 und 22 sowie 13/1 herausgemessen und neu gebildet wurden.

Zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs wurde am 23. 3. 1983 eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Kl. in das Grundbuch eingetragen. Danach – nämlich mit Erklärung vom 7. 4. 1983 – übernahm die Beigeladene eine Vereinigungsbaulast bzgl. des Grundstücks Flst.Nr.13/2 und des Grundstücks Flst.Nr.17. Anschließend wurde die von den Kl. erworbene Teilfläche aus dem Grundstück Flst.Nr.17 herausgemessen.

Anläßlich eines Baugenehmigungsverfahrens wurden die Kl. darauf aufmerksam, daß ihre Grundstücke mit der genannten Baulast belastet sind. Da ihrer an die Bekl. gerichteten Bitte um Verzicht nicht entsprochen wurde, haben sie am 2. 7. 1990 beim VG Klage erhoben mit dem Antrag, die Unwirksamkeit der Baulasten ihnen gegenüber festzustellen. Es sei anerkannt, daß der dinglich nicht Berechtigte keine Baulast bewilligen könne.

Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, es bestünden erhebliche Zweifel, ob die zugunsten der Kl. eingetragene Vormerkung Bestand habe. Sie betreffe eine nicht näher umschriebene Teilfläche und verstoße daher gegen den Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuch. Weiterhin sei ungeklärt, ob die Eintragung einer Auflassungsvormerkung die Befugnis des Grundstückseigentümers beschränke, eine Baulast zu Lasten seines Grundstücks zu bestellen. Schließlich sei eine tatsächliche Beeinträchtigung der Kl. durch die Vereinigungsbaulast nicht zu befürchten.

Das VG hat die Verkäuferin der Grundstücke mit Beschluß vom 15. 3. 1991 zum Rechtsstreit beigeladen. Diese hat beantragt, die Klage insoweit abzuweisen, als sich der Antrag auf das im Miteigentum des Kl. stehende Grundstück Flst.Nr.17/7 beziehe. Sie hält eine analoge Anwendung des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB für möglich, meint aber, die Belastung des Grundstücks mit der Baulast sei nur insoweit vormerkungswidrig, als sie sich auf das im Alleineigentum der Kl. stehende Grundstück Flst.Nr.17/2 beziehe. Dagegen sei das im Miteigentum der Kl. stehende Grundstück Flst.Nr.17/7 zu Recht mit einer Baulast belastet worden, weil der Kaufvertrag zwischen den Kl. und ihr in § 3 Ziff. 13 Abs. 2 S. 3 und 2 sie ausdrücklich zur Bestellung einer Baulast ermächtigt habe.

Das VG hat die Klage mit Urteil vom 28. 1. 1992 abgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt: Die von der Beigeladenen übernommene Baulast sei gegenüber den Kl. nicht unwirksam. Die Baulast entspreche durch Erklärung des Grundstückseigentümers, so daß die Beigeladene die Baulast rechtswirksam begründet habe. Der Zustimmung der Kl. als Vormerkungsberechtigte hätte es nicht bedurft. Eine entsprechende Anwendung des § 883 Abs. 2 BGB auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen komme nicht in Betracht. Schon nach dem Wortlaut des § 70 Abs. 1 LBO sei allein auf die formelle Eigentümerstellung abzustellen. Die Kammer folge nicht der Entscheidung des VGH BW (NJW 1990, 268), wonach eine Baulastbestellung durch einen Vorerben gegenüber dem Nacherben unwirksam sei. Die entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Verfügungsbeschränkungen auf eine Baulastübernahmeerklärung sei nicht sachgerecht, weil zivilrechtliche Verfügungen nicht mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungserklärungen vergleichbar seien. Die Übertragung zivilrechtlicher Verfügungsbeschränkungen auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungserklärungen würden zu einer dem Baurecht fremden Vermischung mit dem Privatrecht führen. Dem Rechtsgedanken des § 59 Abs. 3 LBO, wonach die Baugenehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt werde, könne der Grundsatz entnommen werden, daß das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Eigentümer und der Baurechtsbehörde von zivilrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen freizuhalten sei. Ebenso wenig wie im Baugenehmigungsverfahren könne der Baurechtsbehörde in Baulastverfahren zugemutet werden, über zivilrechtliche Rechte Dritter zu entscheiden. Diese müßten daher für die Bestellung von Baulasten ohne Bedeutung bleiben. Ansonsten würde die Baulast für die Baurechtsbehörde an Praktikabilität verlieren, wenn sie u. U. komplizierte Fragen bzgl. zivilrechtlicher Berechtigungen zu prüfen hätte. Der Vormerkungsberechtigte sei daher auf seine zivilrechtlichen Ansprüche aus dem Kaufvertrag beschränkt, die er vor dem Zivilgericht geltend machen müsse.

Die hiergegen eingelegte Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das VG hätte den zulässigen Feststellungsklagen (vgl. VGH BW NJW 1990, 268) stattgeben müssen.

Zwar hat die Beigeladene als damalige Eigentümerin des belasteten Grundstücks mit ihrer Erklärung vom 7. 4. 1983 gegenüber der Bekl. die Baulast gem. § 70 Abs. 1 LBO wirksam begründet. Einer Zustimmung der Kl. bedurfte es nicht.

Die Baulast ist jedoch entgegen der Ansicht des VG in entsprechender Anwendung des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB den Kl. gegenüber unwirksam.

Wie der 5. Senat des erkennenden Gerichtshofs entschieden hat (NJW 1990, 268), sind Entstehung und Fortbestand der Baulast nicht unabhängig von der Verfügungsbefugnis über das Grundeigentum zu sehen. Schon nach dem Wortlaut des § 70 Abs. 1 LBO kann nur der Eigentümer wirksam eine Baulast durch seine Erklärung übernehmen. Ausreichend ist die formelle Eigentümerstellung jedoch nicht in allen Fällen. So ist anerkannt, daß bei Bestehen eines Erbbaurechts sowohl eine Erklärung des Grundstückseigentümers als auch des Erbbauberechtigten, dem die Bodennutzung zusteht, zur Begründung der Baulast erforderlich ist (vgl. Sauter, 2. Aufl., Stand Mai 1988, § 70 LBO, Rd.-Nr. 36; OVG Lüneburg NJW 1990, 1499). Auch die Bestellung einer Baulast durch einen Miteigentümer bedarf der Zustimmung durch die anderen Miteigentümer (VBIBW 1991, 59). Ist aber bereits bei Entstehung der Baulast auf die Verfügungsbefugnis abzuheben, so sind vom Gesetz vorgesehene relative oder absolute Beschränkungen derselben auch dann zu beachten, wenn Sinn und Zweck der maßgeblichen Vorschriften eine entsprechende Anwendung fordern (VGH BW a.a.O.).

Zu diesen Bestimmungen zählt nicht nur die vom 5. Senat in dem genannten Urteil für entsprechend anwendbar erachtete Vorschrift des § 2113 BGB, sondern auch § 883 Abs. 2 S. 1 BGB. Denn es ist in gleicher Weise Sinn und Zweck dieser Regelung, die durch die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers begründete Gefährdung der Rechtsposition des durch Vormerkung gesicherten Käufers gegen Beeinträchtigungen zu schützen, indem sie bestimmte Verfügungen des Eigentümers insoweit für unwirksam erklärt, als sie den Anspruch veriteln oder beeinträchtigen würden.

Der erkennende Senat ist in Übereinstimmung mit dem 5. Senat der Überzeugung, daß den von dieser Vorschrift gemeinten zivilrechtlichen Verfügungen die Baulastübernahme gleichzustellen ist. So wie eine Verfügung darauf gerichtet sein kann, ein bestehendes Recht unmittelbar zu beschränken, schränkt auch die öffentlich-rechtliche Baulast unmittelbar mit absoluter dinglicher Wirkung die Befugnisse des jeweiligen Grundstückseigentümers ein. Schon diese Wirkung reicht aus, um eine Vergleichbarkeit zu bejahen. Nicht erforderlich ist, daß die Baulast im Einzelfall die Wirkung einer privatrechtlichen Grunddienstbarkeit hat; entscheidend ist, daß der Eigentümer in der Ausübung der aus dem Grundeigentum fließenden Rechte beschränkt ist (VGH BW a.a.O.). Ein Vergleich mit schuldrechtlichen Verträgen – wie ihn die Beigeladene für geboten erachtet – scheidet dagegen bereits nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung aus. Im übrigen ist offenkundig, daß es einen Unterschied macht, ob der Erwerber einen Mietvertrag mit den daraus auch für ihn sich ergebenden Berechtigungen (Mieteinnahmen) gegen sich gelten lassen muß, oder ob ihm einseitig ausschließlich belastende Verfügungen aufgebürdet werden.

Der Senat kann sich die von der Entscheidung des 5. Senats ausdrücklich abweichende gegenteilige Rechtsansicht des VG im angefochtenen Urteil nicht zu eigen machen. Dessen Argumentation, die an § 59 Abs. 3 LBO anknüpft und die vor allem damit begründet wird, daß der Baurechtsbehörde eine Beachtung zivilrechtlicher Verfügungsbeschränkungen nicht zugemutet werden könne, ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die aus § 883 Abs. 2 S. 1 bzw. § 2113 BGB abzuleitenden Verfügungsbeschränkungen keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Baulastbestellung haben, die – wie oben ausgeführt – in der Tat allein von der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden abhängt. Es kann sich also lediglich im Einzelfall – wie vorliegend – die Frage ergeben, wem gegenüber die Baulast gilt. Die daran anknüpfende Annahme des VG, der Behörde werde auch insoweit eine ihr nicht zuzumutende Befassung mit schwierigen zivilrechtlichen Rechtsfragen angesonnen, was nicht Aufgabe der Baurechtsbehörde sein könne, ist schon im Ansatz verfehlt. Im Gegensatz zum Baugenehmigungsverfahren, das die Behörde gem. § 59 Abs. 1 und 3 LBO grundsätzlich von der Beachtung

der zivilrechtlichen Eigentumslage freistellt, hängt nämlich die Rechtswirksamkeit der Baulastbestellung, wie eingangs ausgeführt wurde und was auch vom VG nicht in Frage gestellt wird, von der zivilrechtlichen Verfügungsbefugnis, nämlich dem Eigentum – zumindest der uneingeschränkten Verfügungsbefugnis – des Bewilligenden ab. Die Kontrolle der Verfügungsbefugnis setzt also den Einblick in das Grundbuch voraus. Warum dann aber diese, sich an der Eintragung im Grundbuch orientierende Prüfung der Eigentümerstellung durch die zusätzliche Beachtung einer im selben Grundbuch eingetragenen Vormerkung unzumutbar erschwert sein soll, ist nicht einzusehen. Vielmehr spricht alles dafür, die bei der Baulastbestellung im Bauordnungsrecht ausdrücklich vorgenommene Verknüpfung mit dem Zivilrecht durch entsprechende Anwendung der §§ 883 Abs. 2 S. 1 und 2113 BGB konsequent zu Ende zu führen.

Die Berufung des VG auf § 59 Abs. 3 LBO vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, weil sich der darin zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke nicht auf den vorliegenden Fall übertragen läßt. § 59 Abs. 3 LBO ist eine zwangsläufige Folge der Regelung in § 59 Abs. 1 LBO, wonach die Baugenehmigung zu erteilen ist, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Es besteht also ein Rechtsanspruch, der es verbietet, auf privatrechtliche Vorschriften und auf private Rechte Dritter Rücksicht zu nehmen. Dies wird in § 59 Abs. 3 LBO lediglich nochmals verdeutlicht. Eine vergleichbare Situation kann bei der Baulastbewilligung nicht anerkannt werden; die Baulast ist eine freiwillig übernommene öffentlich-rechtliche Verpflichtung, deren Wirksamkeit nicht losgelöst von der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis beurteilt werden kann. Sollten sich bei deren Ermittlung Schwierigkeiten ergeben, so sind diese der Behörde eher zuzumuten als dem Eigentümer die mit der Wirksamkeit einer zu Unrecht bestellten Baulast verbundenen Nachteile.

Die entsprechende Anwendung des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB führt im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Beigeladenen zur Unwirksamkeit auch des Teils der Baulast, der sich auf das Grundstück Flst.Nr.17/7 bezieht. In dem der Auflassung zugrundeliegenden Kaufvertrag ist keine Verpflichtung der Käufer zur Bestellung einer Baulast, wie sie vorliegend im Streit ist, enthalten. Vielmehr sollte nach dem von der Beigeladenen angeführten Passus des Kaufvertrags lediglich die „Zuordnung der Wohn- und Nutzfläche“ auf dem der Beigeladenen verbleibenden Grundstück durch Baulast geregelt werden. Daß damit keine Verpflichtung der Käufer zur Duldung einer Vereinigungsbaulast begründet wurde, ist offenkundig. Hinzu kommt vorliegend außerdem, daß eine etwaige Verpflichtung zur Bestellung einer Baulast in § 3 des Kaufvertrags so unbestimmt gefaßt ist, daß sie auf keinen Fall ohne Mitwirkung des Verpflichteten als konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Pflichten unmittelbare Wirkung in Ansehung der Vormerkung haben kann, wie die Beigeladene meint.

Es bedarf keiner Begründung, daß die Kl. durch die Baulast in ihren Rechten beeinträchtigt werden, da sie diese gem. § 70 Abs. 1 S. 2 LBO gegen sich gelten lassen müssen. Die Voraussetzungen für die von der Beigeladenen behauptete Verwirkung sind erkennbar nicht gegeben.

4. Grundbuchrecht – Auslegung einer Eintragungsbewilligung bei Gewährung eines „unentgeltlichen“ Wohnungsrechts

(BayObLG, Beschluß vom 30.10.1992 – 2Z BR 89/92)

**BGB §§ 133; 1093
GBO §§ 19; 49; 78**

- 1. Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen hat.**

2. Die Unentgeltlichkeit der mit einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB verbundenen Nutzung kann nicht Inhalt des dinglichen Rechts sein und somit auch nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Gewährt der Erwerber eines Grundstücks dem Veräußerer zu notarieller Urkunde „unentgeltlich“ im Rahmen eines Leibgedings ein Wohnungsrecht und eine Reallast und bewilligt er die Eintragung dieser (an anderer Stelle näher beschriebenen) Rechte, so ist die Urkunde dahin auszulegen, daß sich die „Unentgeltlichkeit“ nicht auf den Inhalt des dinglichen Rechts bezieht, sondern das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aufgrund des schuldrechtlichen Bestellsungsvertrags betrifft.

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) überließ zu notarieller Urkunde vom 4. 12. 1991 sein Grundstück der Bet. zu 2); die Bet. erklärten die Auflassung. Als „Gegenleistung“ bestellte die Bet. zu 2) ein Leibgeding. Sie gewährte laut notarieller Urkunde (Abschn. V 1) dem Bet. zu 1) „als Alleinberechtigten auf Lebenszeit unentgeltlich folgende Leibgedingsleistungen:

a) Wohnungsrecht

Unter Ausschluß des Eigentümers das Wohnungsrecht in dem gesamten Wohnhaus . . . , ausgenommen das 1. Zimmer rechts vom Aufgang im 1. Obergeschoß, das der Eigentümer nutzt.“

Unter den Buchstaben b–f sind die von der Bet. zu 2) geschuldeten weiteren Leistungen im einzelnen aufgeführt (Kosten für Wasser, Strom und Heizung und alle übrigen Betriebskosten, Kochen der täglichen Tischkost oder auf Verlangen des Bet. zu 1) ein Verköstigungsgeld; Pflege und Besorgung aller notwendigen Gänge sowie Verrichtung aller übrigen Hausarbeiten im Falle von Krankheit und Gebrechlichkeit; Entschädigung für das Wohnungsrecht im Falle des Wegzugs des Bet. zu 1); monatliches Taschengeld), in Buchst. g eine Wertsicherungsklausel für Taschen- und Verköstigungsgeld vereinbart.

Abschn. V Nr. 2 („Grundbuchanträge“) der Urkunde lautet:

„Der Erwerber bestellt hiermit für den Veräußerer zur Sicherung der Wohnungs- und Benutzungsrechte am Hausgrundstück . . . eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und zur Sicherung der übrigen in Ziff. V 1 aufgeführten Auftragsleistungen eine Reallast.

Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung dieser Rechte zusammen als Leibgedinge an nächstfolgender Rangstelle in dem Grundbuch mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt.“

Das GBA hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung vom 31. 3. 1992 beanstandet: Gem. Ziff. V Nr. 1 der notariellen Urkunde werde u. a. ein unentgeltliches Wohnungsrecht bestellt. Die Unentgeltlichkeit könne nicht als Bestandteil des dinglichen Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen, sondern nur schuldrechtlich vereinbart werden. Die notarielle Urkunde sei in einer Nachtragsurkunde entsprechend abzuändern.

Das LG hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Bet. nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß vom 12. 8. 1992 zurückgewiesen. Die Bet. haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht, da Inhalt der Bewilligung und damit auch des Eintragungsantrags nicht die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts ist.

1. Das LG hat ausgeführt: . . .

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

a) Als Teil des Leibgedings soll hier ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB für den Bet. zu 1) in das Grundbuch eingetragen werden. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der auf einem Wohnungsrecht beruhenden Nutzung kann nicht zum Inhalt des Rechts gemacht und nicht in das Grundbuch eingetragen werden (BGH BB 1968, 767; BayObLGZ 1980, 176, 179 = DNotZ 1981, 124; BayObLGZ 1988, 268, 271 = DNotZ 1989, 569 = MittRhNotK 1988, 231; OLG Köln MittRhNotK 1974, 408, 409; OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 345; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 1259). Sieht man in der Unentgeltlichkeit der Nutzung einen tragenden Grundsatz des

dinglichen Wohnungsrechts (vgl. BayObLG, jeweils a.a.O.), dann wäre deren besondere Erwähnung im Eintragungswerk überflüssig; etwas Überflüssiges darf aber im Grundbuch nicht vermerkt werden (RGZ 119, 211, 213; BayObLGZ 1953, 246, 251; Horber/Demharter, 19. Aufl., Anh. zu § 13 GBO, Anm. 7; KEHE/Ertl, 4. Aufl., Einleitung B 9). Sollte die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts hier nach dem objektiven Erklärungswert zum Inhalt des dinglichen Rechts und damit der Eintragungsbewilligung gehören, dann könnte diese nicht durch Bezugnahme gem. § 874 BGB zum Inhalt des Grundbuchs gemacht, das Wohnungsrecht nicht eingetragen werden. Auch eine Erklärung, die sowohl Bestimmungen über das dingliche Recht als auch schuldrechtliche Vereinbarungen enthält, darf durch Bezugnahme nicht zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden. Der das Grundbuchrecht beherrschende Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit von Grundbucheintragungen und -erklärungen erfordert vielmehr, daß nur auf eintragungsfähige Regelungen Bezug genommen wird und daß sich der Umfang der Bezugnahme ohne weiteres ermitteln läßt; es kann nicht dem Leser des Grundbuchs überlassen bleiben, bei den in Bezug genommenen Erklärungen zwischen eintragungsfähigen (und damit zum Inhalt des Grundbuchs gewordenen) und nicht eintragungsfähigen Regelungen zu unterscheiden (vgl. BGHZ 21, 34, 43; BayObLGZ 1967, 47, 52 ff. = DNotZ 1967, 759; Horber/Demharter, Anh. zu § 44 GBO, Anm. 3 c; KEHE/Ertl, § 19 GBO, Rd.-Nr. 38; Palandt/Bassenge, 51. Aufl., § 874 BGB, Rd.-Nr. 6). An diesen Grundsätzen ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs trotz der von den Bet. ins Feld geführten, vor allem aus der notariellen Praxis gewonnenen Argumente festzuhalten.

b) Die Unentgeltlichkeit der Nutzung soll im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht als Inhalt des Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen werden.

(1) Umfang und Inhalt einer Eintragungsbewilligung sind durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist wie bei allen Grundbucheintragungen (und bei Grundbucheintragungen) auf ihren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205, 209 = DNotZ 1973, 20; BGHZ 113, 374, 378 = DNotZ 1991, 888 = MittRhNotK 1991, 151; BayObLG MittRhNotK 1992, 82; Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 8 b m.w.N.). Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung (OLG Düsseldorf Rpfleger 1981, 177, 178; OLG Hamm Rpfleger 1989, 148, 149; Horber/Demharter, Anm. 5 a; KEHE/Ertl, Rd.-Nr. 18; Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Rd.-Nr. 37, je zu § 19 GBO; Palandt/Bassenge, § 873 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Stürner, 12. Aufl., Vorbem. vor § 873 BGB, Rd.-Nr. 13; Erman/Hägen, 8. Aufl., § 874 BGB, Rd.-Nr. 4; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 98). Das Rechtsbeschwerdegericht hat sie wie jede Verfahrenserklärung (vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 106 = DNotZ 1979, 428) selbständig auszulegen und ist nicht darauf beschränkt, die Auslegung des Tatrichters auf Rechtsfehler hin zu überprüfen (Horber/Demharter, Anm. 4 d; KEHE/Kuntze, Rd.-Nr. 14, je zu § 78 GBO; a.A. KG JFG 11, 199, 204; OLG Hamm Rpfleger 1988, 404, 405 und die frühere Rspr. des Senats, z. B. BayObLGZ 1984, 122, 124 f.). Der Senat, der zu diesen beiden Fragen noch nicht abschließend Stellung genommen hat (vgl. BayObLG BWNotZ 1989, 15; BayObLG MittBayNot 1989, 310; BayObLG MittRhNotK 1992, 82), macht sich nunmehr diese allein folgerichtig zu begründende Ansicht zueigen.

(2) Nächstliegende Bedeutung der Eintragungsbewilligung ist nach Wortlaut, Sinn und Aufbau der notariellen Urkunde, daß die Unentgeltlichkeit nicht zu ihrem Inhalt gehört und damit nicht als Teil des Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen werden soll. In Abschn. V 2 bestellt die Bet. zu 2) „zur Sicherung der Wohnungs- und Benutzungsrechte“ eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (= Wohnungsrecht) und „zur Sicherung der übrigen in Ziff. V 1 aufgeführten Leistungen“ eine Reallast. Die „Vertragsteile“ (zu denen auch die von den Eintragungen allein betroffene Bet. zu 2) gehört) bewilligen und beantragen sodann die Eintragung dieser Rechte als Leibgeding.

Die Bewilligung bezieht sich demnach, soweit sie das Wohnungsrecht betrifft, auf die in Abschn. V 1 a getroffenen Regelungen; nur hier sind die zum Wohnungsrecht gehörenden dinglich gesicherten „Leistungen“ genannt. Unentgeltlich soll die Gewährung der Leibgedingsleistungen sein; dieser Begriff bezieht sich, ob er nun zutrifft oder nicht, somit nach Wortlaut und Sinn auf die der Bestellung des Wohnungsrechts und der Reallast sowie den durch sie gesicherten Leistungen zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung. Inhalt der dinglichen Rechte soll nur werden, was unter den Buchstaben a–g im einzelnen aufgeführt ist.

Da schon die Auslegung der notariellen Urkunde ergibt, daß die Eintragungsbewilligung nicht die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts erfaßt, kommt ein die Bezugnahme einschränkender Vermerk (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 345; Haegeler/Schöner/Stöber, Rd.-Nr.1259) hier nicht in Betracht.

(3) Der Senat würde zu demselben Ergebnis gelangen, wenn er die Auslegung der Eintragungsbewilligung durch das LG nur auf Rechtsfehler überprüfte. Die Frage der Auslegungsfähigkeit einer Grundbucheintragung ist auch nach dieser früher vom Senat vertretenen Meinung eine vom Rechtsbeschwerdegericht voll nachprüfbare Rechtsfrage. Hat das Tatsachengericht eine gebotene Auslegung nicht vorgenommen, so hat das Rechtsbeschwerdegericht sie nachzuholen (BayObLGZ 1984, 155, 158 m.w.N.).

Hier hat es das LG unterlassen, durch Auslegung den Umfang und den Inhalt der Eintragungsbewilligung zu ermitteln. Es hat sich überhaupt nicht mit der Frage befaßt, worauf sich die Bewilligung in Abschn. V 2 der notariellen Urkunde bezieht. Es hat die Möglichkeit einer Auslegung dahin, daß die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit nur schuldrechtlicher Natur ist, mit der Begründung verneint, die Bet. hätten es abgelehnt, dies ausdrücklich zu erklären. Eine solche Erklärung wäre aber nur erforderlich gewesen, wenn die Auslegung der Urkunde ergeben hätte, daß die Unentgeltlichkeit Inhalt der Eintragungsbewilligung sein solle. Mit dieser Frage hat sich das LG aber nicht befaßt, sondern nur festgestellt, daß die Urkunde so nicht ausgelegt werden könne.

Da somit auch der vom Senat früher zur Überprüfung der Auslegung einer Eintragungsbewilligung im Rechtsbeschwerdeverfahren eingenommene Standpunkt zum selben Ergebnis führt, braucht die weitere Beschwerde nicht wegen Abweichung von der Entscheidung des KG JFG 11, 199 und des OLG Hamm Rpfleger 1988, 404 gem. § 79 Abs. 2 GBO dem BGH zur Entscheidung vorgelegt zu werden.

5. Grundbuchrecht/Erbrecht – Löschung des Nacherbenvermerks bei Übertragung des Grundbesitzes auf einen Nacherben

(BayObLG, Beschluß vom 22.10.1992 – 22 BR 85/92 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BGB § 2113
GBO §§ 22, 151**

Überträgt der Vorerbe seinen von der Anordnung einer Nacherbfolge betroffenen Anteil an einem Erbbaurecht auf einen Nacherben und stimmt der andere Nacherbe der Übertragung in der Form des § 29 Abs.1 GBO zu, so kann der Nacherbenvermerk gem. § 22 Abs.1 GBO gelöscht werden. Einer Bewilligung der Ersatznacherben bedarf es nicht.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) war als Mitberechtigte zu je $\frac{1}{10}$, ihr Sohn, der Bet. zu 2), als Mitberechtigter zu je $\frac{1}{10}$ eines Wohnungs- und eines Teilerbbaurechts (Tiefgaragenstellplatz) im Grundbuch eingetragen. Die Bet. zu 3) ist Tochter der Bet. zu 1) und Schwester des Bet. zu 2). Jeweils $\frac{1}{10}$ -Anteile hatte die Bet. zu 1) von ihrem Ehemann geerbt; in der zweiten Abteilung der Grundbücher ist vermerkt:

Nacherbfolge hinsichtlich des $\frac{1}{10}$ -Miteigentumsanteils des ... (Erblassers) ... ist angeordnet; Eintritt durch Tod der Vorerbin; die Vorerbin ist befreit; Nacherben sind ... (die Bet. zu 2) und 3) ...; Ersatznacherbfolge nach § 2069 BGB ist angeordnet.

Die Bet. zu 1) übertrug ihre Anteile an dem Wohnungs- und Teilerbbaurecht zu notarieller Urkunde vom 6.3.1992 schenkungsweise auf den Bet. zu 2). Dieser und die Bet. zu 3) stimmten in der notariellen Urkunde als Nacherben der Übertragung des mit der Nacherbfolge belasteten Anteils von jeweils $\frac{1}{10}$ zu.

Weiter übertrag der Bet. zu 2) in der Urkunde das Anwartschaftsrecht als Nacherbe nach seinem Vater auf die Bet. zu 3), die die Übertragung annahm.

„Die Beteiligten“ bewilligten weiter, den Erwerber als Berechtigten in das Grundbuch einzutragen. Auf den gem. § 15 GBO gestellten Antrag des Verfahrensbevollmächtigten vom 2.4.1992 trug das GBA den Bet. zu 2) am 7.4.1992 als Alleinberechtigten der Erbbaurechte ein. Auf den telefonischen Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten, daß auch die Löschung des Nacherbenvermerks in der Urkunde bewilligt und beantragt sei, hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 21.5.1992 dafür die Zustimmung der Ersatznacherben, für unbekannte Ersatznacherben die Bewilligung der Löschung durch einen nach § 1913 BGB bestellten Pfleger und deren vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verlangt.

Die Bet. haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt; vorsorglich haben sie darin die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Das LG hat das Rechtsmittel nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß vom 10.8.1992 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet; das von den Vorinstanzen angenommene Erfordernis der Eintragung, nämlich die Bewilligung der Löschung durch die Ersatznacherben, besteht nicht.

1. Das LG hat ausgeführt: Das GBA mache die Löschung des Nacherbenvermerks zu Recht von der Zustimmung der Ersatznacherben abhängig. Der Nacherbenvermerk könne vor Eintritt des Nacherbfalles antragsgemäß aufgrund Bewilligung sämtlicher Nacherben oder bei Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gelöscht werden; ferner komme eine Löschung von Amts wegen bei Gegenstandslosigkeit in Betracht.

Die Gegenstandslosigkeit der Ersatznacherbfolge oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Nacherbenvermerks sei nicht nachgewiesen; deshalb hänge die Löschung dieses Vermerks gem. § 19 GBO von der Bewilligung der Ersatznacherben ab. Durch die Löschung könne deren Rechtsposition beeinträchtigt werden, denn dadurch werde in ihre durch den Erblasser begründeten Anwartschaftsrechte eingegriffen.

Die zur Entscheidung stehende Frage könne nur im gleichen Sinn wie die Frage entschieden werden, ob auch die Ersatznacherben in den Vermerk aufgenommen werden müssen. Da dies zu bejahen und hier auch geschehen sei, müsse auch die Löschung von den Ersatznacherben bewilligt werden. Nur dann seien sie in ihrer Rechtsposition wirklich geschützt.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Löschung des Nacherbenvermerks kann nicht von der Bewilligung der noch nicht bekannten Ersatznacherben (durch einen für sie gem. § 1913 BGB zu bestellenden Pfleger) und von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1915, 1821 Abs.1 Nr.1 BGB) abhängig gemacht werden.

a) In der notariellen Urkunde vom 6.3.1992 haben die Bet. zu 2) und 3) der Übertragung der Anteile auf den Bet. zu 2) als Nacherben zugestimmt. Bewilligung und Antrag, den Nacherbenvermerk zu löschen (§§ 13, 19 GBO), können in dieser materiell-rechtlichen Erklärung nicht gesehen werden. Die Bet. haben den Löschantrag aber in dem Erinnerungsschriftsatz durch den Urkundsnotar in zulässiger Weise nachgeholt (§ 15 GBO).

b) Die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks sind entgegen der Ansicht der Vorinstanzen gem. § 22 Abs.1 S.1 u.2. GBO gegeben. Denn durch die mit Zustimmung der Bet. zu 3) vorgenommene Übertragung der Anteile an dem

Wohnungs- und dem Teilerbbaurecht auf den Bet. zu 2) sind die Nacherbenvermerke gegenstandslos, die Grundbücher unrichtig geworden. Die übertragenen Anteile sind damit endgültig aus der Erbschaft ausgeschieden; die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1, 2 BGB kann auch beim Eintritt des Ersatzfalls und des Nacherbfalles nicht mehr wirksam werden.

(1) Vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) kann der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) entweder auf die Bewilligung der Nacherben einschließlich der Ersatznacherben oder gem. § 22 Abs. 1 GBO dann gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum der Fall, wenn der befreite Vorerbe (§ 2136 BGB) über das Grundstück oder Grundstücksrecht entgeltlich verfügt oder ohne jede weitere Einschränkung dann, wenn die Verfügung des Vorerben mit Zustimmung der Nacherben vorgenommen wird (BayObLG Rpfleger 1982, 277 = DNotZ 1983, 318 = MittRhNotK 1982, 142; BayObLG MittBayNot 1991, 122, 123 m.w.N. = MittRhNotK 1991, 124; OLG Hamm MittBayNot 1990, 361, 362 = MittRhNotK 1990, 278; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 51 GBO, Anm. 13; KEHE/Eickmann, 4. Aufl., § 51 GBO, Rd.-Nr. 28).

(2) Hier hat die Bet. zu 1) ihre Anteile an den Erbbaurechten mit Zustimmung der Bet. zu 3) auf den Bet. zu 2) übertragen; damit sind die von der Bet. zu 1) geerbten Anteile endgültig aus der Erbschaft ausgeschieden; einer Zustimmung der Ersatznacherben bedurfte es dazu nicht (BGHZ 40, 115, 119 m.w.N. = DNotZ 1964, 623; RGZ 145, 316, 320 f.; BayObLGZ 1959, 493, 497; 1970, 137, 141 f. = DNotZ 1970, 686; KG JFG 21, 251, 253; OLG Oldenburg JR 1962, 23 f. m. zust. Anm. Jansen; Palandt/Edenhofer, 51. Aufl., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 6 f. und § 2120 BGB, Rd.-Nr. 1; MünchKomm/Grunsky, 2. Aufl., § 2102 BGB, Rd.-Nr. 10 und § 2113 BGB, Rd.-Nr. 16; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 3478, 3519; v. Lübtow, Erbrecht, Band II, 634 f.). Vor Eintritt des Ersatzfalles und des Falles der Nacherbfolge hat der Ersatznacherbe zwar eine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf den späteren Erwerb der Erbschaft, aber anders als der in erster Linie berufene Nacherbe noch keine Rechte und Pflichten in bezug auf den Nachlaß; mit Zustimmung der Nacherben vorgenommene und damit endgültig wirksame Verfügungen des Vorerben kann er nicht verhindern (vgl. RGZ 145, 316, 319; BayObLGZ 1960, 408, 410; 1970, 137, 141 f. = DNotZ 1970, 686; KG JFG 21, 251, 253; v. Lübtow, a.a.O.). Gegen nicht ordnungsmäßige Verfügungen des Vorerben, die mit Zustimmung des Nacherben vorgenommen werden, ist er nur insofern geschützt, als ihm vom Eintritt des Ersatzfalles an gegen den Vorerben die Ansprüche auf ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses (§§ 2130 Abs. 1, 2138 Abs. 2 BGB) zustehen, und zwar rückwirkend vom Zeitpunkt des Erbfales an (v. Lübtow, 635); auf die dingliche Rechtslage hat dies keinen Einfluß.

(3) Die Vorinstanzen haben nicht ausreichend zwischen einer Löschung aufgrund Bewilligung und einer Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises unterschieden. Das LG beruft sich zu Unrecht auf eine Entscheidung des OLG Hamm DNotZ 1955, 538 f. Hier ging es um die Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Bewilligung, nicht um die Löschung, nachdem der Vermerk infolge einer endgültig wirksamen Verfügung des Vorerben über ein Grundstück gegenstandslos geworden war. Auch der vom GBA angesprochene Grundsatz der dinglichen Surrogation nach § 2111 BGB spielt hier keine Rolle; Surrogation kann nur eintreten bei Gegenständen, die der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Daß die Bet. zu 1) die von der Anordnung der Nacherbfolge betroffenen Anteile hier auf einen der Nacherben selbst übertragen hat, ist rechtlich ohne Bedeutung, da die Vorschriften der §§ 2113, 2120 BGB vor Eintritt des Ersatzfalls nur dem Schutz der Hauptnacherben dienen; es hätte allerdings der ausdrücklichen Zustimmung des Bet. zu 2) zu den Verfügungen nicht mehr bedurft.

c) Die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks gem. § 22 Abs. 1 GBO sind durch öffentliche Urkunde nachgewiesen (§ 29 Abs. 1 GBO).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen können somit keinen Bestand haben.

6. Erbrecht/DDR – Frist für Anfechtung der Erbschaftsausschlagung

(OLG Naumburg, Beschluß vom 23. 6. 1992 – 1 W 5/92 – mitgeteilt von Notar Wilhelm Ickenroth, Rheinbach)

BGB § 1954 Abs. 4

Bei der 30jährigen Frist des § 1954 Abs. 4 BGB handelt es sich um eine Ausschußfrist, die ohne Rücksicht auf die Fortdauer eines Irrtums oder einer Zwangslage und ohne Hemmung durch die in den §§ 203, 206, 207 BGB bestimmten Hemmungsgründe zu Ende geht.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Ast. und Führer der weiteren Beschwerde schlug am 14. 11. 1953 die Annahme der Erbschaft nach A. S. aus. Mit einer am 2. 3. 1991 beim Nachlaßgericht eingegangenen Erklärung focht er die Ausschlagung wegen Drohung an. Hierbei trug er u. a. vor, die Anfechtungsfrist des § 1954 BGB sei bis zum Ende der DDR-Staatlichkeit gehemmt gewesen. Der Ast. begehrt nunmehr die Erteilung eines Erbscheines nach A.S.

Kreis- und Bezirksamtsgericht vertraten die Auffassung, daß die abgelaufene dreißigjährige Frist des § 1954 Abs. 4 BGB einer Anfechtung – unbeschadet ihrer Berechtigung im übrigen – entgegenstehe.

Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Anfechtung ist auf § 1954 BGB abzustellen. Das geltende Verfahrensrecht, Erbrecht und Internationales Privatrecht der Bundesrepublik ist am 3. 10. 1990 auch für das Beitrittsgebiet in Kraft getreten, soweit im Einigungsvertrag unter Anlage I hierzu nichts anderes bestimmt ist (Art. 8 EV). Anl. I, Kap. III, Sachgeb. B, Abschn. I, Nr. 1 Einigungsvertrag enthält die Übergangsregelungen als sechster Teil des EGBGB. Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB läßt für die erbrechtlichen Verhältnisse, also für das formelle und materielle Erbrecht das bisherige Recht weitergelten, wenn der Erblasser vor dem 3. 10. 1990 gestorben ist. In der DDR galt bis 31. 3. 1966 das BGB unbeschränkt. Die Erblasserin starb am 24. 9. 1953.

Mithin ist auf das in der damaligen DDR zu diesem Zeitpunkt geltende Erbrecht des BGB und damit auf § 1954 BGB abzustellen.

Der Beschwerde ist nicht zu folgen, wenn sie die dreißigjährige Frist des § 1954 Abs. 4 BGB als Verjährungsfrist betrachtet, deren Lauf bis zum Ende der DDR-Staatlichkeit gehemmt gewesen sein soll. Ob letzteres in besonderen Fallgestaltungen einmal möglich ist, kann hier dahinstehen, denn § 1954 Abs. 4 BGB ist eine Ausschußfrist, die ohne Rücksicht auf die Fortdauer eines Irrtums oder einer Zwangslage und ohne Hemmung durch die in den §§ 203, 206, 207 BGB bestimmten Hemmungsgründe zu Ende geht (RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 1954 BGB, Rd.-Nr. 13; Staudinger/Otte/Marotzke, 12. Aufl., § 1954 BGB, Rd.-Nr. 12). Ist somit die Anfechtungsfrist verstrichen, so geht es auch nicht an, das Verstreichenlassen der Frist seinerseits der Anfechtung zu unterstellen (MünchKomm/Leipold, 2. Aufl., § 1956 BGB, Rd.-Nr. 9 m.w.N.).

Die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft war daher nicht mehr rechtswirksam möglich, und der Führer der weiteren Beschwerde ist aufgrund seiner wirksamen Ausschlagung der Erbschaft nicht Erbe nach A. S. geworden. Ein Erbschein ist ihm daher nicht zu erteilen. Die darauf gerichtete weitere Beschwerde ist zurückzuweisen, ohne daß noch darauf einzugehen ist, ob dem Führer der weiteren Beschwerde überhaupt ein Anfechtungsgrund zugestanden hätte.

7. Gesellschaftsrecht – Kapitalerhöhung bei der AG/Vorfinanzierung einer künftigen Bareinlage
(BGH, Urteil vom 13. 4. 1992 – II ZR 277/90)

BGB §§ 328 Abs. 2; 427

AktG §§ 2; 27 Abs. 3; 183 Abs. 2; 186 Abs. 5; 234; 235
GmbHG § 9 Abs. 2

1. Die „Vorfinanzierung“ einer künftigen Bareinlage aus einer in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung ist keine Einzahlung i.S.d. § 235 Abs. 1 S. 2 AktG. Sie erfüllt auch nicht die Anforderungen, die nach weit verbreiteter Ansicht an eine auf eine künftige Bareinlageverpflichtung im Rahmen der Sanierung einer AG geleistete „Voreinzahlung“ zu stellen sind.
2. Zahlt die AG den zur „Vorfinanzierung“ einer Bareinlage gezahlten Betrag dem Kreditgeber mit Mitteln zurück, die ihr als Darlehen von einem anderen Kreditinstitut zur Verfügung gestellt worden sind, wird der sachliche Zusammenhang mit der anschließenden Leistung der Einlage aus einer Kapitalerhöhung nicht unterbrochen.
3. Übernimmt eine Bank Aktien aus einer Kapitalerhöhung mit der Verpflichtung, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten (§ 186 Abs. 5 AktG; berechtigender Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 2 BGB), kommt ihr die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zu, soweit alle Bezugsrechte ausgeübt werden. Tilgt die AG eine Forderung der Bank mit den Einlagemitteln, sind die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage nicht anwendbar. Hat die Bank sog. Spitzen und nicht bezogene Aktien nach Weisung des Vorstandes zu verwerten und gelingt die Plazierung nicht, kann ihr insoweit die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zukommen, wenn im Zeitpunkt der Zeichnung die rasche Plazierung unproblematisch erschien, diese jedoch infolge unvorhersehbarer Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt scheitert und die Bank weiterhin um die Unterbringung der Aktien bemüht ist. Nimmt die Bank vor der Plazierung Rechte aus den Aktien wahr oder erwirbt sie Aktien durch Selbsteintritt, kommt ihr insoweit eine Stellung als fremdnütziger Treuhänder nicht zu.
4. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Gesellschafter einer AG sein. Die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts können ihre Haftung für die von ihnen zu leistenden Einlagen weder auf das Gesamtvermögen noch einen ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Betrag beschränken.
5. Auch im Aktienrecht unterliegt der Anspruch aus Differenzhaftung (BGHZ 64, 52) der 5jährigen Verjährung gem. § 9 Abs. 2 GmbHG. Auf den Erfüllungsanspruch des § 183 Abs. 2 S. 3 (§ 27 Abs. 3 S. 3) AktG ist diese Vorschrift nicht anwendbar.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist Konkursverwalter über das Vermögen der am 1. 6. 1979 in Konkurs gegangenen B. Aktiengesellschaft D. (künftig: B.-AG). Die Bekl. war Mitglied eines Bankenkonsortiums, das unter Führung ihrer Streithelferin, der W. in D. (künftig: W.), mit der Durchführung der von der Hauptversammlung der B.-AG am 4. 10. 1978 beschlossenen Kapitalerhöhung betraut war. Der Kl. nimmt die Bekl. auf Erfüllung der von ihr übernommenen Bareinlageverpflichtung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage in Anspruch.

Die B.-AG war im Frühjahr 1978 in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, die sich im Juli 1978 zu einer Liquiditätskrise ausweiteten, die ohne sofortige Kapitalzufuhr innerhalb kürzester Zeit zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu führen drohte. Das zur Bewältigung der Krise entworfene Sanierungskonzept sah u. a. vor, der Hauptversammlung eine Erhöhung des Grundkapitals vorzuschlagen und der Gesellschaft den als Einnahme erwarteten Betrag von 88,75 Mio. DM im Wege der Vorfinanzierung sofort zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend wurde verfahren: Die Hauptaktionärin der B.-AG, das niederländische Unternehmen O. N.V. (künftig: O.), stellte einen Betrag von 13,05 Mio. DM zur Verfügung, die Bekl. gewährte einen Überziehungskredit von

30 Mio. DM, die W. einen solchen von 45,42 Mio. DM. Die B.-AG, die Bekl. und die W. gewannen jedoch alsbald die Erkenntnis, daß die geplante Kapitalerhöhung unter Einbeziehung der vorgenommenen Vorfinanzierung nicht mehr als eine solche gegen Bareinlagen angesehen, sondern wirksam nur noch in der Form der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen durchgeführt werden könne. Um ungeachtet dessen den Weg der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen beschreiten zu können, bemühte sich die B.-AG mit Unterstützung der Bekl. und der W. um die Gewährung befristeter Darlehen durch Drittkreditinstitute, um die durch Inanspruchnahme der eingeräumten Überziehungskredite von der Bekl. und der W. vorfinanzierten Beträge ablösen zu können. Das geschah kurz darauf. Den Vorfinanzierungskredit der Bekl. löste die B.-AG per 1. 9. 1978 mit Mitteln aus einem Darlehen ab, das ihr von der an der Bekl. beteiligten B. (künftig: B.) gewährt worden war.

Die Hauptversammlung der B.-AG beschloß am 4. 10. 1978 entsprechend dem Vorschlag der Verwaltung die Erhöhung des Grundkapitals gegen Bareinlagen bei dessen gleichzeitiger Herabsetzung um einen Betrag von 128.000,- DM rückwirkend zum 31. 12. 1977. Die Durchführung der Maßnahme ist am 6. 10. 1978 in das Handelsregister eingetragen worden. Die W. zeichnete für das unter ihrer Führung stehende Bankenkonsortium die aus der Kapitalerhöhung stammenden Aktien am 3. 10. 1978 mit der Verpflichtung, sie den Altaktionären zum Bezüge anzubieten – O. hatte sich verpflichtet, Aktien zum Ausgabekurs von 13,05 Mio. DM zu zeichnen und tat das auch bei der W. – und die verbleibenden Spitzen sowie die nicht ausgeübten Bezugsrechte nach Weisung des Vorstandes der B.-AG zu verwerten. 25 % des Nennwertes einschließlich Aufgeld waren vor der Beschlußfassung der Hauptversammlung, der Restbetrag am letzten Tag der Bezugsfrist – nach den damaligen Terminvorstellungen am 3. 11. 1978 – dem bei der W. geführten Sonderkonto Kapitalerhöhung gutzubringen. Am zweiten Bankarbeitstag nach Ablauf der Bezugsfrist sollte der Gesellschaft der Gesamtbetrag von 88,75 Mio. DM auf deren laufenden Konto zur Verfügung gestellt werden. An dem Konsortium waren die Bekl. mit 36,50 %, die W. mit 54,70 % und vier weitere Banken mit insgesamt 8,80 % beteiligt. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsortien war ausgeschlossen und dies dem Vorstand der B.-AG im Angebotsschreiben vom 15. 9. 1978 über die Durchführung der Kapitalerhöhung, die Abwicklung des Bezugsgeschäftes und die Börseneinführung der Aktien bekanntgegeben worden.

Am 7. 11. 1978 wurde dem bei der W. geführten laufenden Konto der B.-AG der aus der Kapitalerhöhung erzielte Betrag von 88,75 Mio. DM gutgeschrieben, nachdem die Rückzahlung der Drittkredite und des von O. gezahlten Vorfinanzierungsbetrages veranlaßt worden war.

Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. ihrer Verpflichtung aus der Zeichnung der Aktien wirksam nachgekommen ist. Die Bekl. hält im übrigen die geltend gemachte Forderung für verjährt.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage unter Zurückweisung der Berufung im übrigen wegen des größten Teils der Zinsen abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Bekl. strebt die vollständige Abweisung der Klage an, der Kl. verlangt den gesamten von ihm geltend gemachten Zinsbetrag.

Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit der Klage stattgegeben worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Revision des Kl. führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Klage abgewiesen worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Zur Revision der Bekl.:

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Hauptversammlung der B.-AG gleichzeitig mit der Herabsetzung des Grundkapitals rückwirkend zum 31. 12. 1977 eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen beschlossen hat und die Bekl. entsprechend der Vereinbarung vom 15. 9. 1978 und dem Inhalt des Zeichnungsscheines vom 3. 10. 1978 verpflichtet ist, eine Bareinlage in Höhe von 32.291.550,- DM zu leisten.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Bekl. dieser Einlageverpflichtung jedoch bisher nicht nachgekommen. Da die der B.-AG zugeflossenen Einlagemittel dazu verwandt worden seien, die zur Vorfinanzierung der Kapitalerhöhung gewährten Darlehen zu tilgen, seien die Darlehensforderungen eingebracht, nicht aber die geschuldeten Bareinlagen geleistet worden. Die Bekl. sei daher entsprechend § 183 Abs. 2 S. 2 u. 3 AktG weiterhin verpflichtet, die von ihr übernommene Bareinlage zu erbringen. Dem stehe auch nicht entgegen, daß die

Bekl. lediglich als Mitglied eines Übernahmekonsortiums mit der sich aus § 186 Abs. 5 AktG ergebenden Verpflichtung gehandelt habe. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben im Ergebnis Erfolg.

I. Einlageverpflichtung in Höhe des Überziehungskredits von 30 Mio. DM:

1. Die Revision wendet sich dagegen, daß der Überziehungskredit, den die Bekl. der B.-AG im Juli 1978 zur Vorfinanzierung der in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung gewährt hat, sowie das Darlehen der B., mit dem dieser Kredit abgelöst worden ist, vom Berufungsgericht nicht als „Vorauszahlung auf die Kapitalerhöhung“, die als zulässig erachtet werden müsse, angesehen worden ist.

Der Revision ist einzuräumen, daß die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage dann nicht vorliegen würden, wenn die Kreditgewährung durch die Bekl. lediglich als Leistung i.S.d. § 235 Abs. 1 S. 2 AktG oder als sonst zulässige Vorauszahlung auf die aus der späteren Aktienzeichnung hervorgegangene Einzahlungsverpflichtung anzusehen wäre. Denn würde die aufgrund des Kredites gewährte Zahlung eine mit dem Gesetz zu vereinbarende oder dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zumindest nicht widersprechende im voraus erbrachte Leistung auf eine künftige Bareinlageverpflichtung darstellen, wäre im Falle der Durchführung der Kapitalerhöhung auf jeden Fall eine Bareinlage geleistet worden. Dabei bedürfte die Frage, ob die Rückzahlung des Betrages an die Bekl. zulässig war, keiner Erörterung, da die Bekl. den Einlagebetrag nach Rückzahlung durch die B.-AG am 1.9.1978 erneut am 7.11.1978 gezahlt hat. Als Umgehung der für die Sacheinlage maßgebenden gesetzlichen Vorschriften könnte dieser Vorgang jedoch, legt man die Rechtsansicht der Revision zugrunde, nicht angesehen werden. Das Berufungsgericht hat jedoch das Vorliegen einer „Voreinzahlung“ zu Recht verneint.

a) Der von der B.-AG im Oktober 1978 durchgeführten Sanierungsmaßnahme lag die in §§ 234, 235 AktG getroffene Regelung zugrunde. Nach § 235 Abs. 1 S. 2 AktG ist eine Beschlußfassung i.S.d. § 234 und des § 235 Abs. 1 S. 1 AktG, die Kapitalherabsetzung, Feststellung des Jahresabschlusses und Kapitalerhöhung umfaßt, u. a. nur dann zulässig, wenn die aus der Kapitalerhöhung hervorgehenden Aktien gezeichnet sind und auf jede Aktie die Zahlung geleistet ist, die nach § 188 Abs. 2 AktG zur Zeit der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung bewirkt sein muß. Nach § 36 a Abs. 1 AktG, auf den § 188 Abs. 2 AktG verweist, besteht dieser Betrag aus $\frac{1}{4}$ des Nennbetrages und dem Agio. Hat der Vorstand der AG auch den Restbetrag geltend gemacht (§ 36 Abs. 2 AktG), umfaßt die Einzahlungspflicht auch diesen Betrag (vgl. Großkomm/Schilling, 3. Aufl., § 235 AktG, Anm. 3; Großkomm/Wiedemann, 3. Aufl., § 188 AktG, Anm. 2; Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 188 AktG, Rd.-Nr. 26 f.).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Bekl. aufgrund der zwischen ihr und der B.-AG getroffenen Vereinbarung diesen einen Vorfinanzierungskredit von 30 Mio. DM zur Verfügung gestellt. Diese Summe bewegte sich in dem dargelegten Rahmen, da der Umfang des Kredites das von der Bekl. nach der Vereinbarung vom 15. 9. 1978 aufzubringende Zeichnungskapital um 2.393.750,- DM unterschritt. Allerdings hat die Bekl. diese Zahlung nicht als Vorschuß auf die künftige Einlageverpflichtung, welche die Leistung von Eigenkapital beinhaltet, erbracht, sondern als Vorfinanzierungskredit in der Form verzinslichen Fremdkapitals. Das entspricht nicht den vom Gesetz gestellten Anforderungen, nach denen bereits vor der Beschlußfassung i.S.d. § 235 Abs. 1 S. 1 AktG auf jede Aktie die Einzahlung zu leisten ist, die bei der – unabhängig von einer Kapitalherabsetzung beschlossenen – Kapitalerhöhung erst zur Zeit der Anmeldung ihrer Durchführung bewirkt sein muß. Auch die Revision geht davon aus, daß die von der Bekl. erbrachte Leistung dieser gesetzlichen Voraussetzung nicht entspricht.

b) Die Revision sieht jedoch den entscheidenden Unterschied zwischen der Vorauszahlung i.S.d. § 235 Abs. 1 S. 2 AktG und

dem Vorfinanzierungskredit lediglich darin, daß die Voreinzahlung auf die Einlageverpflichtung ohne Berechnung von Nebenkosten, der Vorfinanzierungskredit hingegen provisions- und zinspflichtig gewährt wird. Sie zieht daraus den Schluß, daß dem der B.-AG gewährten Kredit die Erfüllungswirkung als Vorauszahlung auf die Einlageverpflichtung der Bekl. zumindest in Höhe des nach Abzug von Zins und Überziehungsprovision verbleibenden Nettobetrag nicht versagt werden könne. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Ausführungen der Revision beruhen auf einer in der Lehre und zum Teil auch in der Rspr. vertretenen Ansicht, nach der Voreinzahlungen auf künftige Bareinlageverpflichtungen über die Regelung des § 235 Abs. 1 S. 2 AktG hinaus grundsätzlich als zulässig angesehen werden, wobei jedoch die Zulässigkeit im einzelnen an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen dazu sogleich geknüpft wird (Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 183 AktG, Rd.-Nr. 31–34; MünchHdbGesR/Krieger, 1988, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 86; Scholz/Priester, 7. Aufl., § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 14; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 745; K. Schmidt, ZGR 1982, 519; ders., AG 1986, 115; ders., ZIP 1980, 328, 332; ders., GesR, 2. Aufl., § 29 III 2 a, 751ff.; Priester, FS Fleck, ZGR Sonderheft 7, 1988, 231; Fleck, EWiR, § 54 AktG, 1/86, 537; OLG Düsseldorf WM 1981, 960, 963 f.; OLG Hamm WM 1987, 17). Diese Meinung baut auf der weiteren Überlegung auf, daß die aus der Kapitalerhöhung erzielten Bareinlagemittel bei der Anmeldung ihrer Durchführung nicht mehr vorhanden sein müssen (vgl. dazu Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 744 f.; K. Schmidt, ZGR 1982, 519, 528ff.; ablehnend Schmidt/Verhoeven, ZIP 1982, 644, 647 f.; zur Auslegung der §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2 AktG vgl. jüngst Lutter, NJW 1989, 2649, 2653ff.).

Einer Entscheidung dieser Fragen bedarf es jedoch im vorliegenden Falle nicht. Denn auch unter Zugrundelegung der dargelegten Ansichten erfüllt die von der Bekl. vorgenommene Finanzierung nicht die Voraussetzungen einer Voreinzahlung auf eine künftige Bareinlagepflicht.

Die Voreinzahlung auf eine künftige Einlageverpflichtung soll dazu dienen, der Gesellschaft zum Zwecke ihrer Sanierung dringend benötigte Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen. Um den Sanierungserfolg so weit wie möglich sicherzustellen, bedarf es nicht nur der Gewährung eines ausreichend bemessenen Betrages, sondern auch einer verbindlichen Abmachung darüber, daß der Gesellschaft der Vorauszahlungsbetrag bis zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister belassen wird (Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 183 AktG, Rd.-Nr. 33; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 745, 749). Sinn einer derartigen Vorauszahlung ist es ferner, die in ihrer Existenz bedrohte Gesellschaft nicht zusätzlich mit den für eine Fremdfinanzierung anfallenden Kosten, die in einer Krisensituation im Hinblick auf die mit der Finanzierung verbundenen Risiken besonders hoch sind, zu belasten und damit die Sanierung zu erschweren und ihren Erfolg gar in Frage zu stellen. Aus diesem Grunde wird die Zuführung von Mitteln verlangt, die nicht zur Entstehung von Kosten führen (K. Schmidt, ZGR 1982, 530; Priester, FS Fleck, a.a.O., 236; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 748; ferner Schneider/Verhoeven, ZIP 1982, 646 f.). Soll mit der Voreinzahlung die Überschuldung der Gesellschaft abgewendet werden, muß sichergestellt sein, daß die Voreinzahlung nicht als Verbindlichkeit in die Überschuldungsbilanz aufgenommen werden muß. Das kann nur dadurch geschehen, daß die Gesellschaft mit dem Zahlenden einen Rangrücktritt der ihm bei Scheitern der Kapitalerhöhung gem. § 812 Abs. 1 BGB zustehenden Rückzahlungsforderung vereinbart (Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 183 AktG, Rd.-Nr. 33; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 745, 749). Das gilt in gleicher Weise für die Überlegung, daß eine solche Annäherung des Voreinzahlungsbetrages an das Grundkapital Mindestvoraussetzung dafür ist, Gläubiger zur Gewährung oder Aufstockung von Darlehen zu gewinnen. Die Forderung nach all diesen Voraussetzungen trägt dem Gedanken Rechnung, daß durch die Voreinzahlung materiell in möglichst weitgehendem Umfang die gleichen Wirkungen er-

reicht werden sollen, die eintreten würden, wenn die Kapitalerhöhung sofort durchgeführt werden könnte. Diese Voraussetzungen, die u. a. – bejaht man die grundsätzliche Zulässigkeit der Voreinzahlung – im Interesse der AG sowie zur Gewährleistung eines wirksamen Aktionärs- und Gläubigerschutzes erforderlich sind, erfüllt die Vorfinanzierung der Bekl. nicht: Eine Unkündbarkeit des Überziehungskredites bis zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister war nicht vereinbart. Für den Kredit fielen Überziehungszinsen und Provisionskosten an. Ein Rangrücktritt war nicht vereinbart. Vielmehr hatte die Bekl. als Gläubigerin alle Vorteile inne, die einem Aktionär nicht zustehen und mit deren Verlust sich der Voreinzahlende abfinden muß, soll die Sanierung über eine gleichsam vorweggezogene Kapitalerhöhung in hinreichendem Maße erfolgversprechend sein. Behält der Voreinzahlende seine Gläubigerstellung bei, muß er anschließend sich daraus ergebende nachteilige Rechtsfolgen hinnehmen (zur begrifflichen Unterscheidung von Voreinzahlung und Vorfinanzierung vgl. Laub, Die „Vorfinanzierung“ von Kapitalerhöhung durch Voreinzahlungen auf eine künftige Einlageverpflichtung, 1991, 36ff.). Die von der Revision geforderte unterschiedliche Behandlung der Hauptforderung als Voreinzahlung und der – davon abhängigen – Nebenforderung als Gläubigerrecht kommt daher nicht in Betracht.

2. Das Berufungsgericht hat eine verdeckte Sacheinlage bejaht. Die Kreditforderung der Bekl. gegen die B.-AG sei Mitte Juli 1978 entstanden und am 1. 9. 1978 durch ein von der B. gewährtes Darlehen ersetzt worden. Sie habe demnach bei Begründung der Bareinlagepflicht der Bekl. bereits bestanden. Da das Darlehen am 7. 11. 1978 mit den Einlagemitteln getilgt worden sei, bestehe zwischen dem Darlehen und seiner Tilgung sowie der Erfüllung der Bareinlagepflicht aus der Kapitalerhöhung ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Zwar herrsche zwischen der Bekl. als Aktienzeichnerin und der B. als Darlehensgläubigerin keine Personenidentität. Die Bekl. müsse sich aber die Zahlung an die B. zurechnen lassen, weil beide in dem kreditgenossenschaftlichen System der V. untereinander verbunden seien und die Bekl. der B. zur Ablösung des Kredites einen Auftrag i. S. d. § 778 BGB erteilt habe. Wenn es für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage auch nur auf das Vorhandensein objektiver Merkmale ankomme, könne darüber hinaus auch das Bestehen einer den wirtschaftlichen Erfolg des Umgehungsgeschäftes umfassenden Abrede zwischen der Bekl. und dem Vorstand der B.-AG unter Einbeziehung der B. festgestellt werden. Einmal begründeten die objektiven Umgehungsvoraussetzungen eine tatsächliche Vermutung für eine solche Abrede, zum andern ergebe sich diese aus den vorgelegten Urkunden und Unterlagen.

Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, die Wertung eines Rechtsgeschäftes als verdeckte Sacheinlage erfordere nicht nur das Merkmal seiner sachlichen und zeitlichen Nähe zur Bareinlageverpflichtung, sondern auch eine Abrede über diesen Zusammenhang. Die Tilgung des von der B. gewährten Darlehens brauche sich die Bekl. nicht zurechnen zu lassen, weil ein Auftragsverhältnis zwischen ihnen nicht bestanden und eine wirtschaftliche Verflechtung beider nicht vorgelegen habe. Zu beiden Fragen habe das Berufungsgericht beweis erhebliches Vorbringen der Bekl. nicht berücksichtigt. Diese Rüge der Revision hat keinen Erfolg.

a) Das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage sieht das Berufungsgericht wegen der sachlichen und zeitlichen Nähe zwischen der Tilgung des Darlehens, das die B. der B.-AG zur Ablösung des von der Bekl. gewährten Überziehungskredites gegeben hat, und der Einlageverpflichtung der Bekl. aus der Kapitalerhöhung der B.-AG, aus deren Mitteln die Tilgung bewirkt worden ist, als gegeben an. Das setzt allerdings voraus, daß sich die Bekl. die Tilgung des Darlehens der B. zurechnen lassen muß. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage. Die Revision rügt dazu, die Zugehörigkeit beider zum „kreditgenossenschaftlichen System der V.“ reiche für eine solche Zurechnung nicht aus. Das Bestehen eines Auftragsverhältnisses habe das Berufungsgericht in verfahrensfehlerhafter Weise festgestellt,

weil es die unter Beweis gestellte Behauptung der Bekl. nicht berücksichtigt habe, sie habe das Ansinnen der B. zurückgewiesen, für die Rückführung des der B.-AG gewährten Darlehens zu garantieren. Sei seien sich einig gewesen, daß zwischen ihnen kein Vertragsverhältnis gegründet werden solle.

Auf diese Einzelheiten kommt es indessen nicht an, weil sich die objektiven Merkmale für eine verdeckte Sacheinlage aus anderen Umständen ergeben und insoweit die rechtlichen Beziehungen zwischen der Bekl. und der B. unerheblich sind.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die B. der B.-AG gem. Vertrag vom 28. 8. 1978 ein Darlehen in Höhe von 30 Mio. DM gewährt. Das Darlehen ist nach Weisung der B.-AG am 1. 9. 1978 durch Überweisung auf das bei der Bekl. geführte Girokonto ausgezahlt worden. Damit hat die B.-AG zugleich den ihr von der Bekl. auf diesem Konto ab 14. 7. 1978 eingeräumten Überziehungskredit getilgt. Am 4. 10. 1978 hat die Hauptversammlung der B.-AG die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen. Die Bekl. hat als Mitglied des Zeichnungskonsortiums entsprechend ihrer prozentualen Beteiligung von 36,50 % Aktien zum Ausgabewert von insgesamt 32.393.750,- DM übernommen. Dieser Betrag ist – zusammen mit den von den übrigen Konsorten geschuldeten Zeichnungsbeträgen – am 7. 11. 1978 der B.-AG durch Überweisung auf das von ihr bei der W. geführte Girokonto ausbezahlt worden. An diesem Tage ist auch mit Überweisungsauftrag der B.-AG vom 27. 10. 1978, auf dem für die Wertstellung der 7. 11. 1978 vermerkt war, der Kredit der B. zurückgezahlt worden.

Nach der Rspr. des Senats kann die Tilgung einer Darlehensforderung des Inferenten mit Bareinlagemitteln ein verdecktes Sacheinlagengeschäft darstellen (BGHZ 110, 47, 60ff.). Hierfür kann es keinen Unterschied machen, ob der Tilgungsbetrag mit dem für die Aktien einzuzahlenden Betrag verrechnet wird, die Gesellschaft eine schon erbrachte Bareinlage abredgemäß zur Tilgung verwendet oder ob sie die Darlehensforderung zunächst tilgt und der Darlehensgläubiger alsdann seine Bareinlageschuld begleicht (BGH WM 1982, 660, 662 = ZIP 1982, 689, 692 – Holzmann, insoweit in BGHZ 83, 319 nicht abgedruckt; BGHZ 113, 335, 345 = DNotZ 1991, 843 = MittRhNotK 1991, 218). Unter diesem Gesichtspunkt sind für die Frage der verdeckten Sacheinlage die Rückzahlung des von der Bekl. gewährten Überziehungskredites durch die B.-AG am 1. 9. 1978 und die Zahlung des von der Bekl. geschuldeten Einlagebetrages an die B.-AG am 7. 11. 1978 als entscheidend anzusehen. Zwischen beiden Zahlungen besteht ein enger sachlicher Zusammenhang: Der Überziehungskredit diente der Vorfinanzierung der Einlagemittel, die von der Bekl. nach Übernahme der auf sie entfallenden Aktien aus der geplanten Kapitalerhöhung hätte gezahlt werden müssen. Dieser Kredit wurde im Hinblick auf die Bedenken, die sich unter dem Aspekt der verdeckten Sacheinlage nach damaliger Ansicht der Bet. gegen die Verrechnung des Vorfinanzierungskredites gegen die Bareinlageverpflichtung ergaben, getilgt und die Einlageverpflichtung durch Barüberweisung vorgenommen. Daß die Kredittilgung mit darlehensweise von einem Drittgläubiger bereitgestellten Mitteln bewirkt wurde, ist unerheblich. Entscheidend ist allein, daß die B.-AG mit ihr zur Verfügung stehenden Geldern den ihr von der Bekl. eingeräumten Überziehungskredit tilgte (vgl. insoweit bereits BGH WM 1982, 862, 866 = ZIP 1982, 923, 928). Der zeitliche Zusammenhang ergibt sich aus der Nähe der Zeitpunkte, in denen Tilgung des Kredites (1. 9. 1978) und Zahlung des Einlagebetrages (7. 11. 1978) vorgenommen worden sind. Dabei ist es, wie bereits ausgeführt, rechtlich ohne Bedeutung, daß die Kredittilgung vor der Erfüllung der Einlageverpflichtung vorgenommen worden ist.

b) Ob für den Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage das Bestehen eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen Darlehenstilgung und Leistung der Einlagemittel ausreicht oder zusätzlich eine Abrede zwischen Bareinleger und Vertretungsorgan der Gesellschaft erforderlich ist, die den wirtschaftlichen Erfolg umfaßt, von der die umgangene Norm ausgeht, ist vom Senat bisher offengelassen worden (BGHZ 110, 47). Diese Frage bedarf auch für den vorliegenden

Fall keiner Entscheidung, da eine solche Abrede vorliegt. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, die B.-AG habe sich am 13. 7. 1978 u. a. mit der Bekl. auf das später realisierte Sanierungskonzept geeinigt, das eine Vorfinanzierung der beabsichtigten Kapitalerhöhung vorgesehen habe. Wie sich aus den Protokollen über die Besprechung vom 20. und 26. 7. 1978 ergebe, habe auch die Bekl. die Vorfinanzierung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage als problematisch angesehen. Die B.-AG habe u. a. mit der Bekl. eine Einigung darüber erzielt, daß sie unter Einschaltung einer Drittbank den eingeräumten Vorfinanzierungskredit tilgen und die Bekl. ihre Einlageverpflichtung nicht durch Verrechnung mit diesem Kredit, sondern bar erbringen solle. Dieses Konzept sei zwar zwischen der B.-AG und der W. ausgehandelt, der Bekl. jedoch anschließend bekannt gegeben und es sei von ihr danach verfahren worden. Aus diesen von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen ergibt sich, daß Bekl. und B.-AG erkannt hatten, daß der von ihnen ursprünglich eingeschlagene Weg, den Finanzierungskredit mit den aus der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen gewonnenen Einlagemitteln zu tilgen, nicht zulässig war, sondern das von ihnen angestrebte Ergebnis nur im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen durch Einbringung der Forderung erreicht werden konnte. Denselben wirtschaftlichen Erfolg haben sie mit den von ihnen vereinbarten, bereits dargelegten Maßnahmen angestrebt. Damit haben sie eine Abrede getroffen, die den wirtschaftlichen Erfolg der umgangenen Norm des § 183 AktG umfaßt (allgemein zum Inhalt einer derartigen Abrede vgl. Mülbart, ZHR 154 [1990], 145, 190 f.; Ulmer, ZHR 154 [1990], 128, 140 m.w.N. in Fn. 50; vgl. ferner die Nachw. in BGHZ 110, 65).

3. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage scheitere im vorliegenden Fall nicht daran, daß die Bekl. die Aktien mit der Verpflichtung übernommen habe, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten (§ 186 Abs. 5 AktG). Da die Vorfinanzierung der Kapitalerhöhung gegenüber dem Publikum nicht offengelegt worden sei, habe die Bekl. den Eindruck erweckt, der Gesellschaft werde durch die Kapitalerhöhung neues Barkapital zugeführt, während es in Wirklichkeit durch die Kreditgewährung bereits verbraucht gewesen sei. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht damit den Besonderheiten der Aktienzeichnung, die von der Bekl. als Mitglied des von der B.-AG eingeschalteten Übernahmekonsortiums zwecks Abwicklung des sogenannten mittelbaren Bezugsrechts vorgenommen worden ist, nicht gerecht wird.

a) Die Regelung des § 186 Abs. 5 AktG setzt voraus, daß die eingeschaltete Emissionsbank (Emissionskonsortium; künftig: Bank) die aus der Kapitalerhöhung hervorgehenden Aktien fest übernimmt. Das hat zur Folge, daß die Emission der Aktien rechtlich im Verhältnis der Gesellschaft zur Bank stattfindet (Übernahmekonsortium; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 186 AktG, Rd.-Nr. 172 f.; KK/Lutter, 2. Aufl., § 186 AktG, Rd.-Nr. 102ff.; MünchHdbGesR/Krieger, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 74; Godin/Wilhelmi, 4. Aufl., § 186 AktG, Anm. 10; Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Gleichzeitig geht die Bank jedoch die Verpflichtung ein, die übernommenen Aktien den Aktionären der Gesellschaft zum Bezug anzubieten. Diese Vereinbarung, die als ein berechtigender Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 2 BGB anzusehen ist (BGHZ 114, 203, 208), gewährt den Aktionären einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Bezug der neuen Aktien. Zwar stellt § 186 Abs. 5 AktG die Fiktion auf, daß das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre durch eine derartige Regelung nicht ausgeschlossen wird. Sinn dieser Fiktion ist es jedoch nur, das mittelbare Bezugsrecht von den erschwerenden Voraussetzungen des § 186 Abs. 3 und 4 AktG freizustellen (KK/Lutter, § 186 AktG, Rd.-Nr. 104; GroßKomm/Wiedemann, 3. Aufl., § 186 AktG, Anm. 15; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 186 AktG, Rd.-Nr. 153 f.; MünchHdbGesR/Krieger, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 75; Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Formalrechtlich liegt auch in einer derartigen Regelung der Ausschluß des (originären) Bezugsrechts der Aktionäre. Sie bewirkt aber, daß die Emission der Aktien wirtschaftlich im Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionären unter Einschal-

tung der Bank als Abwicklungsstelle durchgeführt wird (Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Die Bank hat demnach lediglich die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders (Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 2256, 2270; Ulmer, ZHR 154 [1990], 128, 142; Groß, AG 1991, 217, 225). Daraus wird in der Lit. die Schlußfolgerung gezogen, es sei unter diesen Umständen nicht erforderlich, die Bank zur Gewährleistung der mit dem Sacheinlagenrecht verfolgten Schutzzwecke in das Verbot verdeckter Sacheinlagen einzubeziehen, weil sie kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gesellschaftsbeteiligung verfolge (Ulmer, ZHR 154 [1990], 142; im Ergebnis ebenso KK/Lutter, § 183 AktG, Rd.-Nr. 72; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447; Groß, a.a.O., 225 f.; abweichend Priester, ZIP 1991, 345, 354). Werde daher eine Forderung, die der Bank gegenüber der Gesellschaft zustehe, im Falle des „mittelbaren Bezugsrechtes“ mit Einlagemitteln getilgt, stelle das die Erfüllungswirkung der Einlageleistung nicht in Frage. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zu folgen. Sie geht allerdings davon aus, daß alle Aktionäre das ihnen zustehende Bezugsrecht ausüben und ihnen dieses Recht unverzüglich, d. h. innerhalb eines Zeitraumes gewährt wird, der höchstens erforderlich ist, um seine Ausübung in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften ordnungsgemäß abwickeln zu können (vgl. KK/Lutter, § 183 AktG, Rd.-Nr. 72, § 186 AktG, Rd.-Nr. 106; Lutter/Gehling, WM 1989, 1447). Der Bank darf ferner für ihre Dienstleistung lediglich eine angemessene Vergütung gewährt werden.

b) Nach der zwischen der B.-AG und der Bekl. als Mitglied des Übernahmekonsortiums getroffenen Vereinbarung war es den Aktionären möglich, ihr mittelbares Bezugsrecht nach Beschlußfassung über die Kapitalerhöhung am 4. 10. 1978 und der Eintragung ihrer Durchführung am 6. 10. 1978 in der Zeit vom 16. bis 31. 10. 1978 auszuüben, wobei innerhalb einer internen Nachfrist von zwei Wochen nach Ablauf der Bezugsfrist eingehende Bezugsanmeldungen berücksichtigt wurden. Bedenken gegen diesen Zeitraum ergeben sich nicht. Die Vergütung ist ferner auf Provisionsbasis festgelegt worden, die nach der Vereinbarung vom 15. 9. 1978 den für die Durchführung derartiger Emissionsgeschäfte üblichen Sätzen entsprach. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, daß alle Bezugsrechte ausgeübt worden sind. Einmal sind nach dem von der Hauptversammlung der B.-AG festgelegten Bezugsverhältnis Spitzen bei den auszugebenden Stamm- und Vorzugsaktien verblieben. Zum anderen steht nicht fest, ob alle Aktionäre von ihren Bezugsrechten Gebrauch gemacht haben. Kann nicht festgestellt werden, daß alle Aktionäre ihr Bezugsrecht ausgeübt haben, so führt dieser Umstand sowie die Tatsache, daß die Bekl. Spitzen übernommen hat, allerdings nicht ohne weiteres dazu, daß sie ihre Stellung als fremdnütziger Treuhänder nicht realisiert. Dem steht vielmehr entgegen, daß nach der Vereinbarung vom 15. 9. 1978 die Spitzen und die nicht bezogenen neuen Aktien nach Weisung des Vorstandes der B.-AG zu verwerten und die durch die Verwertung erzielten Überschußbeträge der Gesellschaft auszuzahlen sind. In einem derartigen Falle wird die Beantwortung der Frage, ob der Bank die Treuhänder-Stellung zuerkannt werden kann, davon abhängig gemacht, daß im Zeitpunkt der Zeichnung die rasche Platzierung der übernommenen Aktien auf dem Kapitalmarkt unproblematisch erscheint (Lutter/Gehling, WM 1989, 1447). Dem kann sicher dann gefolgt werden, wenn die Unterbringung der Aktien infolge unvorhersehbarer Umstände, wie z. B. bei plötzlichen Einbrüchen auf dem Kapitalmarkt oder im Börsengeschehen, nicht durchführbar ist, die Bank sich aber weiterhin um die Platzierung bemüht.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist auf die tatsächliche Entwicklung abzustellen, welche die Verwertung genommen hat. Hat der Vorstand der B.-AG eine Weisung zur Verwertung der Spitzen innerhalb der dafür vorgesehenen Frist vom 2. 11. 1978 und zur Verwertung nicht bezogener neuer Aktien unmittelbar im Anschluß an die nach Ablauf der Bezugsfrist gewährte Nachfrist erteilt und sind die Aktien daraufhin anderweit platziert worden, bevor die Bekl. Rechte aus diesen Aktien wahrgenommen hat, hat sie ihre fremdnützige Treuhänderstellung bis zur Platzierung realisiert. Hat sie zwischenzeitlich

Rechte aus diesen Aktien selbst wahrgenommen oder Aktien durch „Selbsteintritt“ erworben, läge eine Treuhänderstellung nicht vor. Unter diesen Umständen würde sie in Höhe des für die maßgebenden Aktien zu entrichtenden Ausgabekurses nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haften.

Die Voraussetzungen dafür, daß sie die Aktien stets nur als fremdnützige Treuhänderin innegehabt hat und damit eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage ausscheidet, hat die Bekl. darzulegen und zu beweisen. Dazu sind noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

II. Einlageverpflichtung in Höhe von 2.291.550,- DM:

Die Revision wendet sich im Ergebnis auch mit Erfolg dagegen, daß die Bekl. zur Zahlung des ihren Vorfinanzierungskredit übersteigenden Betrages von 2.291.550,- DM verurteilt worden ist. Eine Haftung aus gesamtschuldnerischer Verpflichtung (§ 427 BGB) kommt nur dann in Betracht, wenn die W. zumindest in dieser Höhe nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haftet und damit die Einlageverpflichtung aus dem Zeichnungsvertrag insoweit noch nicht erfüllt ist.

1. Entgegen der Ansicht der Revision scheidet die Haftung der Bekl. in Höhe dieses Betrages nicht deswegen aus, weil in dem mit der B.-AG abgeschlossenen Vertrag vom 15. 9. 1978 eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten ausgeschlossen worden ist. Auf diesen Ausschluß kann sich die Bekl. entsprechend § 185 Abs. 3 AktG nicht berufen.

a) Zeichnung und Übernahme der Aktien hat nicht jeder einzelne Konsort, sondern die Konsortalführerin „für ein unter unserer Federführung stehendes Bankenkonsortium“ erklärt. Dieses Übernahmeconsortium stellt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer Außengesellschaft dar (Münch-Komm/Ulmer, 2. Aufl., vor § 705 BGB, Rd.-Nr. 31). Eine GbR kann Gesellschafterin einer AG sein. Es gelten hier im wesentlichen die gleichen Überlegungen, aus denen der Senat die GbR als Gesellschafterin einer GmbH und als Mitglied einer Genossenschaft anerkannt hat (vgl. zur GmbH BGHZ 78, 311 = DNotZ 1981, 299; zur Genossenschaft BGHZ 116, 86; KK/Kraft, 2. Aufl., § 2 AktG, Rd.-Nr. 23).

b) Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß in der mit der B.-AG getroffenen Vereinbarung vom 15. 9. 1978 die Beteiligung der Mitglieder des Konsortiums prozentual festgelegt und eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten ausgeschlossen worden ist. Ob die W. unter diesen Umständen überhaupt als bevollmächtigt angesehen werden konnte, die Konsorten über diese Beschränkung hinaus zu verpflichten (vgl. dazu BGHZ 74, 240, 242 f. = DNotZ 1979, 537), kann dahingestellt bleiben. Haben die Konsorten in ihrer Gemeinschaft wie im vorliegenden Falle durch die Entgegennahme der Aktien, wenn auch nur in ihrer Treuhänderstellung, Aktionärsrechte ausgeübt, können sie sich, da die Durchführung der Kapitalerhöhung eingetragen worden ist, auf die Unverbindlichkeit des Zeichnungsscheines entsprechend § 185 Abs. 3 AktG nicht mehr berufen. Damit sind sie als Gesamthandsgemeinschaft Mitglied der B.-AG geworden. Das hat unabdingbar ihre gesamtschuldnerische Haftung entsprechend § 427 BGB zur Folge. Denn es würde dem Zweck der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften, die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals in der AG zu sichern, widersprechen, wenn die Mitglieder einer an der AG beteiligten Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihre Haftung für die von ihnen zu leistende Einlage auf das Gesamthandsvermögen beschränken oder ihre persönliche Haftung auf einer ihrer prozentualen Beteiligung entsprechenden Betrag begrenzen dürften (BGHZ 78, 311, 316 f. = DNotZ 1981, 299; Flume, FS Raiser, 1974, 27, 36; Münch-Komm/Ulmer, vor § 705 BGB, Rd.-Nr. 33; Hohner, NJW 1975, 718, 720; zur Kritik an der Senatsentscheidung vgl. KK/Kraft, § 2 AktG, Rd.-Nr. 23; Koch, ZHR 146 [1982], 118, 134 f.; abweichend Canaris, Bankvertragsrecht, a.a.O., Rd.-Nr. 2265).

2. Kommt eine gesamtschuldnerische Haftung der Bekl. im Rahmen des Übernahmeconsortiums generell in Betracht, so hängt ihre Haftung im konkreten Fall jedoch davon ab, ob die W.

als Mitgesellschafterin ihrer Einlageverpflichtung zumindest in Höhe des hier maßgebenden Betrages noch nicht nachgekommen ist. Insoweit ist entscheidend, ob die W. als Mitglied des Übernahmeconsortiums noch eine Haftung entsprechend § 183 Abs. 2 S. 3 AktG unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage trifft. Hier gelten die gleichen Erwägungen, die in bezug auf die Bekl. unter I.3. der Urteilsgründe angestellt worden sind. Darauf kann Bezug genommen werden. Inwieweit sich der zwischen der W. und dem Kl. abgeschlossene Vergleich auf die Verpflichtung der Bekl. auswirkt (vgl. §§ 422 ff. BGB), bedarf noch der Prüfung durch das Berufungsgericht auf der Grundlage weiter zu treffender Feststellungen.

III. Zur Frage der Verjährung der Einlageforderung:

Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Bekl. ganz oder teilweise zur Zahlung der Klageforderung verpflichtet ist, kann dieser Forderung nicht mit der Einrede der Verjährung begegnet werden. Denn die Einlageforderung i.S.d. § 183 Abs. 2 S. 3 AktG unterliegt der 30jährigen Verjährung des § 195 BGB. Der unter Berufung auf Joost (ZIP 1990, 549ff., 561) vertretenen Ansicht der Revision, auf diese Forderung müsse § 9 Abs. 2 GmbHG entsprechend angewandt werden, kann nicht gefolgt werden.

a) Der Senat hat eine dem § 9 Abs. 1 GmbHG entsprechende Differenzhaftung auch für das Aktienrecht bejaht (BGHZ 64, 52, 62). Im Hinblick auf die Erwägungen, die der Verjährungsregelung des § 9 Abs. 2 GmbHG zugrundeliegen (vgl. BGHZ 105, 305 = DNotZ 1989, 516) dürften keine Bedenken bestehen, diese Verjährungsfrist auch auf den Differenzhaftungsanspruch im Aktienrecht anzuwenden.

b) Auf den Erfüllungsanspruch aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG (für die Gründung: § 27 Abs. 3 S. 3 AktG) treffen die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber bewogen haben, die Verjährungsfrist für den Anspruch aus der sog. Differenzhaftung auf fünf Jahre zu begrenzen, nicht zu. Die Regelung des § 9 Abs. 2 GmbHG beruht auf zwei Gedanken: Einmal wird die Bewertung einer Sacheinlage mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger als sie es ohnehin schon im Zeitpunkt ihrer Leistung ist. Zur Vermeidung kaum noch überwindbarer Bewertungsschwierigkeiten erscheint es bereits aus diesem Grunde angebracht, die Verjährungsfrist für die Geltendmachung des zur übernommenen Einlage bestehenden Differenzbetrages auf einen als angemessen zu erachtenden Zeitraum von fünf Jahren zu kürzen. Zum anderen kann davon ausgegangen werden, daß sich spätestens nach Ablauf dieser fünf Jahre gezeigt hat, ob sich die Überbewertung der Sacheinlage zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt hat (vgl. dazu BGHZ 105, 300, 305 = DNotZ 1989, 516; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 9 GmbHG, Rd.-Nr. 17). Die Revision hält eine Anwendung dieser Verjährungsfrist auf den Anspruch aus § 183 Abs. 2 S. 3 (§ 27 Abs. 3 S. 3) AktG deswegen für geboten, weil in beiden Fällen bereits eine Leistung erbracht worden ist und in beiden Fallgestaltungen dem Erfüllungsanspruch eine gesellschaftsvertraglich übernommene Geldeinlagepflicht zugrunde liege. Dieser Gedanke trägt schon deswegen nicht, weil darauf die Verkürzung der Verjährungsfrist nicht beruht. Ihre weitere Überlegung, sowohl in dem einen als auch dem anderen Falle sei auch der Schutz der übrigen Aktionäre von Bedeutung, trifft zwar zu. Es ist ferner nicht von der Hand zu weisen, daß es sich auch bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage häufig, wenn nicht sogar regelmäßig in einem Zeitraum von fünf Jahren gezeigt haben wird, ob sich die Gesetzesumgehung zum Nachteil der Gläubiger – und der übrigen, insbesondere der Minderheitsaktionäre – ausgewirkt hat. Jedoch darf der Gesichtspunkt nicht vernachlässigt werden, daß aufgrund der für das (Sachübernahme- und) Sacheinlagengeschäft in §§ 27 Abs. 3 und 183 Abs. 2 AktG getroffenen Regelung, deren Rechtsgedanke auf das der verdeckten Sacheinlage zugrundeliegende Rechtsgeschäft Anwendung findet, keine Teil-, sondern eine vollständige Nichterfüllung vorliegt. Das ist zwar, wie zutreffend hervorgehoben wird, „nur“ auf eine zur Differenzhaftung unterschiedliche gesetzliche Wertung zurückzuführen. Diese beruht jedoch auf unterschiedlichen tatsächlichen Voraussetzungen der Kapitalaufbringung: Im Falle der Überbewertung ist der Sacheinlagevorgang offengelegt,

bei dem der Regelung der §§ 27 Abs. 3, 183 Abs. 2 AktG und der verdeckten Sacheinlage zugrundeliegenden Fallgestaltungen fehlt es an der Offenlegung des Gesamtvorganges oder von Teilen davon. Dieser Umstand hat – im Unterschied zur Differenzhaftung – den Gesetzgeber gerade dazu veranlaßt, im Verhältnis Gesellschaft – Sacheinleger die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäftes eintreten zu lassen. Obwohl auch hier eine Lösung im Sinne einer Differenzhaftung hätte gewählt werden können, sieht das Gesetz davon ab, weil es in diesen Fällen die Gläubiger und übrigen Aktionäre einer besonders hohen Gefährdung ausgesetzt sieht. Es läßt deswegen den Anspruch auf Leistung der Bareinlage nicht nur in Höhe der Differenz zur übernommenen Einlage, sondern in seiner Gesamtheit bestehen. Würde man die Verjährungsfrist für den vollständigen Erfüllungsanspruch von 30 auf fünf Jahre verkürzen, käme das einer Verringerung des Gläubiger- und Aktionärsschutzes gleich. Das würde der vorstehend dargelegten Tendenz des Gesetzes zuwiderlaufen.

Es wird ferner darauf verwiesen, nicht nur die Feststellung der für die Bewertung maßgeblichen Umstände und damit die Bewertung selbst würden mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger, sondern auch die Feststellung der für das Sachübernahme- und Sacheinlagengeschäft und die verdeckte Sacheinlage relevanten Tatsachen. Das trifft zwar zu; jedoch wird mit dieser Argumentation verkannt, daß die gesetzliche Regelung des § 9 Abs. 2 GmbHG nur den Gesichtspunkt im Auge hat, daß sich die Feststellung der für die Bewertung der Sacheinlage relevanten Tatsachen und damit deren Bewertung selbst zunehmend schwieriger gestalten können. Das kann zwar auch bei der verdeckten Sacheinlage und den der Regelung der §§ 27 Abs. 3 und 183 Abs. 2 AktG zugrundeliegenden Rechtsgeschäften von Bedeutung sein, stellt aber nur einen Teil der als maßgeblich in Betracht zu ziehenden Umstände dar. Auf die darüber hinausgehenden Umstände bezieht sich der Regelungszweck nicht. Ihre Feststellung kann sich zwar mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger gestalten, das ist jedoch nicht so eindeutig wie bei der Bewertung der Sacheinlage.

Unter diesen Umständen erscheint es nicht gerechtfertigt, den geltend gemachten Anspruch einer fünfjährigen Verjährungsregelung entsprechend § 9 Abs. 2 GmbHG zu unterwerfen.

IV. Die Revision der Bekl. hat die Vereinbarkeit der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage mit der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.1976 (ABl. EG 1977 L 26) nicht in Frage gestellt. Insoweit haben sich im Rahmen des Verfahrens nach dem Urteil des Senats vom 15.1.1990 (BGHZ 110, 47) keine neuen Gesichtspunkte ergeben, so daß auf die Gründe dieser Entscheidung Bezug genommen werden kann.

B. Zur Revision des Klägers:

Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Kl. auf Zahlung von Zinsen für die Zeit vom 7. 11. 1978 bis zum 1. 1. 1989 verneint. Es hat dazu ausgeführt, Fälligkeit der Forderung und Verzug der Bekl. seien erst mit der Erhebung der Klage am 2. 1. 1989 eingetreten. Für die davorliegende Zeit seien die Voraussetzungen einer Fälligkeit i.S.d. § 63 Abs. 1 AktG nicht gegeben. Die Revision meint demgegenüber, Fälligkeit und Verzug seien spätestens am 7. 11. 1978 eingetreten. Einer Aufforderung i.S.d. § 63 Abs. 1 AktG habe es nicht bedurft. Der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden.

1. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Fälligkeit der Einlageforderung grundsätzlich eine Aufforderung des Vorstandes und deren Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern voraussetzt (§ 63 Abs. 1 AktG). Das hat der Senat auch für eine AG bejaht, deren Aktionärskreis überschaubar war (BGHZ 110, 47, 75ff.). Die Vorschrift, die nur für Aktionäre, nicht hingegen für Übernehmer von Aktien (§ 29 AktG) oder Zeichner (§ 185 AktG) gilt, dient der Sicherung der Kapitalaufbringung und soll die gleichzeitige und gleichmäßige Fälligkeit der noch offenen Bareinlagebeträge gewährleisten (vgl. KK/Lutter, § 63 AktG, Rd.-Nr. 2, 8 und 13; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 63 AktG, Rd.-Nr. 1, 8 und 16; GroßKomm/Barz, § 63

AktG, Anm. 1 und 5; Baumbach/Hueck, 13. Aufl., § 63 AktG, Rd.-Nr. 4 und 10). Sie ist auch in Fällen anzuwenden, in denen die Zahlung eines Aktionärs deswegen nicht als Erfüllung seiner Barleistungspflicht angesehen werden kann, weil sie zusammen mit der Tilgung eines Darlehens ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellt, das als Sacheinlage gewertet werden muß, so daß die Bareinlage noch zu leisten ist; sie erstreckt sich auf die gem. § 36 Abs. 2 AktG bis zur Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister eingeforderten Beträge, deren Einzahlung gesetzswidrig unterblieben ist (BGHZ 110, 47, 75 f.). Die Aufforderung ist in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen, soweit die Satzung keine andere Mitteilungsform zuläßt (§ 63 Abs. 1 S. 2 AktG). Diese Ausnahmeregelung, die nur durch Aufnahme in die Satzung wirksam getroffen werden kann, ist vor allem mit Rücksicht auf Einmann-Gesellschaften und Gesellschaften mit wenigen Aktionären vorgesehen worden (GroßKomm/Barz, § 63 AktG, Anm. 1). Vor der Fälligkeitstellung durch den Vorstand kommt somit eine Verzinsung nach § 63 Abs. 2 AktG nicht in Betracht. Ebenso scheidet die Geltendmachung von Verzugszinsen aus.

2. Der Vorstand der B.-AG und die Konsortialführerin haben – übereinstimmend mit dem Inhalt des Zeichnungsscheines – in der Vereinbarung vom 15. 9. 1978 festgelegt, daß 25 % des Nennbetrages und das Aufgeld rechtzeitig vor der Hauptversammlung vom 4. 10. 1978, also spätestens an diesem Tage, und der Restbetrag am letzten Tag der Bezugsfrist, der nach dem zum Gegenstand der Vereinbarung gemachten Bezugsangebot auf den 31. 10. 1978 fällt, zu zahlen war. In der Erklärung des Vorstandes ist zugleich eine Aufforderung i.S.d. § 63 Abs. 1 S. 1 AktG zu sehen. Ferner liegt darin eine kalendermäßige Zeitbestimmung, welche nach § 284 Abs. 2 BGB Verzugsfolgen auslöst. Soweit die Bekl. Rechte aus ihr übertragenen Aktien vor deren Plazierung wahrgenommen oder solche durch „Selbsteintritt“ erworben hat, hat sie eine uneigennützige Treuhänderstellung nicht realisiert. Da sie in Höhe des Ausgabekurses der in Betracht zu ziehenden Aktien nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haftet, ist sie insoweit auch nicht ihrer Einlagepflicht i.S.d. § 183 Abs. 2 S. 3 AktG zu dem vom Vorstand der B.-AG festgelegten Zeitpunkt nachgekommen. Die Bekl. wäre dann verpflichtet, für diesen Betrag auf jeden Fall vom Zeitpunkt der Geltendmachung durch den Kl., dem 7. 11. 1978 an, Verzugszinsen zu bezahlen. Ihrer Inanspruchnahme steht nicht entgegen, daß die Zahlungsaufforderung des Vorstandes nicht in den Gesellschaftsblättern veröffentlicht worden ist. Zwar ist die Vorschrift des § 63 Abs. 1 S. 2 AktG im Interesse eines wirksamen Aktionärsschutzes streng zu handhaben. Von der Einhaltung ihrer Voraussetzungen kann nur dann abgesehen werden, wenn die Veröffentlichung in Anbetracht der außergewöhnlichen Umstände des Falles nur deswegen vorgenommen würde, um der vorgeschriebenen Form zu genügen, durch Nichteinhaltung der Form der von der gesetzlichen Bestimmung bezweckte Schutz der Aktionäre jedoch nicht beeinträchtigt wird. Davon ist das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen. Betroffen sind von den Mitgliedern des Konsortiums lediglich die Bekl. und die W. Beide waren führend in dem Bemühen um die Sanierung der B.-AG. Im Rahmen der Sanierung ist die Vereinbarung über die Übernahmeemission geschlossen worden, deren Bestandteil die Frist ist, die beiden Konsortialmitgliedern nicht nur bekannt war, sondern die sie mit dem Vorstand der B.-AG vereinbart haben. In einem solchen Ausnahmefall kann die Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern zur Wirksamkeit der Zahlungsaufforderung zum Schutze der Aktionäre nicht als erforderlich angesehen werden.

Ob Zinsen für den fraglichen Zeitraum angefallen sind, hängt davon ab, ob die Bekl. noch Einlagebeträge schuldet. Dazu muß das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen noch treffen.

C. Der Rechtsstreit war auf die Revisionen beider Parteien hin an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es – gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien – die für die Entscheidung des Rechtsstreits weiterhin erforderlichen Feststellungen treffen kann.

8. Gesellschaftsrecht – Kapitalerhöhung bei der AG/Verfügung über Bareinlage vor Eintragung der Kapitalerhöhung (BGH, Urteil vom 13. 7. 1992 – II ZR 263/91)

AktG §§ 188 Abs. 2; 36 Abs. 2; 37 Abs. 1; 54 Abs. 3

- 1. Der Vorstand einer AG kann über den gem. § 188 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 36 Abs. 2 AktG eingeforderten Betrag unter dem Vorbehalt wertgleicher Deckung bereits vor Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung verfügen. Die Erklärung, die der Vorstand gegenüber dem Registergericht bei der Anmeldung abgibt, enthält die Versicherung, daß der aufgrund der Einforderung eingezahlte Betrag wertmäßig zu seiner freien Verfügung steht.**
- 2. Ist der Betrag durch Gutschrift auf ein Konto der Gesellschaft bei einem Bankinstitut eingezahlt worden und hat der Vorstand über ihn bereits vor der Anmeldung verfügt, kann der Nachweis, daß der eingezahlte Betrag wertmäßig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, regelmäßig nicht durch eine Bestätigung des Bankinstituts erbracht werden.**
- 3. Der vor der Anmeldung eingeforderte Betrag kann nur in der durch § 54 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen Form zur freien Verfügung des Vorstandes geleistet werden. Diese Regelung ist zwingend und schließt jede andere Art der Erfüllung (hier: unmittelbare Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger im Einverständnis des Vorstandes) aus.**
- 4. Bei der Verantwortlichkeit des Kreditinstituts nach § 37 Abs. 1 S. 4 AktG handelt es sich um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der eigenen Erklärung, die eine Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB ausschließt.**

Zum Sachverhalt:

Der Kl., der zum Konkursverwalter über das Vermögen der A. AG mit Sitz in D. (künftig: Gemeinschuldnerin) ernannt worden ist, nimmt die verklagte Bank auf Schadenersatz gem. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 17. 2. 1986 meldeten Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzender die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals der Gemeinschuldnerin um 1 Mio. DM, das von deren alleinigen Aktionär und Aufsichtsratsvorsitzenden gezeichnet worden war, unter Vorlage je einer schriftlichen Bestätigung der H. V. vom 23. und der Bekl. vom 29. 1. 1986 über die Einzahlung des Zeichnungsbetrages von 1 Mio. DM zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Bescheinigung der Bekl. lautet u. a. wie folgt:

„Bestätigung zur Vorlage beim Handelsregister

... wunschgemäß bestätigen wir Ihnen, daß Herr P. W. K. am 31. 12. 1985 auf Ihr bei uns geführtes Konto 150.000,- DM mit dem Verwendungszweck – Resteinzahlung Kapitalerhöhung – eingezahlt hat und Ihnen damit dieser Betrag zur freien Verfügung stand.“

Die Kapitalerhöhung ist am 4. 4. 1986 eingetragen worden.

Über das genannte Konto hatte die Bekl. der Gemeinschuldnerin einen bis zum 31. 5. 1985 befristeten Betriebsmittelkredit von 200.000,- DM gewährt, der per 31. 12. 1985 mit 160.235,19 DM in Anspruch genommen und dessen Tilgung mit Schreiben vom 27. 12. 1985 angemahnt worden war.

Nachdem der Aktionär K. der Bekl. am 20. 12. 1985 die Abdeckung des Kredites im wesentlichen durch einen Teilbetrag von 150.000,- DM aus der Kapitalerhöhungseinlage zugesagt und die Bekl. dies dem Vorstand der Kl. mit Schreiben vom 27. 12. 1985 mitgeteilt hatte, überwies er die Summe am 31. 12. 1985 auf das genannte Konto.

Der Kl. ist der Ansicht, die Zahlung sei keine Leistung zur freien Verfügung des Vorstandes, da dieser in der Verfügung über das Bankguthaben durch die Gegenforderung der Bekl. beschränkt gewesen sei. Ihre Bestätigung vom 29. 1. 1986 sei daher falsch gewesen. Die Bekl. bestreitet das. Der Vorstand der Gemeinschuldnerin und der Aktionär K. hätten sich vor der Zahlung darüber geeinigt, daß die Kapitaleinlage auf das genannte Konto zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit einzuzahlen sei.

Das LG hat der Klage unter Abweisung im übrigen in Höhe von 75.000,- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 3. 2. 1986 stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Bekl. gänzlich abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kl. seine in der Berufungsinanz gestellten Anträge weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Wiederherstellung des LG-Urteils und im übrigen zur Erhöhung der Zinspflicht der Bekl. auf 9,5 % ab Rechtshängigkeit der Klage.

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die nach § 37 Abs. 1 S. 3 AktG abgegebene Erklärung der Bekl. vom 29. 1. 1986 sei unrichtig gewesen. Gleichgültig, ob man die Bestätigung auf den Zeitpunkt der Anmeldung beziehe, weil der Einlagebetrag noch habe verfügbar sein müssen, oder auf den Zeitpunkt der Überweisung durch den Zeichner, weil es ausreiche, daß die Einlage bei Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung nach ihrem Wert noch vorhanden gewesen sei, habe der Einlagebetrag an keinem der beiden Zeitpunkte zur freien Verfügung des Vorstandes der Gemeinschuldnerin gestanden. Denn daran fehle es dann, wenn der Betrag – wie es vorliegend geschehen sei – auf ein debitorisches Konto überwiesen und von der Bank mit dem zur Rückzahlung fälligen Kredit verrechnet werde. Eine Zahlungsverpflichtung der Bekl. i.S.d. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG hat das Berufungsgericht jedoch mit der Begründung verneint, der Vorstand der Gemeinschuldnerin sei durch das Schreiben der Bekl. vom 27. 12. 1985 darüber unterrichtet worden, daß der Kredit mit dem Einlagebetrag von 150.000,- DM habe getilgt werden sollen. Er habe das gebilligt, weil er mit Schreiben vom 17. 1. 1986 die Auflösung des Kontos beantragt habe. Dieses Verhalten des Vorstandes, das sich die Gemeinschuldnerin zurechnen lassen müsse, stehe unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 Abs. 1 BGB) der Geltendmachung eines Anspruches aus § 37 Abs. 1 S. 4 AktG durch den Kl. entgegen.

Die Revision nimmt die Ausführungen im Berufungsurteil darüber, daß die Bestätigung vom 29. 1. 1986 unrichtig gewesen sei, als ihr günstig hin. Sie meint jedoch, das Berufungsurteil habe die sich daraus ergebende Haftung der Bekl. i.S.d. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG nicht mit der angeführten Begründung ablehnen dürfen. Dem ist zu folgen.

Der Bestätigungserklärung, die ein Kreditinstitut mit dem sich aus § 37 Abs. 1 S. 2 u. 3 AktG ergebenden Inhalt abgibt, kommt eine weitreichende Bedeutung zu: Wird sie dem Registergericht mit dem Antrag auf Eintragung der Gesellschaft bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung und der Erklärung der Anmeldenden über die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 36 Abs. 2 und 36 a AktG vorgelegt, braucht es keine weiteren Nachforschungen über die Kapitalaufbringung durchzuführen, soweit kein konkreter Anlaß besteht, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, sondern es kann die Eintragung in das Handelsregister vornehmen. Die Richtigkeit der Bestätigung ist entscheidende Voraussetzung für die zutreffende Unterrichtung der auf die Registereintragungen vertrauenden Öffentlichkeit, insbesondere der Gläubiger und künftigen Aktionäre. Folgerichtig wird der in § 37 Abs. 1 S. 4 AktG normierten Verantwortlichkeit des Kreditinstituts für die Richtigkeit seiner Bestätigung allgemein die Bedeutung zuerkannt, daß es, wenn die geschuldete Bareinlage entgegen seiner Erklärung ganz oder teilweise nicht aufgebracht worden ist, den fehlenden Betrag nach Maßgabe seiner Bestätigung selbst zu leisten hat (BGHZ 113, 335, 355 = DNotZ 1991, 843 = MittRhNotK 1991, 218; KK/Kraft, 2. Aufl., § 37 AktG, Rd.-Nr. 20; Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, 1973/1984, § 37 AktG, Rd.-Nr. 11; GroßKomm/Barz, 3. Aufl., § 37 AktG, Anm. 3; Godin/Wilhelmi, 4. Aufl., § 37 AktG, Anm. 3; K. Schmidt, AG 1986, 106, 114).

Wie der Senat bereits zum Recht der GmbH, in dem er die Vorschrift des § 37 Abs. 1 S. 4 AktG entsprechend anwendet, ausgeführt hat, vermag die Kenntnis der Geschäftsführer einer Gemeinschuldnerin von der Unrichtigkeit der Bankbestätigung die Bank von dieser Haftung nicht zu entlasten. Denn bei der Verantwortlichkeit des Kreditinstituts i.S.d. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG handelte es sich um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der eigenen Erklärung. Zudem gebietet es der mit den Grundsätzen der Kapitalaufbringung beabsichtigte Schutz der Gesellschaftsgläubiger, daß alle für die Einhaltung dieser

Grundsätze Verantwortlichen jeweils eigenständig haften. Eine Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB scheidet daher aus (BGHZ 113, 335, 355 = DNotZ 1991, 843 = MittRhNotK 1991, 218).

War, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Bestätigung der Bekl. vom 29.1.1986 unrichtig, durfte es die Kenntnis des Vorstandes der Gemeinschuldnerin davon nicht zum Anlaß nehmen, eine Haftung der Bekl. gem. § 254 Abs. 1 BGB auszuschließen. Das verbietet das vorstehend dargelegte Verständnis der Ausgestaltung der in § 37 Abs. 1 S. 4 AktG normierten Verantwortlichkeit als eigenständige Gewährleistungshaftung. Bereits aus diesem Grunde kann die Haftung der Bekl. auch nicht mit der Erwägung verneint werden, der Vorstand der Gemeinschuldnerin habe sich widersprüchlich verhalten, weil er faktisch auf die Leistung zur freien Verfügung verzichtet habe, obwohl er rechtlich dazu nicht in der Lage gewesen sei.

II. Der Klage war unter diesen Umständen stattzugeben. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht die von der Bekl. erteilte Bankbestätigung als unrichtig beurteilt. Die Gegenrügen, mit denen die Bekl. die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen angegriffen hat, haben keinen Erfolg.

1. Das gilt zunächst für das Vorbringen der Bekl., mit dem sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht eine Auslegung der Erklärung vom 29.1.1986 unterlassen habe, obwohl sie ausdrücklich vorgetragen habe, daß sich diese Erklärung nicht auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrages, sondern auf den 31.12.1985, den Tag des Eingangs und der Wertstellung der Zahlung beziehe. Ist auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen davon auszugehen, daß die Erklärung – bezogen auf den 31.12.1985 – unrichtig war, weil mit Rücksicht auf die von der Bekl. vorgenommene Verrechnung des Zahlungsbetrages mit dem auf dem Debetkonto fällig gestellten Kreditbetrag bereits zu diesem Zeitpunkt der Vorstand der Gemeinschuldnerin über den Betrag nicht frei verfügen konnte, bestand die Möglichkeit zur freien Verfügung auch bei der späteren Stellung des Eintragungsantrages nicht. Soweit der Registerrichter aus dieser auf den Leistungszeitpunkt bezogenen Bankbestätigung und der auf den Anmeldungszeitpunkt bezogenen Erklärungen des Vorstandes i.S.d. § 37 Abs. 1 S. 1 AktG im Anmeldungszeitpunkt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung als gegeben angesehen hat, ist die unrichtige Bestätigung mitursächlich für die Eintragung geworden und löst demgemäß, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die Haftungsfolgen nach § 37 Abs. 1 S. 4 AktG aus.

2. Der Revisionserwiderung kann aber auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie darauf hinweist, der Vorstand sei dann nicht in der endgültig freien Verfügung über die Einlageleistung beschränkt gewesen, wenn die Tilgung des auf dem Debetkonto fällig gestellten Kredites durch den Zeichner der Aktien nach vorheriger Absprache mit dem Vorstand der Gemeinschuldnerin vorgenommen worden sei. Eine entsprechende Behauptung habe sie unter Beweisantritt in der Berufungsbegründung aufgestellt. Die Entscheidung über das Klagebegehren hänge von der Klärung dieser Frage ab. Dieser Ansicht der Revisionserwiderung vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

a) Nach § 203 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 188 Abs. 2 AktG gelten für die Anmeldung einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen, die – wie im vorliegenden Falle – im Wege sog. „genehmigten Kapitals“ durchgeführt wird, sinngemäß die §§ 36 Abs. 2, 36 a und 37 Abs. 1 AktG. Nach § 36 Abs. 2 AktG darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn der bei Vorliegen einer Bareinlagepflicht eingeforderte Betrag, der nach § 36 a AktG mindestens ein Viertel des Nennbetrages und das Aufgeld umfassen muß, auf jede Aktie ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und, soweit er nicht bereits zur Bezahlung der bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren verwandt wurde, endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht. § 54 Abs. 3 AktG, auf den § 36 Abs. 2 AktG verweist, bestimmt, daß der vor der Anmeldung eingeforderte Betrag u. a. durch Gutschrift auf ein bei einem Kreditinstitut geführtes Konto der Gesellschaft zur freien Verfügung des Vorstandes eingezahlt werden muß. Der Nachweis

für das Vorliegen dieser Voraussetzung kann durch eine schriftliche Bestätigung des Kreditinstitutes geführt werden (§ 37 Abs. 1 S. 3 AktG).

Aus dieser Regelung wird für die Kapitalerhöhung gefolgert, daß der vor der Anmeldung eingeforderte und eingezahlte Betrag mit Ausnahme bestimmter für die Bezahlung von Steuern und Gebühren aufgewandter Beträge im Zeitpunkt der Anmeldung noch unangetastet vorhanden sein und zur freien Verfügung des Vorstandes stehen muß (Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, 1989, § 188 AktG, Rd.-Nr. 16 f., 27 f.; in dem Sinne wohl auch: Godin/Wilhelmi, § 188 AktG, Anm. 3; GroßKomm/Wiedemann, 3. Aufl., § 188 AktG, Anm. 2, 3; Baumbach/Hueck, 13. Aufl., § 188 AktG, Anm. 3; GroßKomm/Fischer, 2. Aufl., § 155 AktG, Anm. 3; Schlegelberger/Quassowski, 1937, § 155 AktG, Rd.-Nr. 4; vgl. auch RGZ 144, 138, 145ff.).

In gleicher Weise wird für die Gründung der Gesellschaft die Ansicht vertreten, daß der vor der Anmeldung der Eintragung der AG eingeforderte und bezahlte Betrag mit Ausnahme der Aufwendungen für die bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren im Zeitpunkt der Anmeldung vollständig vorhanden sein und zur freien Verfügung des Vorstandes stehen müsse (Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 36 AktG, Rd.-Nr. 27 f.; Godin/Wilhelmi, § 36 AktG, Anm. 9, 10, 13; GroßKomm/Barz, § 36 AktG, Anm. 11, 15; KK/Kraft, § 36 AktG, Rd.-Nr. 28ff., insbes. 33; Baumbach/Hueck, § 36 AktG, Rd.-Nr. 6; GroßKomm/Fischer, § 28 AktG, Anm. 15; Schlegelberger/Quassowski, § 28 AktG, Rd.-Nr. 5 f.).

Nach diesen Ansichten kann es nicht als Erfüllung der Einlageforderung angesehen werden, wenn die Tilgung einer gegen die AG gerichteten Drittgläubigerforderung im Einverständnis des Vorstandes unmittelbar durch den Einlageschuldner mit Mitteln vorgenommen wird, die er vor der Anmeldung der Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung an die Gesellschaft zu zahlen hat (vgl. ausdrücklich KK/Lutter, § 54 AktG, Rd.-Nr. 36; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 54 AktG, Rd.-Nr. 40; GroßKomm/Barz, § 54 AktG, Anm. 15). Das ist im Recht der GmbH auch verschiedentlich von der Rspr. ausgesprochen worden (bzgl. einer Kapitalerhöhung OLG Hamburg GmbH 1982, 157; bzgl. einer Gründung BGH ZIP 1986, 161, 162 = DNotZ 1986, 371 = WM 1986, 129, 130; OLG Köln ZIP 1989, 238, 239; OLG Düsseldorf BB 1988, 2126, 2127; OLG Stuttgart DB 1986, 1514; der Rspr. folgend: Scholz/Winter, 7. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 28 u. § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 51; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 21; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477, 490; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 37 II 2, 838 betr. die Aufrechnung). Zur Begründung wird auf den zwingenden Wortlaut des § 54 Abs. 3 AktG verwiesen (Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, a.a.O.; GroßKomm/Barz, a.a.O.). Für das Recht der GmbH (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG) wird zur Begründung ausgeführt, diese Art der Leistung stelle keine Zahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführer dar (BGH a.a.O.). Nach a.A. wird das Ergebnis damit begründet, es müsse die registergerichtliche Überprüfung gewährleistet sein, daß die Drittforderung auch vollwertig sei (OLG Hamburg a.a.O.; Priester, BB 1987, 208, 210 f.; ders., DB 1987, 1473, 1475).

Die Leistung des Einlagebetrages, der den gesetzlich oder von der Gesellschaft festgelegten Mindestbetrag i.S.d. § 36 Abs. 2 AktG überschreitet, soll hingegen wirksam durch die Tilgung einer Drittgläubigerforderung erbracht werden können, da er von der Versicherung des Vorstandes gem. § 37 Abs. 1 S. 1 AktG nicht umfaßt wird. Voraussetzung dafür ist, daß der Vorstand der Gesellschaft dazu sein Einverständnis erklärt hat und die Gläubigerforderung vollwertig, fällig und liquide ist. Letzteres ist zur Gewährleistung eines effektiven Gläubigerschutzes erforderlich (BGH a.a.O.; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 66 AktG, Rd.-Nr. 71 f.; KK/Lutter, § 66 AktG, Rd.-Nr. 48; GroßKomm/Barz, § 66 AktG, Anm. 26; Priester, DB 1987, a.a.O.; ders., BB 1987, a.a.O.).

Dieser differenzierenden Ansicht wird unter Hinweis auf die Entscheidung BGHZ 80, 129 entgegengehalten, das einge-

legte Mindestkapital müsse im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister nicht in Geld, sondern nur wertmäßig vorhanden sein. Die Geschäftsführer seien daher nicht gehindert, aus den Mindesteinlagen schon vor der Anmeldung eine vollwertige und fällige Gesellschaftsverbindlichkeit zu tilgen. Demnach erscheine der generelle Ausschuß einer Direktleistung durch die Gründer bzw. Übernehmer des erhöhten Stammkapitals als zu weitgehend. Den mit § 7 Abs. 2 GmbHG bezweckten Erfordernissen der Mindesteinlageleistung sei vielmehr schon dann genügt, wenn die zu tilgende Gesellschaftsverbindlichkeit vollwertig und fällig sei und der Gründer bzw. Übernehmer die Zahlung an den Dritten aufgrund einer eigenständigen Entscheidung der über die Mittel frei verfügenden Geschäftsführer tätige (so für die GmbH: Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 38, 49; § 8 GmbHG, Rd.-Nr. 31; § 56 a GmbHG, Rd.-Nr. 17; in gleichem Sinne, aber ohne Vollwertigkeitserfordernis sowohl für GmbH als auch AG: Ihrig, Die endgültige freie Verfügung über die Einlagen von Kapitalgesellschaften, 1991, 69ff., 102ff., 276ff., insb. 292ff.; 298ff.).

b) Dieser Ansicht kann für den vorliegenden Fall der Kapitalerhöhung einer AG nicht gefolgt werden.

aa) In dem zitierten Urteil BGHZ 80, 129 hat der Senat entschieden, daß die Vorgesellschaft einer GmbH durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, auch dann verpflichtet wird, wenn nach der Satzung nur Bareinlagen vereinbart sind. Es bestehe kein Vorbelastungsverbot, sondern die Rechte und Pflichten aus derartigen Geschäften gingen mit der Eintragung der GmbH voll auf diese über. Für die Differenz, die sich durch solche Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ergebe, hafteten die Gesellschafter anteilig (sog. Unterbilanzhaftung). Diese Rspr. zur Unterbilanzhaftung hat der Senat in einer weiteren Entscheidung bestätigt, in der über die Frage entschieden worden ist, ob eine über den Mindestbetrag der Einzahlung hinausgehende, vor Eintragung der GmbH auf das Stammkapital geleistete Bareinlage zur Erfüllung der Einlageverpflichtung führt (BGHZ 105, 300 = DNotZ 1989, 516). Die Aufgabe des Vorbelastungsverbotes ermöglicht es den Gründern, unter Inanspruchnahme des von ihnen aufgebrauchten Kapitals die später von der Gesellschaft ausgeübte Geschäftstätigkeit bereits im Vorgründungsstadium in die Wege zu leiten und damit den alsbaldigen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens herbeizuführen. Die Unterbilanzhaftung führt zu einer anteiligen Haftung der Gesellschafter für die Differenz zwischen Stammkapital und den im Zeitpunkt der Eintragung vorhandenen Gesellschaftsvermögen und gewährleistet auf diese Weise, daß den Gläubigern das Stammkapital als Haftungsmasse und Sicherheit bei der Entstehung der Gesellschaft zur Verfügung steht.

bb) Der Senat brauchte bisher zu der Frage, ob das Vorbelastungsverbot im Aktienrecht aufgegeben werden und die Sicherung der Gläubigerinteressen durch eine Unterbilanzhaftung der Gründer erfolgen kann, nicht Stellung zu nehmen. In der Lehre wird die Anwendung dieser Grundsätze (zur Kritik und Weiterentwicklung vgl. Flume, Die juristische Person, 1983, 167 f.) auf die AG zunehmend befürwortet (KK/Kraft, § 41 AktG, Rd.-Nr. 118ff.; MünchHdbGesR/Hoffmann-Becking, 1988, § 3 AktG, Rd.-Nr. 31; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 27 II 4 c, 663; Ihrig, a.a.O., 69ff.; 102ff.; Lutter, NJW 1989, 2649; Farrenkopf/Cahn, AG 1985, 209; Escher-Weingart, AG 1987, 310). Der vorliegende Fall nötigt jedoch nicht dazu, diese Frage grundsätzlich zu entscheiden.

cc) Auch im Zuge der Kapitalerhöhung einer KG braucht der vor der Eintragung der Maßnahme einzuzahlende und eingezahlte Betrag in dem Zeitpunkt, in dem die Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, nicht mehr „unversehrt“ vorhanden zu sein.

Bei der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen kommt den Fra-

gen des Vorbelastungsverbotes und der Unterbilanzhaftung keine Bedeutung zu, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung bereits besteht. Das GmbHG setzt die Unversehrtheit des Stammkapitals für diesen Zeitpunkt auch nicht voraus (vgl. Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 56 a GmbHG, Rd.-Nr. 18 i.V.m. Rd.-Nr. 17 der Voraufgabe; Scholz/Priester, 7. Aufl., § 56 a GmbHG, Rd.-Nr. 9; K. Schmidt, AG 1986, 106, 115; ders., ZGR 1982, 519, 529; abweichend offenbar Ihrig, a.a.O., 302ff.). Ebensowenig verlangt dies das AktG. Zwar verweist § 188 Abs. 2 AktG auf die Vorschriften der §§ 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 AktG, nach denen aus dem aufgebrauchten Mindestkapital Steuern und Gebühren bezahlt werden können (§ 36 Abs. 2 a.E. und § 37 Abs. 1 S. 5 AktG) – eine Regelung, die als gesetzlicher Niederschlag des Vorbelastungsverbotes verstanden wird (Lutter, NJW 1989, 2649, 2654). Dies betrifft jedoch nur einen Teilaspekt des Verbotes, nämlich die Vorbelastung durch Unkosten, die Folge der Durchführung der Kapitalerhöhung sind. Davon wird jedoch nicht die – hier allein maßgebende – Frage berührt, ob der Vorstand über die Einlagemittel vor der Eintragung der Kapitalerhöhung allgemein zu dem Zweck verfügen darf, sie den wirtschaftlichen Zielen der Gesellschaft bei Schaffung eines dem aufgewendeten Betrag entsprechenden Gegenwertes dienstbar zu machen. Dieser im Rahmen der Gründung der Gesellschaft bedeutungsvolle Bereich, der in § 41 AktG nur unzulänglich geregelt wird (vgl. dazu Groß-Komm/Barz, a.a.O., § 41 AktG, Anm. 2), ist für die Kapitalerhöhung ohne Belang. Auch die strengen Anforderungen, die an einen Erwerb von Vermögensgegenständen geknüpft werden (§ 27 Abs. 1 AktG), übernimmt das Gesetz – sieht man von der zeitlich begrenzten Regelung der Nachgründung ab – für die Kapitalerhöhung nicht.

Die Beantwortung der Frage, ob das im Zuge einer Kapitalerhöhung aufgebrauchte Mindestkapital bereits vor der Anmeldung in den Wirtschafts- und Zahlungskreislauf der Kapitalgesellschaft einbezogen werden darf, muß sich demnach daran orientieren, ob die mit den Einlagemitteln getätigte Investition dazu geführt hat, daß der Gesellschaft ein den aufgewandten Mitteln entsprechender Wert zugeflossen ist, der – für sich genommen – im Zeitpunkt der Anmeldung noch vorhanden ist. Der zwischenzeitliche Eintritt anderweitiger Verluste hat darauf keine Auswirkung. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob dieser anderweitige Verlust dem – thesaurierten – Vermögen aus der Kapitalerhöhung oder dem durch seine Verwendung der Gesellschaft zugeflossenen Wert gegenübersteht. Soweit daher dem Vorstand eine Verfügungsbefugnis über das Einlagekapital vor der Anmeldung der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung unter dem Vorbehalt wertgleicher Deckung eingeräumt wird, werden dadurch die Interessen der Gläubiger, deren Schutz das neu aufgebrauchte Kapital dienen soll, nicht beeinträchtigt. Die gem. §§ 188 Abs. 2, 37 Abs. 1 S. 1, 36 Abs. 2 AktG abzugebende Erklärung beinhaltet demnach die Versicherung, daß der eingeforderte und dementsprechend eingezahlte Betrag wertmäßig endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht. Dabei hat der Vorstand im einzelnen unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen darzulegen, für welche geschäftlichen Maßnahmen der Einlagebetrag verwendet worden ist. Dieser Nachweis wird in der Regel nicht durch die Erklärung eines Kreditinstitutes erbracht werden können, wie ihn § 37 Abs. 1 S. 3 AktG vorschreibt, soweit der Einlagebetrag im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr „unversehrt“ auf dem bei der Bank geführten Konto vorhanden ist.

dd) Von der Frage, ob der gem. § 36 Abs. 2 AktG eingeforderte Betrag im Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung noch „unversehrt“ vorhanden sein muß, ist die weitere Frage zu unterscheiden, auf welche Weise dieser Betrag der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen ist. § 36 Abs. 2 AktG schreibt unter Verweisung auf § 54 Abs. 3 AktG vor, daß der eingeforderte Betrag vor der Anmeldung ordnungsgemäß eingezahlt worden ist. Nach § 188 Abs. 2 i.V.m. § 54 Abs. 3 AktG kann dieser Betrag „nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln, in von der D. B. bestätigten Schecks, durch Gutschrift auf ein Konto im Inland bei der D. B. oder einem Kreditinstitut oder auf ein Postscheckkonto der Gesellschaft zur freien Verfügung des Vor-

standes eingezahlt werden“. Beide Vorschriften schließen eine Tilgung der Einlageforderung dadurch, daß der eingeforderte Betrag im Einverständnis des Vorstandes unmittelbar auf eine Gesellschaftsverbindlichkeit an den Gesellschaftsgläubiger gezahlt wird, wie das bei der Anwendung der für das bürgerliche Recht geltenden Vorschrift des § 362 Abs. 2 BGB möglich wäre, aus. Diese für das Aktienrecht getroffene Regelung ist zwingend. Der zwingende Charakter hat sich nicht nur im Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen niedergeschlagen; ihm liegt darüber hinaus auch die Erwägung zugrunde, daß es dem Registergericht ermöglicht werden soll, auf einfache Weise zu überprüfen, ob der eingeforderte Betrag vom Inferenten in einer Weise geleistet worden ist, die den Vorstand in die Lage versetzt, darüber endgültig und frei zu verfügen. Würde man davon abweichen und die unmittelbare Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger zulassen, würde diese Überprüfung durch das Registergericht erschwert, weil Liquidität, Fälligkeit und Vollwertigkeit der gegen die Gesellschaft gerichteten Gläubigerforderung in die Überprüfung einbezogen werden müßten, damit die Erfüllungswirkung der unmittelbar an den Gläubiger vorgenommenen Zahlung festgestellt werden könnte.

c) Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgendes:

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist der Betrag von 150.000,- DM auf das von der Gemeinschuldnerin bei der Bekl. unterhaltene laufende Konto überwiesen worden. Dieses Konto stand per 31.12.1985 mit 160.235,19 DM im Debet. Wie sich aus dem Schreiben der Bekl. vom 15.1.1986 ergibt, führte die Bekl. dieses Konto der Gemeinschuldnerin zugleich als Kreditkonto, über das der Betriebsmittelkredit von 200.000,- DM, den die Bekl. der Gemeinschuldnerin gewährt hatte, abgewickelt wurde. Der Kredit war bis zum 31.5.1985 befristet und durch die Bekl. fällig gestellt worden. Wie sich aus dem Schreiben der Bekl. vom 27.12.1985 ergibt, hat der Alleinaktionär der Gemeinschuldnerin, K., der Bekl. die Abdeckung dieses Kredites mit dem Betrag von 150.000,- DM zugesagt, der eine Teilzahlung auf die vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung eingeforderte Einlageforderung der Gemeinschuldnerin aus der Kapitalerhöhung von 1 Mio. DM darstellte. Auf die Zahlung sind demnach nicht die Grundsätze anzuwenden, nach denen ein Einlageschuldner mit befreiender Wirkung Leistungen auf ein debitorisches Konto erbringen kann (vgl. dazu BGH ZIP 1991, 445 = WM 1991, 454, 455 m.w.N.; Allerkamp, WM 1988, 521ff.; K. Schmidt, AG 1986, 106, 110; Priester, DB 1987, 1473, 1474 f.; Ihrig, a.a.O., 259ff.). Vielmehr ist hier zur Tilgung einer Gesellschaftsgläubigerforderung gezahlt worden. Aus dem Vortrag der Parteien geht nicht eindeutig hervor, ob das Konto im Zeitpunkt der Zahlung durch Herrn K. noch als laufendes Konto der Gemeinschuldnerin weitergeführt worden ist oder ob es der Bekl. nur noch zur Abwicklung des Betriebsmittelkredites und damit als Kreditkonto gedient hat. Diese Frage kann jedoch auf sich beruhen, weil in beiden Fällen die Einlageforderung nicht wirksam getilgt worden ist. Kam dem Konto nur noch die Eigenschaft eines Kreditabwicklungskontos zu, finden auf die Zahlung die allgemeinen Regeln über Leistungen an Dritte Anwendung (KK/Lutter, § 66 AktG, Rd.-Nr. 49; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 66 AktG, Rd.-Nr. 74; Priester, DB 1987, 1475; Schaudwet, Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, 38). Auch wenn man für diesen Fall unterstellt, daß der Vorstand der Gemeinschuldnerin, wie die Bekl. behauptet, der Forderungstilgung durch den Inferenten K. zugestimmt hat, konnte auf diese Weise die Einlageforderung nicht getilgt werden. Dem stand die zwingende Regelung der §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG entgegen, daß eine wirksame Leistung der Einlageschuld nur durch Zahlung auf das Gesellschaftskonto zur freien Verfügung des Vorstandes erbracht werden konnte.

Diese Voraussetzungen erfüllt die Zahlung auf ein Kreditkonto nicht. Wurde das Konto noch als Kontokorrentkonto der Bekl. geführt, ist ebenfalls nicht zur freien Verfügung des Vorstandes geleistet worden. Zwar hat der Aktionär K. den Einlagebetrag auf dieses Konto eingezahlt. Die Bekl. hat die Gutschrift jedoch ohne Einwirkungsmöglichkeit des Vorstandes sofort mit der als

Schuldsaldo auf dem Konto gebuchten Kreditforderung verrechnet. Die nach der Behauptung der Bekl. zuvor mit dem Inferenten getroffene Absprache über die Tilgung dieser Gesellschaftsverbindlichkeit ändert daran nichts. Sie vermag die Tatsache nicht aus der Welt zu schaffen, daß der Vorstand entgegen der gesetzlichen Forderung zu keinem Zeitpunkt die freie Verfügung über den auf dem Gesellschaftskonto eingegangenen Betrag gehabt hat (vgl. BGH ZIP 1990, 1400, 1401 = DNotZ 1991, 824 = MittRhNotK 1991, 115 = WM 1990, 1820, 1822). Die zur Vorlage bei dem Registergericht bestimmte Erklärung der Bekl. vom 29.1.1986 war somit in jedem Falle unrichtig. Die Bekl. haftet daher gem. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG.

III. Da der Kl. die Bekl. in der Berufungsinstanz nur noch auf Zahlung von 75.000,- DM in Anspruch genommen hat, war die Bekl. zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen. Nach § 63 Abs. 1 und 2 AktG war der Betrag ab Fälligkeit, die am 3.2.1986 eingetreten ist, mit 5 % zu verzinsen. Soweit der Kl. gem. § 63 Abs. 2 S. 2 AktG einen höheren Zinsbetrag als Schaden geltend macht, hat er die Voraussetzungen des Verzuges nicht substantiiert dargelegt (vgl. dazu BGHZ 110, 47, 75ff.). Diese Voraussetzung liegt erst ab Zustellung des Mahnbescheides vor (§ 284 Abs. 1 BGB). Die Zinshöhe von 9,5 % ist von der Bekl. nicht bestritten worden.

9. Internationales Privatrecht – Adoption eines volljährigen Ausländers

(LG Wuppertal, Beschluß vom 4.11.1992 – 6 T 714/92 – mitgeteilt von Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert)

EGBGB Art. 23 S. 1

Bei deutschem Adoptionsstatut ist die Adoption eines volljährigen Ausländers auch dann möglich, wenn dessen Heimatrecht keine Volljährigenadoption kennt; Art. 23 EGBGB ist insoweit unanwendbar.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) und die weitere Bet. haben am 15.11.1991 die Ehe miteinander geschlossen. Der Bet. zu 2), polnischer Staatsangehöriger, ist aus der ersten geschiedenen Ehe der weiteren Bet. hervorgegangen. Die Bet. zu 1) und 2) haben beantragt, die Annahme des Bet. zu 2) als Kind des Bet. zu 1) auszusprechen. Diesen Antrag hat das AG zurückgewiesen.

Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, daß nach Art. 22 EGBGB die Annahme als Kind deutschem Recht unterliege, daß jedoch gem. Art. 23 EGBGB sich die Erforderlichkeit und Erteilung der Zustimmung des Kindes zu seiner Annahme als Kind zusätzlich nach dem Recht des Staates, dem das Kind angehört, richte. Das polnische Recht kenne jedoch keine Volljährigenadoption und sehe mithin eine Zustimmung eines Volljährigen zur Adoption nicht vor. In einem derartigen Fall könne statt dessen gem. Art. 23 S. 2 EGBGB deutsches Recht angewandt werden, wenn es zum Wohl des Kindes erforderlich sei. Dies sei hier jedoch nicht der Fall.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Der angefochtene Beschluß kann keinen Bestand haben. Denn entgegen der vom AG vertretenen Meinung ist nach Ansicht der Kammer im vorliegenden Fall Art. 23 EGBGB nicht anwendbar; Adoptionsstatut ist vielmehr gem. Art. 22 S. 2 i.V.m. Art. 14 EGBGB ausschließlich deutsches Recht.

Nach Art. 22 S. 1 EGBGB unterliegt die Annahme als Kind – unbeschadet des Art. 23 EGBGB – dem Recht des Staates, dem der Annehmende bei der Annahme angehört. Bei der Annahme durch Ehegatten – auch nur durch einen wie hier – gilt gem. Art. 22 S. 2 EGBGB das Ehwirkungsstatut, also das Recht, das nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist im Zeitpunkt der Annahme. Das Ehwirkungsstatut ist primär das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten und dann, wenn – wie ersichtlich hier – die Ehegat-

ten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben, das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies führt vorliegend zur Anwendung deutschen Rechtes, da der Bet. zu 1) und die weitere Bet. ersichtlich ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben.

Wie bereits erwähnt ist jedoch neben Art. 22 S. 2 EGBGB auch Art. 23 EGBGB bei der Annahme als Kind zu berücksichtigen. Besitzt der Anzunehmende – wie hier – eine ausländische Staatsangehörigkeit, so verweist Art. 23 S. 1 EGBGB auf das ausländische Heimatrecht des „Kindes“. Zusätzlich zu dem Recht, das die Adoption beherrscht, ist das Heimatrecht des Kindes danach zu befragen, ob die Zustimmungen vorliegen, die vom Heimatrecht des Kindes vorgeschrieben sind und ob sie auch in der richtigen Weise erteilt worden sind. Art. 23 EGBGB ist mithin von Bedeutung, wenn das Heimatrecht des Kindes ein anderes als das Adoptionsstatut ist. Die Adoption kann dann nur erfolgen, wenn sowohl die Zustimmungen, die das Adoptionsstatut verlangt, als auch die vom Heimatrecht des Kindes vorgeschriebenen Zustimmungen erteilt worden sind, und zwar in einer Weise, die beiden Vorschriften entspricht (vgl. zu Vorstehendem Henrich, Internationales Familienrecht, 284ff. sowie 300ff. und Jayme, IPRax 1989, 157).

Im vorliegenden Fall erfordert aber das Heimatrecht des Bet. zu 2) keinerlei Zustimmungen. Denn nach polnischem Recht kann nur eine minderjährige Person – der Bet. zu 2) ist ersichtlich nicht mehr minderjährig – adoptiert werden, so daß es demzufolge keinerlei irgendwie geartete Zustimmungen bei einer Volljährigenadoption fordern kann. Art. 23 S. 1 EGBGB ist mithin im vorliegenden Fall nicht einschlägig und damit nicht anwendbar (so ausdrücklich Jayme, NJW 1989, 3069ff.).

Der Umstand, daß nach dem Heimatrecht des Bet. zu 2) der in Rede stehende Rechtsvorgang nicht statthaft ist, ändert an der Nichtanwendbarkeit von Art. 23 S. 1 EGBGB nichts. Insbesondere kann nicht der Schluß gezogen werden, daß dieser Fall in Art. 23 S. 2 EGBGB geregelt sei und daher deutsches Recht nur insoweit anzuwenden sei, als es zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Art. 23 EGBGB gilt nämlich nicht für die Statthaftigkeit der Adoption selbst (vgl. Palandt/Heldrich, 51. Aufl., Art. 23 EGBGB, Anm. 1a). Der Gesetzgeber hat vielmehr in Art. 23 S. 1 EGBGB ausdrücklich das Heimatrecht des Kindes zusätzlich nur insoweit anwendbar sein lassen, als es gerade um die Erforderlichkeit und die Erteilung der Zustimmung geht. Bestehen solche Zustimmungserfordernisse nicht, weil etwa die Adoption nach dem Heimatrecht des Kindes grundsätzlich verboten oder jedenfalls in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht vorgesehen ist, so ist „offenbar Art. 23 S. 1 EGBGB nicht anwendbar“ (Jayme, NJW 1989, 3070). In einem derartigen Fall läuft die Zusatzanknüpfung in Art. 23 S. 1 EGBGB ins Leere.

Auch wenn bei der Auslegung von Art. 23 EGBGB dessen Ziel, sog. „hinkende“ Adoptionen zu vermeiden, nicht außer Betracht gelassen werden darf, ist andererseits zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Zieles das Heimatrecht des Kindes zusätzlich nur hinsichtlich bestimmter Umstände, nämlich der ggf. vorhandenen Zustimmungserfordernisse, anwendbar sein läßt. Die Personenstandsannäherung sollte eben (wie Jayme, a.a.O., ausführt) nicht über das gebotene Maß hinaus erschwert werden; „weiter wollte man ... nicht gehen“.

Auch unter Berücksichtigung der in Lit. und Rspr. umstrittenen Frage, ob Art. 23 S. 1 EGBGB zusätzlich und ausschließlich auf das materielle Heimatrecht des Kindes oder auch auf das betreffende Internationale Privatrecht verweist (vgl. hierzu BayObLG FamRZ 1988, 868ff.), rechtfertigt sich eine andere Beurteilung nicht, denn nach Art. 22 § 1 des polnischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht (abgedruckt bei Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band 7, Polen, S. 29ff.) richtet sich die Annahme des Kindes nach dem Heimatrecht des Annehmenden. Zwar bestimmt § 2, daß die Annahme als Kind nicht erfolgen könne, ohne daß die Vorschriften des Heimatrechtes der Personen, die angenommen werden sollen, beachtet werden, soweit sie das Einverständnis

dieser Person, ihres gesetzlichen Vertreters oder die Genehmigung des zuständigen Staatsorgans betreffen – solche Einverständnisse bzw. Genehmigungen werden jedoch, wie oben dargelegt, hier mangels Zulässigkeit der Volljährigenadoption nach polnischem Recht nicht gefordert.

Im übrigen folgt die Kammer in dieser Frage auch der vom BayObLG vertretenen Ansicht.

Nach alledem hat das AG zu Unrecht die Adoption im Hinblick auf Art. 23 S. 1 EGBGB abgelehnt. Die Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 23 S. 2 EGBGB im vorliegenden Fall gegeben sind, stellt sich nicht; es ist vielmehr ausschließlich deutsches Recht gem. Art. 22 EGBGB anzuwenden.

Das AG hat nunmehr über die Anträge der Bet. zu 1) und 2) erneut unter Anwendung deutschen Rechtes zu befinden und das insoweit Erforderliche zu veranlassen.

10. Internationales Verfahrensrecht/Grundbuchrecht – Ersetzung einer Apostille durch Echtheitsbescheinigung des Clerk of the Circuit Court

(BayObLG, Beschluß vom 19. 11. 1992 – 22 BR 100/92 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GB0 § 29

Haager Übereinkommen vom 5. 10. 1961 zur Befreiung ausländischer Urkunden von der Legalisation

Die in den Vereinigten Staaten von Amerika von einem Notary Public vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung bedarf im Grundbucheintragungsverfahren zum Nachweis ihrer Echtheit grundsätzlich einer Apostille. Liegt statt einer vom zuständigen Secretary of State oder seinem Vertreter erteilten Apostille eine Echtheitsbescheinigung des Clerk of the Circuit Court vor, in der auf eine Bescheinigung des Secretary of State Bezug genommen wird, so kann das GBA auf die Vorlage einer Apostille verzichten und den Echtheitsnachweis auch ohne eine solche als erbracht ansehen.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) bis 9) sind im Grundbuch als Eigentümer in Erbengemeinschaft eines Grundstücks eingetragen. Am 20. 3. 1991 ließen die Bet. zu 1) und 2) das Grundstück an die Bet. zu 10) auf, die zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit bewilligte. Bei der Auflassung handelte die Bet. zu 1) zugleich auch für die Bet. zu 3) bis 9). Die Unterschriften der Bet. zu 3) und 7) bis 9) unter den Vollmachten wurden in den Vereinigten Staaten von Amerika von einem „Notary Public“ beglaubigt. Die Zuständigkeit des Notary Public, der die Unterschrift der Bet. zu 3) beglaubigte, ist von einem „Clerk of the Circuit Court“ des Staates Indiana bestätigt worden. In der Folgezeit ließ die Bet. zu 10) das Grundstück an die Bet. zu 11) auf.

Nachdem das GBA durch Zwischenverfügung erfolglos die Vorlage einer Echtheitsbescheinigung (Apostille) hinsichtlich der Beglaubigungsvermerke zu den Unterschriften der Bet. zu 3) und 7) bis 9) verlangt hatte, hat es durch Beschluß vom 3. 8. 1992 die Anträge auf Eintragung der Auflassung des Grundstücks an die Bet. zu 10) und sodann an die Bet. zu 11) sowie auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit abgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das LG durch Beschluß vom 20. 8. 1992 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

Bei den Vollmachten der Bet. zu 7) bis 9) fehle zu der von einem ausländischen Notar vorgenommenen Beglaubigung der Unterschriften jeder weitere Zusatz und damit die Echtheitsbescheinigung hinsichtlich der Beglaubigung (Apostille). Zwar stehe es im Ermessen des GBA, eine solche zu verlangen; das GBA habe sein Ermessen aber nicht schon dadurch ausgeübt, daß es die Auflassungsvormerkung als eine nur vorläufige Maßnahme eingetragen habe, ohne eine Apostille zu verlan-

gen. Zuständig sei für die Echtheitsbescheinigung der im Fall der Bet. zu 3) im Staat Indiana vorgenommenen Beglaubigung der „Secretary of State“ oder sein Vertreter. Die Bescheinigung stamme jedoch nicht von einer dieser Personen, sondern vom Clerk of the Circuit Court. Dies reiche nicht aus.

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

a) Gem. § 19 GBO hat das GBA zu prüfen, ob eine wirksame Eintragungsbewilligung vorliegt, im Fall einer Auffassung gem. § 20 GBO darüber hinaus auch, ob eine wirksame Einigung i.S.d. §§ 873, 925 BGB erklärt ist. Im Vordergrund steht hier die Eintragung der von den Bet. zu 1) bis 9) erklärten Auffassung eines Grundstücks; dabei handelte die Bet. zu 1) für die Bet. zu 3) bis 9) aufgrund Vollmacht. In diesem Fall ist dem GBA eine wirksame Vollmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen (BayObLG MittBayNot 1989, 273, 275; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 19 GBO, Anm. 16 a und § 20 GBO, Anm. 8 a). Die Unterschriften der Bet. zu 3) und 7) bis 9) wurden in den Vereinigten Staaten von Amerika von einem Notary Public beglaubigt; damit liegt eine ausländische öffentliche Urkunde vor (vgl. § 415 ZPO; Horber/Demharter, § 29 GBO, Anm. 7). Ihre Echtheit ist grundsätzlich durch eine Legalisation nachzuweisen (vgl. § 438 Abs. 1, 2 ZPO; BayObLG a.a.O.; Horber/Demharter, § 29 GBO, Anm. 14 a). Staatsverträge, die eine allgemeine Befreiung von dem Erfordernis der Legalisation enthalten, liegen im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten von Amerika nicht vor (vgl. Horber/Demharter, § 29 GBO, Anm. 14 b); jedoch gilt insoweit das Haager Übereinkommen vom 5. 10. 1961 (BGBl. I 1965, 875) zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (vgl. die Bekanntmachung vom 16. 9. 1981, BGBl. I, 903; Horber/Demharter, § 29 GBO, Anm. 14 c). Dies hat zur Folge, daß gem. Art. 2 des Übereinkommens eine Legalisation nicht verlangt werden kann; an deren Stelle tritt jedoch eine von der zuständigen Behörde des Errichtungsstaats erteilte Echtheitsbescheinigung, die sog. Apostille (Art. 3 Abs. 1, Art. 4, 5 des Übereinkommens). Eine solche Echtheitsbescheinigung liegt nicht vor. Auch die Bescheinigung auf der Vollmacht der Bet. zu 3) erfüllt weder nach ihrer äußeren Form noch nach ihrem Inhalt (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens) die an die

Apostille zu stellenden Anforderungen; sie ist von dem Urkundsbeamten des Bezirksgerichts und damit nicht von der zuständigen Stelle ausgestellt, zuständig ist der Secretary of State oder sein Vertreter (s. hierzu Bülow/Böckstiegel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Bd. II, Abschn. D, Nr. 1, Buchst. f, S. 765.16).

b) Soweit durch eine Legalisation die Echtheit einer ausländischen öffentlichen Urkunde nachzuweisen ist, kann auf die Echtheitsbescheinigung verzichtet werden, wenn nach dem Ermessen des GBA aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls der Echtheitsnachweis auch ohne Legalisation als erbracht angesehen werden kann (BayObLG a.a.O.; Horber/Demharter, § 29 GBO, Anm. 14 a, KEHE/Herrmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 29 GBO, Rd.-Nr. 114, je m.w.N.). Nichts anderes kann für die Apostille gelten, sofern sie wie hier an die Stelle der Legalisation tritt. Danach kann durch die auf der Vollmacht der Bet. zu 3) angebrachte Bescheinigung des Urkundsbeamten des Bezirksgerichts, sofern sie ordnungsgemäß mit einem Siegel versehen ist, der erforderliche Nachweis als erbracht angesehen werden, zumal dort auf die Bescheinigung des für die Ausstellung der Apostille zuständigen Secretary of State Bezug genommen wird. Auch hierfür eine förmliche Apostille zu verlangen, hielte sich nicht im Rahmen des eingeräumten Ermessens. Hinsichtlich der anderen Vollmachten sind jedoch keine Umstände ersichtlich oder vorgetragen, die einen Verzicht auf eine Apostille rechtfertigen könnten. Allein der Umstand, daß die Beschaffung auf Schwierigkeiten stößt, kann nicht ausreichen, ebensowenig, daß das aufgelassene Grundstück nicht von besonders großem Wert ist. Die Schwierigkeiten erscheinen im übrigen durchaus überwindbar zu sein, weil es ausreichen dürfte, den Notary Public, der die Unterschriften der Bet. zu 7) bis 9) beglaubigt hat, zu bitten, durch die zuständige Stelle die Apostille anbringen zu lassen; die Bet. zu 7) bis 9) brauchen dabei nicht mitzuwirken.

Die Vorinstanzen haben damit jedenfalls für die Vollmachten der Bet. zu 7) bis 9) zu Recht eine Apostille verlangt und, nachdem diese innerhalb der durch Zwischenverfügung gesetzten Frist nicht vorgelegt wurde, die Eintragungsanträge abgewiesen.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH

(BMF, Schreiben vom 15. 12. 1992 – IV B 7 – S 2742 – 123/92)

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Anwendung des BMF-Schreibens vom 4. 2. 1992 – IV B 7 – S 2742 – 6/92 – (BStBl. I 1992, 137 = MittRhNotK 1992, 63 f.) wie folgt Stellung:

1. An die Stelle des 31. 12. 1992 tritt der 31. 12. 1993. Dem Fristerfordernis wird bereits durch die Beurkundung der Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Anmeldung derselben zum Handelsregister genügt.
2. Der BFH hat in seiner neuen Rspr. (Urteile vom 11. 2. 1987, BStBl. II, 461 und vom 26. 4. 1989, BStBl. II, 673) eine verdeckte Gewinnausschüttung bisher nur angenommen, wenn das Wettbewerbsverbot von natürlichen Personen verletzt wird, die Geschäftsführer oder Gesellschafter einer KG sind. Ob und unter welchen Voraussetzungen sich die von der Rspr. entwickelten Grundsätze auf Gesellschaften übertragen lassen, die in einem Konzern miteinander konkurrieren, ist offen und von der Rspr. bisher nicht entschieden. Bis zu einer Klärung dieser Fragen durch den BFH sind aus dieser Rspr. keine Folgerungen zu ziehen, soweit nur eine Verletzung des Wettbewerbsverbots durch Kapital- oder Personenhandelsgesellschaften in Betracht kommt. Die allgemeinen Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttung bleiben hiervon unberührt.

2. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Verwaltungsvereinfachung bei der Ermittlung der Gegenleistung

(FinMin. Sachsen-Anhalt, Erlaß vom 15. 10. 1992 – 41 – S 4521 – 7)

1. Abstandnahme von Ermittlungen

1. Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks die Kosten der Übergabe der verkauften Sache (§ 448 BGB: z. B. die Vermessungskosten) oder die Kosten für die Löschung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Dienstbarkeiten, Reallasten, Vorkaufs- und Wiederverkaufsrechten, so gehören diese Kosten als „sonstige Leistungen“ i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zur grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung. Zur Gegenleistung rechnen auch die dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen, wie z. B. das kurzfristige unentgeltliche Weiterbewohnen eines veräußerten Grundstücks durch den Verkäufer oder das Recht des Veräußerers eines landwirtschaftlichen Grundstücks, dieses noch abernten zu dürfen.

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sind unabhängig von der Höhe der Hauptleistung Ermittlungen, die allein wegen des Werts dieser sonstigen Leistungen oder wegen des Werts vorbehaltener Nutzungen anzustellen wären, nicht durchzuführen, wenn angenommen werden kann, daß der Wert dieser sonstigen Leistungen oder vorbehaltenen Nutzungen nicht mehr als 5000,- DM beträgt. In diesen Fällen kann der Wert der sonstigen Leistungen oder der vorbehaltenen Nutzungen bei der Ermittlung des Werts der Gegenleistung außer Ansatz bleiben. Die Gründe für die Abstandnahme von Ermittlungen sind aktenkundig zu machen. Werden jedoch zur Erledigung des

Steuerfalls Ermittlungen aus anderen Gründen erforderlich, so sind auch Feststellungen wegen des Werts der „sonstigen Leistungen“ oder der vorbehaltenen Nutzungen zu treffen.

2. Wird ein Grundstück zusammen mit anderen Gegenständen erworben, deren Erwerb nicht der Besteuerung nach dem GrEStG unterliegt, so ist die Gesamtgegenleistung grundsätzlich nach dem Verhältnis des gemeinen Werts des Grundstücks zum gemeinen Wert z. B. des Zubehörs und der Betriebsvorrichtungen aufzuteilen.

Beim Erwerb eines Unternehmens im ganzen, zu dem auch ein Grundstück gehört, ist die Gesamtleistung nach dem Verhältnis des Teilwerts des Grundstücks zu dem Teilwert der sonstigen erworbenen Gegenstände zu verteilen, wenn der Betrieb fortgesetzt wird (BFH-Urt. v. 8. 2. 1978, BStBl. II, 320).

Von besonderen Ermittlungen zur Feststellung der Werte ist abzusehen, wenn der von den an dem Rechtsvorgang Bet. angesetzte oder mitgeteilte Wert der nicht der Steuer unterliegenden Gegenstände angemessen erscheint und 15 v.H. der Gesamtgegenleistung, höchstens jedoch 100.000,- DM nicht übersteigt. In diesen Fällen ist der Wert der sonstigen Gegenstände, deren Erwerb nicht steuerbar ist von der Gesamtgegenleistung abzusetzen. Die Gründe für dieses vereinfachte Verfahren sind aktenkundig zu machen.

II. Abstandnahme von Überwachungen

1. a) Enthält ein Rechtsvorgang die Bestimmung, daß sich die Gegenleistung bei Eintritt einer Bedingung erhöhen soll, so ist die Grunderwerbsteuer sofort endgültig festzusetzen und von einer Überwachung abzusehen, wenn sich bei Eintritt der Bedingung die Gegenleistung voraussichtlich nicht um mehr als 5.000,- DM erhöhen wird.

b) Bei Rechtsvorgängen mit aufschiebenden Bedingungen, die den Wert der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung voraussichtlich um mehr als 5.000,- DM erhöhen werden, ist die Grunderwerbsteuer grundsätzlich vorläufig festzusetzen und der Eintritt der Bedingung auf längstens 10 Jahre nach Bestandskraft des vorläufigen Grunderwerbsteuerbescheides zu überwachen.

2. Ist beim Erwerb eines Grundstücks die Flächengröße noch nicht bekannt und berechnet sich die Gegenleistung nach der Fläche des Grundstücks, so ist sinngemäß nach vorstehender Nr.1 zu verfahren.

3. In den Fällen, in denen die Grunderwerbsteuer sofort endgültig festgesetzt wird, sind die Gründe dafür aktenkundig zu machen.

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder. Er ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

3. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Anteilsvereinigung in der Hand einer von einem Alleingesellschafter beherrschten Gesellschaft sowie nachfolgender Erwerb des Grundbesitzes durch den Alleingesellschafter (FinMin. Niedersachsen, Erlaß vom 23. 9. 1992 – S 4501 – 34 – 36)

Es ist gefragt worden, ob bei folgendem Sachverhalt die Vergünstigung des § 1 Abs. 6 S. 2 GrEStG gewährt werden kann:

A. ist alleiniger Gesellschafter der B-GmbH, die ihrerseits einen Anteil an der grundstücksbesitzenden C-GmbH hält. Die B-GmbH erwirbt von einem Dritten die restlichen Geschäftsanteile an der C-GmbH. Schließlich erwirbt A. den der C-GmbH gehörenden Grundbesitz.

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder bitte ich, hierzu folgende Auffassung zu vertreten:

Der Erwerb der restlichen Anteile an der C-GmbH unterliegt nach § 1 Abs. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer, weil durch die Übertragung alle Anteile an der Gesellschaft in der Hand der B-GmbH vereinigt werden. Erwerber und Steuerschuldner ist allein die B-GmbH (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 30. 3. 1988, BStBl. II, 682). Für den nachfolgenden Erwerb des Grundbesitzes durch A. kommt die Vergünstigung des § 1 Abs. 6 S. 2 GrEStG nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht in Betracht, da diesem kein von A. verwirklichter Rechtsvorgang nach einem anderen Absatz des § 1 GrEStG vorausgegangen ist.

In derartigen Fällen bestehen jedoch keine Bedenken, die Steuer für den Erwerb des Grundbesitzes durch den Alleingesellschafter aus Billigkeitsgründen nur insoweit zu erheben, als die Bemessungsgrundlage für diesen Rechtsvorgang den Betrag übersteigt, von dem bei dem vorausgegangenen Erwerb durch die zu 100 v.H. beherrschte Tochtergesellschaft die Steuer berechnet worden ist.

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Schriftleiter der Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zitierweise: MittRhNotK):
Notarassessor Dr. Peter Baumann, Burgmauer 53, 5000 Köln 1 (Tel.: 02 21/21 00 65)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 5030 Hürth

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1, bezogen werden. Der Bezugspreis beträgt jährlich 66,- DM und wird in einem Betrag am 1. Oktober des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis des Einzelheftes: 8,25 DM einschließlich Versand. Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 15. November.