

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

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

**4/2004**

Juli / August  
Seiten 73 – 96

## Inhalt

### Abhandlungen

*Schindler*

Eidesstattliche Versicherung im notariellen  
Nachlassbestandsverzeichnis ? –  
zugleich einige allgemeine Bemerkungen  
zum Verzeichnis nach § 2314 BGB ..... 73

*Kuhn*

Der Versorgungsausgleich in der  
notariellen Praxis ..... 78

**Rechtsprechung** ..... 91

**Buchbesprechungen** ..... 95

## Erratum

Zu der Abhandlung von Bachmayer, „Mietrecht in der notariellen Praxis“ (Heft 1 und 2/04) erreicht uns eine Berichtigung des Autors Christian Bachmayer, die wir nachstehend abdrucken:

In meinem Beitrag „Mietrecht in der notariellen Praxis“, veröffentlicht in BWNNotZ 01/2004 und 02/2004 hatte ich in Abschnitt D „Mietervorkaufsrecht“ unter 1. b) (BWNNotZ 2004, 25) geschrieben, dass das Wohnungsbindungsgesetz (WoBindG) zum 01. Januar 2002 aufgehoben wor-

den sei. Dies ist natürlich nicht richtig, worauf Kollege Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München, mich freundlicherweise hingewiesen hat.

Aufgehoben wurde lediglich § 2b WoBindG, welcher das besondere Mietervorkaufsrecht zum Inhalt hatte. Ein entsprechendes Mietervorkaufsrecht ist demnach nur noch in § 577 BGB geregelt. Im Übrigen ist das WoBindG allerdings nicht außer Kraft getreten und daher in den geregelten Fällen auch weiterhin zu beachten.

## Eidesstattliche Versicherung im notariellen Nachlassbestandsverzeichnis? – zugleich einige allgemeine Bemerkungen zum Verzeichnis nach § 2314 BGB

(von Dr. Andreas Schindler, Rechtsanwalt in Villingen-Schwenningen)

### I. Notarielles Bestandsverzeichnis nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB

In Pflichtteilsfällen verlangt der Pflichtteilsberechtigte vom Erben regelmäßig ein durch einen Notar aufgenommenes Bestandsverzeichnis über den Nachlass. Sein Anspruch hierauf folgt aus §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB. Einem solchen „amtlichen“ Verzeichnis kommt gegenüber einem privaten Verzeichnis des Erben eine höhere Richtigkeitsgewähr zu, zumal der Notar den Nachlassbestand selbst ermitteln muss und für den Inhalt des Bestandsverzeichnisses verantwortlich ist<sup>1</sup>. Zum notariellen Nachlassverzeichnis im Pflichtteilsrecht hat jüngst Nieder<sup>2</sup> umfassend Stellung genommen.

Die Verzeichnisaufnahme i.S. des § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB zählt zu den nicht rechtsgeschäftlichen Beurkundungen, für die nach Bundesrecht die Notare (§ 20 Abs. 1 BNotO) und nach Landesrecht mitunter daneben auch die Amtsgerichte, allerdings nicht als Nachlassgerichte sondern als für die Aufnahme von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständige Gerichte, zuständig sind<sup>3</sup>. Bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses durch den Notar handelt es sich um eine sog. Tatsachenbeurkundung der Wahrnehmung des Notars (§§ 36 ff. BeurkG) und nicht um die Beurkundung einer Willenserklärung (des Erben) nach den §§ 8 ff. BeurkG<sup>4</sup>. Kostenrechtlich ist das Nachlassbestandsverzeichnis als ein Vermögensverzeichnis i.S. des § 52 Abs. 1 KostO abzurechnen<sup>5</sup>.

In Baden-Württemberg sind für die Aufnahme des Bestandsverzeichnisses nur die Notare zuständig, § 41 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 LFGG. Die erst während des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Vorschrift schien dem Gesetzgeber erforderlich, um für die Verrichtung nach § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB eine zuständige Stelle zu bestimmen<sup>6</sup>. Die Norm ist allerdings an ihrer Stelle im „Fünften Abschnitt: Nachlass- und Teilungssachen“ deplaziert. Denn es handelt sich bei der Aufnahme des Bestandsverzeichnisses gerade nicht um eine Nachlasssache, sondern um einen sonstigen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der aufnehmende Notar handelt also als Notar und nicht etwa als Nachlassrichter oder als vom Nachlassgericht beauftragter Notar. Dies ist bei den nicht seltenen Fällen der Personenidentität von das Bestandsverzeichnis beurkundendem Notar und Nachlassrichter zu beachten.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Aufnahme des Nachlassbestandsverzeichnisses von der Aufnahme eines Nachlassinventars i.S. der §§ 1993 ff. BGB zu unterscheiden ist; hier ist eine präzise Ausdrucksweise wünschenswert, um Missverständnissen vorzubeugen und fehlerhafte Assoziationen zu vermeiden<sup>7</sup>. Das OLG Hamm<sup>8</sup> hat zu Recht entschieden, dass die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB und die

<sup>1</sup> BGH v. 2.11.1960, BGHZ 33, 373, 377; OLG Celle v. 21.1.2002, DNotZ 2003, 62 f. m. zust. Anm. Nieder; OLG Celle v. 23.7.2003, ZErB 2003, 382, 383; Palandt-Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, § 2314 Rn 11; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2000, § 20 BNotO Rn 19 ff.

<sup>2</sup> ZErB 2004, 60 ff.

<sup>3</sup> KG v. 3.5.1912, KGJ 43 (1913), 339, 343; OLG Hamm v. 27.10.1961, NJW 1962, 53; OLG Hamm v. 10.2.1976, OLGZ 1977, 257, 258; Soergel-Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2314 Rn 18.

<sup>4</sup> Nieder, ZErB 2004, 60, 64 mit Hinweisen zur zulässigen abweichenden Gestaltung des Beurkundungsverfahrens.

<sup>5</sup> OLG Hamm v. 27.10.1961, NJW 1962, 53, 54; Nieder, ZErB 2004, 60, 65.

<sup>6</sup> Richter/Hammel, Baden-württembergisches LFGG, 4. Aufl. 1996, § 41 LFGG Rn 13. Vor Inkrafttreten des LFGG waren beispielsweise in Württemberg nach Art. 121 württ. AGBGB außer den öffentlichen Notaren die Amtsgerichte zuständig, OLG Stuttgart v. 27.6.1963, BWNNotZ 1963, 265 (LS 3).

<sup>7</sup> Beispiel für eine unpräzise Ausdrucksweise ist ein Verfahren vor dem OLG Karlsruhe: hier ist einmal davon die Rede, die beklagte Erbin habe am 8.12.1987 im Beisein der beiden klagenden Pflichtteilsberechtigten vor dem Notar das Bestandsverzeichnis erstellt (Teilurteil v. 14.4.1994 – 11 U 15/91, S. 3; in BWNNotZ 1995, 47 nicht abgedruckt), ein anderes Mal heißt es, die beklagte Erbin habe dem Nachlassgericht ein im Beisein der Kläger unter amtlicher Mitwirkung eines Notars am 8.12.1987 errichtetes Inventar über den Bestand des Nachlasses vorgelegt (Schlussurteil v. 27.2.1997 – 11 U 46/95, S. 4). Die erste Stellungnahme deutet auf ein Verzeichnis nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB hin, die zweite auf ein Inventar nach § 27.10.1961, NJW 1962, 53, 54.

Errichtung eines Inventars durch den Erben zwei selbstständige, voneinander unabhängige und ganz verschiedenen Zwecken dienende Rechtsvorgänge sind, die klar unterscheidbar auseinandergehalten werden müssen.

Nachlassbestandsverzeichnis und Inventar unterliegen anderen Regelungen des Gesetzes und haben eine andere rechtliche Bedeutung: ersteres dient der notwendigen Information des Pflichtteilsberechtigten, während letzteres seine Wirkung allein im Bereich der Erbenhaftung hat<sup>9</sup>. Der Pflichtteilsberechtigte hat sowohl einen Anspruch nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB als auch das Recht, dass das Nachlassgericht dem Erben eine Inventarfrist bestimmt (§ 1994 Abs. 1 S. 1 BGB)<sup>10</sup>. Der Erbe kann dann das Inventar entweder unter Mitwirkung einer Amtsperson gemäß § 2002 BGB – zuständig ist in Baden-Württemberg nur der Notar, § 41 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 LFGG – selbst aufnehmen oder eine amtliche Aufnahme durch das Nachlassgericht beantragen, § 2003 BGB. Hier kann das Nachlassgericht – in Baden-Württemberg: das Notariat, §§ 1 Abs. 2, 38 LFGG – das Inventar entweder selbst aufnehmen (§ 2003 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) oder die Aufnahme einem Dritten übertragen (§ 2003 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) – das ist in Baden-Württemberg gemäß § 41 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 LFGG der Notar; daneben kann die Aufnahme des Inventars aber auch durch den Gerichtsvollzieher aufgrund § 13 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 AGGVG erfolgen. Während ein Inventar zu den Nachlassakten genommen wird (vgl. § 2010 BGB), ist dies bei einem Nachlassbestandsverzeichnis i.S. des § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB nicht der Fall<sup>11</sup>; dieses Verzeichnis hat dort „nichts verloren“, so dass es auch entgegen mancher Praxis keiner Ausfertigung desselben zu den Nachlassakten beim Notariat – Nachlassgericht – (häufig im Hause) bedarf. Inventar und Nachlassbestandsverzeichnis stehen nebeneinander<sup>12</sup>.

Die Aufnahme von Nachlassbestandsverzeichnis und Inventar sind wiederum von der Aufnahme von Nachlassverzeichnissen durch das Nachlassgericht zur Sicherung des Nachlasses abzugrenzen (vgl. §§ 1960 Abs. 2 BGB, 40 LFGG). Hier hat das Notariat – Nachlassgericht – letztlich die Wahl, ob es das Nachlassverzeichnis selbst aufnimmt oder die Aufnahme auf die Gemeinde (§ 40 Abs. 3 LFGG) oder auf den Gerichtsvollzieher (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 AGGVG) überträgt<sup>13</sup>. Bemerkenswert ist des weiteren § 41 Abs. 4 S. 1 LFGG; danach kann das Nachlassgericht, sofern ein berechtigtes Interesse dargelegt wird, auf Antrag eines Erben die Anfertigung eines Nachlassverzeichnisses anordnen. Das Gesetz geht in Absatz 4 davon aus, dass für die Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses von Amts wegen nur als Maßnahme der Nachlasssicherung nach § 1960 BGB ein Bedürfnis besteht; im übrigen braucht das Nachlassgericht eine solche Maßnahme nur auf Antrag zu

treffen<sup>14</sup>. Welche Fälle für eine solche amtliche Aufnahme geeignet sind, bleibt offen. Eine historische Auslegung der Norm ergibt, dass der Landesgesetzgeber in § 41 Abs. 4 LFGG den Bereich geregelt hat, der nach der Annahme der Erbschaft zur Anfertigung eines Nachlassverzeichnisses – etwa als Mittel zur Vorbereitung und Förderung der Nachlassauseinandersetzung (Auseinandersetzungsverzeichnis) – relevant ist<sup>15</sup>. Hat beispielsweise der Alleinerbe die Erbschaft angenommen und verlangt der Pflichtteilsberechtigte ein Nachlassbestandsverzeichnis zur Vorbereitung der Bezifferung seines Pflichtteilsanspruchs, sind sämtliche eben genannten Vorschriften niemals einschlägig, sondern die Vorgehensweise bestimmt sich allein nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3 BGB, 41 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 LFGG.

Zurück zum Nachlassbestandsverzeichnis nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB. Manchmal wird nun in die Urkunde zugleich folgender oder ein ähnlicher inhaltsgleicher Passus aufgenommen:

„Der Erschienene erklärt: Es bestehen keine Zweifel über die Richtigkeit und Vollständigkeit dieses Verzeichnisses. Nach Belehrung über die Bedeutung einer Eidesstattlichen Versicherung und die strafrechtlichen Folgen einer fahrlässig oder vorsätzlich falschen Eidesstattlichen Versicherung versichere ich hiermit die Richtigkeit und Vollständigkeit vorstehender Angaben an Eides Statt.“

Hier stellen sich nun mehrere Zweifelsfragen: Ist der Notar überhaupt zur Abnahme (bzw. Aufnahme) der eidesstattlichen Versicherung befugt? Kann dieselbe bereits abgegeben werden, obwohl das Bestandsverzeichnis dem Pflichtteilsberechtigten noch gar nicht bekannt ist? Spielt es eine Rolle, ob der Pflichtteilsberechtigte die Abgabe verlangt hat? Wer trägt die Kosten?

Ich werde mich zunächst den materiellen Voraussetzungen zuwenden (hierzu II.), ehe ich auf die in praxi zunächst zu prüfende Frage der Zuständigkeit des Notars für die freiwillige Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eingehe (hierzu III.), die Zuständigkeit des Notars zur Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung behandle (hierzu IV.) und die Kostentragung erörtere (hierzu V.).

## II. Eidesstattliche Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB

Auch beim notariellen Bestandsverzeichnis nach §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB gilt § 260 Abs. 2 BGB. Besteht danach Grund zu der Annahme, dass das Nachlassbestandsverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Erbe auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

### 1. Grund zur Annahme eines Sorgfaltsverstoßes

Es handelt sich dabei um eine materiellrechtliche, einklagbare und vollstreckbare (vgl. § 889 ZPO) Pflicht, d.h. der Pflichtteilsberechtigte hat – anders als bei einem Inventarverfahren nach §§ 1993 ff., 2006 BGB – einen Anspruch darauf<sup>16</sup>. Voraussetzung ist allerdings, dass die Tatbestandsvoraussetzungen „Grund zu der Annahme einer nicht sorgfältigen Nachlassbestandsverzeichniserstellung“ erfüllt sind, da der Erbe diesen Nachweis führen muss, wenn

<sup>9</sup> BGH v. 2.11.1960, BGHZ 33, 373, 374 und 377; KG v. 3.5.1912, KGJ 43 (1913), 339, 342.

<sup>10</sup> KG v. 4.1.1904, OLGRspr 8 (1904), 291; KG v. 13.12.1906, OLGRspr 14 (1907), 293; OLG Hamm v. 27.10.1961, NJW 1962, 53.

<sup>11</sup> KG v. 3.5.1912, KGJ 43 (1913), 339, 344; OLG Hamm v. 27.10.1961, NJW 1962, 53.

<sup>12</sup> Inwiefern ein bereits errichtetes Inventar zugleich als Bestandsverzeichnis herangezogen werden kann, so dass der Erbe nicht noch einmal ein notarielles Nachlassverzeichnis errichten muss, ist eine andere Frage, die hier nicht vertieft werden kann. M.E. besteht der Anspruch aus §§ 2314 Abs. 1 S. 3, 260 Abs. 1 BGB trotz Vorliegens eines Inventars nach § 2002 BGB oder § 2003 BGB, da das Inventar nach § 2002 BGB nur unter Mitwirkung eines Notars errichtet wird und sich das Inventar generell nicht auf den sog. fiktiven Nachlass (§§ 2316, 2325 BGB) bezieht.

<sup>13</sup> Vgl. Richter/Hammel (Fn. 6), § 40 LFGG Rn 4 und 5.

<sup>14</sup> Richter/Hammel (Fn. 6), § 41 LFGG Rn 12.

<sup>15</sup> Hierzu eingehend Sandweg, BWNotZ 1986, 5, 6.

<sup>16</sup> KG v. 4.1.1904, OLGRspr 8 (1904), 291 f.

er im Prozesswege den Anspruch erfolgreich einklagen will<sup>17</sup>. Bezüglich dieser Tatbestandsvoraussetzungen wird auf die einschlägigen Kommentierungen zu den §§ 260, 2314 BGB verwiesen.

Allerdings steht es Erbe und Pflichtteilsberechtigtem im Rahmen ihrer Parteiautonomie frei, sich über diese Voraussetzungen einverständlich hinwegzusetzen. Der materiellrechtliche Anspruch auf Leistung der eidesstattlichen Versicherung ist einer freiwilligen Erfüllung zugänglich, und das Gesetz trifft in § 261 BGB Vorkehrung, um die gütliche Beilegung oder die Vermeidung eines Streites über die Pflicht zur Leistung der eidesstattlichen Versicherung zu ermöglichen<sup>18</sup>. Hat der Erbe ein „reines Gewissen“, so kann er die Versicherung auch abgeben, wenn tatsächlich keinerlei Sorgfaltsverstoß anzunehmen ist und er den angeblichen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten deshalb für unbegründet hält<sup>19</sup>; der Pflichtteilsberechtigte hat dann nur keinen materiellrechtlichen, einklagbaren Anspruch.

Bei einer freiwilligen Abgabe hat das für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zuständige Gericht deshalb folgerichtig nicht zu prüfen, ob tatsächlich Grund zur Annahme eines Sorgfaltsmangels besteht<sup>20</sup>. Andernfalls müsste trotz allseitiger Übereinstimmung ein Prozess begonnen werden, der dann mit einem Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil enden würde. Damit würden die Beteiligten gezwungen, ein Verfahren zu veranlassen, das durch die gesetzliche Regelung gerade vermieden werden soll.

## 2. Verlangen des Berechtigten

Weiteres Tatbestandsmerkmal ist aber die Abgabe „auf Verlangen“. Es ist allgemein anerkannt, dass der Pflichtteilsberechtigte die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch Klage oder in sonstiger Weise verlangt haben oder zumindest damit einverstanden sein muss<sup>21</sup> (wenn damit wohl auch nur das ordnungsgemäße Verfahren nach §§ 163, 79 FGG angesprochen wird, hierzu sogleich). Hierbei handelt es sich m.E. um eine Anspruchsvoraussetzung. Solange es am Geltendmachen fehlt, besteht gar kein Anspruch des Pflichtteilsberechtigten, der durch den Erben erfüllt werden könnte. Es handelt sich damit um einen sog. verhaltenen Anspruch, der nicht kraft Gesetzes, sondern erst mit Geltendmachung durch den Gläubiger entsteht.

Hier besteht eine Parallele zu einem Problem aus dem Recht der Erfüllung nach § 362 BGB: der Vorausleistung<sup>22</sup>. Aufgrund der Vorausleistung des Schuldners auf einen noch nicht bestehenden oder noch nicht fälligen Anspruch tritt mit der Entstehung oder Fälligkeit des Anspruchs sogleich

Erfüllung ein. Voraussetzung ist aber die Zustimmung des Gläubigers und eine Anrechnungsbestimmung des Schuldners, so dass die Vorauserfüllung daher im Ergebnis eine Vereinbarung zwischen den Parteien voraussetzt. Der (spätere) Schuldner kann dem Gläubiger also keine frühzeitige Erfüllung aufzwingen.

Die allgemeine Ansicht ist auch sachgerecht. Das Gesetz will es zwar den Beteiligten ermöglichen, ein Verfahren auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im gütlichen Wege abzuwickeln, es will aber keineswegs dem Schuldner das Recht geben, seinem Gläubiger eine eidesstattliche Versicherung aufzudrängen, die dieser nicht oder noch nicht will. Es muss dem Gläubiger überlassen bleiben, ob und wann er von seinem Schuldner die eidesstattliche Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB verlangen will<sup>23</sup>. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut „auf Verlangen“.

Folgerichtig hat deshalb das für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zuständige Gericht auch bei einer freiwilligen Abgabe zu prüfen, ob der Berechtigte die Versicherung durch Klage oder in sonstiger Weise verlangt hat oder zumindest damit einverstanden ist<sup>24</sup>, andernfalls es dem Termins Antrag des Schuldners nicht stattgeben kann.

Der Erbe kann somit nicht gegen oder ohne den Willen des Pflichtteilsberechtigten die eidesstattliche Versicherung abgeben. Eine „Vorweg Erfüllung“ des Erben, die der Pflichtteilsberechtigte gegen sich gelten lassen müsste, gibt es nicht<sup>25</sup>.

Klingelhöffer<sup>26</sup> führt zu Recht aus, dass der Erbe dem Antrag des Pflichtteilsberechtigten auch nicht dadurch entgegen kann, dass er zusammen mit dem notariell erstellten Nachlassverzeichnis die Richtigkeit und Vollständigkeit vor dem Notar an Eides Statt versichert. Er weist aber auch auf folgenden praktischen Befund hin: Hat der Erbe dies gleichwohl getan, wird der Pflichtteilsberechtigte allerdings nicht damit rechnen können, dass eine erneute Versicherung auch neue Erkenntnisse bringt, da der Erbe damit eingestehen würde, dass die erste Auskunft falsch gewesen sei.

## III. Zuständigkeit zur freiwilligen Abgabe nach § 261 Abs. 1 BGB

Der zur Abgabe bereite Erbe kann die eidesstattliche Versicherung gemäß § 261 Abs. 1 BGB vor dem Amtsgericht abgeben.

### 1. Funktionelle Zuständigkeit des AG

Das Amtsgericht wird funktionell als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig<sup>27</sup>. Hierdurch ist die Abgrenzung von der Tätigkeit der allgemeinen Zivilabteilung festgelegt.

Daneben stellt sich hier nun die Frage, ob bei der eidesstattlichen Versicherung eines Nachlassbestandsverzeichnisses das Amtsgericht als (allgemeines) Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder aber als Nachlassgericht tätig wird. Letzteres hätte in Baden-Württemberg die bedeutsame Folge, dass das Notariat als Nachlassgericht (§§ 1 Abs. 2, 38 LFGG) zuständig ist und gerade nicht mehr das Amtsgericht; es geht also nicht mehr allein um die Frage

<sup>17</sup> KG v. 16.7.1913, KGJ 45 (1914), 112, 113; Kuchinke, NJW 1957, 1175, 1177.

<sup>18</sup> KG v. 16.7.1913, KGJ 45 (1914), 112, 113; BayObLG v. 4.7.1952, BayObLGZ 1953, 135, 136.

<sup>19</sup> BayObLG v. 21.4.1953, BayObLGZ 1953, 135, 137, 141, wo der Verpflichtete sogar bereits auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verklagt war und Klageabweisung beantragte, aber zur freiwilligen Leistung bereit war.

<sup>20</sup> KG v. 16.7.1913, KGJ 45 (1914), 112, 114; BayObLG v. 4.7.1952, BayObLGZ 1953, 135, 136 f.; BayObLG v. 21.4.1953, BayObLGZ 1953, 135, 137, 141; Palandt-Heinrichs (Fn. 1), § 261 Rn 32; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 163 Rn 6.

<sup>21</sup> BayObLG v. 4.7.1952, BayObLGZ 1953, 135, 137; BayObLG v. 21.4.1953, BayObLGZ 1953, 135, 137, 140; Palandt-Heinrichs (Fn. 1), § 261 Rn 32; Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2003, § 261 Rn 3; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 20), § 163 Rn 3 und 6; Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2003, Rn 170; Limmer (Fn. 1), § 20 BNotO Rn 26.

<sup>22</sup> Hierzu Palandt-Heinrichs (Fn. 1), § 362 Rn 10 und MüKo-Wenzel (Fn. 21), § 362 Rn 18.

<sup>23</sup> BayObLG v. 4.7.1952, BayObLGZ 1953, 135, 137; BayObLG v. 21.4.1953, BayObLGZ 1953, 135, 137, 140.

<sup>24</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 21.

<sup>25</sup> AA Limmer (Fn. 1), § 20 BNotO Rn 26 a.E.

<sup>26</sup> (Fn. 21), Rn 170.

<sup>27</sup> BayObLG v. 16.5.1904, BayObLGZ 5, 221, 222 f.; KG v. 16.7.1913, KGJ 45 (1914), 112, 113; MüKo-Krüger (Fn. 21), § 261 Rn 3.

der funktionellen Zuständigkeit innerhalb desselben Amtsgerichtes. Einerseits finden sich Stellungnahmen, die von einer Zuständigkeit als Nachlassgericht ausgehen<sup>28</sup>, so insbesondere in der erbrechtlichen „Praktikerliteratur“<sup>29</sup>. Damit wäre in Baden-Württemberg das Notariat als Nachlassgericht zur Abnahme berufen. Andererseits wird aber darauf hingewiesen, dass gerade keine Zuständigkeit als Nachlassgericht gegeben ist<sup>30</sup>. Nach dieser Ansicht ist in Baden-Württemberg nicht das Notariat als Nachlassgericht, sondern schlicht das Amtsgericht zuständig.

Die letzte Ansicht ist richtig: das Amtsgericht ist als (allgemeines) Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht als Nachlassgericht zuständig. Das BayObLG hat dies bereits in einem Beschluss vom 16.5.1904<sup>31</sup> zum Offenbarungseid nach § 2057 BGB, bei dem § 261 BGB entsprechende Anwendung findet, unmissverständlich klargestellt:

„Die Mitwirkung des Gerichts bei der Leistung des im § 2057 des BGB bezeichneten Offenbarungseides gehört ebenso wenig wie die Mitwirkung bei der Leistung des im § 2028 BGB bezeichneten Offenbarungseides (...) zu den dem Nachlassgericht obliegenden Verpflichtungen, sondern ist eine besondere Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (...) Das Nachlassgericht als solches ist daher für die Angelegenheit nicht zuständig, sondern die Zuständigkeit bemißt sich nach den für die Angelegenheit bestehenden besonderen Vorschriften. Diese sind im § 261 des BGB enthalten.“

§ 163 FGG enthält nur eine Verweisung auf die Verfahrensvorschrift des § 79 FGG, nicht auf die Zuständigkeitsnorm des § 72 FGG; diesbezüglich gilt unverändert § 261 Abs. 1 BGB. Es soll dasselbe Verfahren wie bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eines Inventars stattfinden, es wird aber nicht eine Zuständigkeit als Nachlassgericht nach § 72 FGG begründet. Die Vorschrift des § 163 FGG ist auch nicht in dem von den Nachlass- und Teilungssachen handelnden fünften Abschnitt, sondern in dem von anderen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelnden neunten Abschnitt des Gesetzes enthalten<sup>32</sup>. Es greift auch folgende systematische Erwägung: Im BGB ist immer, wenn das Nachlassgericht zuständig sein soll, dies auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht<sup>33</sup>. So ist etwa für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung der Richtigkeit des Inventars nach § 2006 BGB ausdrücklich das Nachlassgericht zuständig, d.h. in Baden-Württemberg das

Notariat (§ 38 LFGG)<sup>34</sup>. Für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung der Richtigkeit des Bestandsverzeichnisses i.S. von §§ 2314 Abs. 1, 260 Abs. 1 BGB fehlt es dagegen an der ausdrücklichen Zuweisung an das Nachlassgericht; hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so hätte er dies wie in § 2006 BGB vorgeschrieben<sup>35</sup>.

Die Folge hiervon ist, dass zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 260 Abs. 2, 261 BGB auch in Baden-Württemberg nur das Amtsgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit funktionell zuständig ist<sup>36</sup>. Eine Zuständigkeit des Notariats als Nachlassgericht bzw. des Notars als Nachlassrichter ist nicht gegeben. Es wäre zudem merkwürdig, wenn der Notar bei der Aufnahme des Verzeichnisses als Notar und bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als Nachlassrichter tätig werden würde.

Die Folge hiervon ist auch, dass bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vor dem Notar keine Strafbarkeit nach §§ 156, 163 Abs. 1 StGB eintreten kann, da es an einer „zuständigen Behörde“ i.S. dieser Straftatbestände fehlt<sup>37</sup>.

## 2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des AG

§ 261 Abs. 1 BGB bestimmt die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (vgl. § 27 GVG).

Örtlich zuständig ist das Amtsgericht des Leistungsortes, des Ortes also, an dem das Verzeichnis vorgelegt werden muss (§ 261 Abs. 1 S. 1 BGB). Da ein besonderer Leistungsort für die Erfüllung dieser Verpflichtung – in der Regel – nicht bestimmt und auch nicht aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist, gilt daher nach § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Schuldners als Leistungsort<sup>38</sup>. Zu erwägen wäre, ob nicht auch der letzte Wohnsitz des Erblässers Leistungsort sein könnte (vgl. § 27 Abs. 1 ZPO). Unabhängig davon kann der Verpflichtete die eidesstattliche Versicherung aber immer auch bei dem Amtsgericht seines Wohnsitzes oder – in Ermangelung eines solchen – seines Aufenthaltsortes abgeben, sofern sich Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort im Inland befinden (§ 261 Abs. 1 S. 2 BGB). Ein solches Verlangen des Verpflichteten begründet eine selbstständige Zuständigkeit des Gerichts des Wohnsitzes oder Aufenthalts<sup>39</sup>. Der Erbe kann somit stets die Zuständigkeit des Amtsgerichtes seines Wohnsitzes begründen.

Funktionell zuständig ist der Rechtspfleger, § 3 Nr. 1 lit. b RpfVG.

## 3. Verfahren

Da die freiwillige Abgabe im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgt, bestimmt sich das Verfahren nach dem FGG. Die nähere Ausgestaltung erfolgt in dem durch § 163 FGG in Bezug genommenen § 79 FGG. Es wurde

<sup>28</sup> So BayObLG v. 21.4.1953, BayObLGZ 1953, 135, 137, 139; Soergel-Dieckmann (Fn. 3), § 2314 Rn 21; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 20), § 72 Rn 30 (anders aber in § 163 Rn 4); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 XII 2b Fn. 595 (S. 955).

<sup>29</sup> Bittler und Tanck, in: Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 9 Rn 32 und § 14 Rn 140; Groll-Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2001, C VI Rn 146; Tanck und Bonefeld, in: Der Erbprozess, 2001, S. 456 und S. 692; Frieser, Anwaltliche Strategien im Erbschaftsstreit, 1999, Rn 309; Kasper, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 36 Rn 172; Klingelhöffer (Fn. 21), Rn 169; Sudhoff-Scherer, Unternehmensnachfolge, 4. Aufl. 2000, § 17 Rn 10 Fn. 26.

<sup>30</sup> So ausdrücklich BayObLG v. 16.5.1904, BayObLGZ 5, 221, 223; Jansen, FGG, Zweiter Band, 1970, § 72 Rn 34 und § 163 Rn 10; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 20), § 163 Rn 4 (anders aber in § 72 Rn 30); Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl. 1999, Rn 4.756.

<sup>31</sup> BayObLGZ 5, 221, 223.

<sup>32</sup> BayObLG v. 16.5.1904, BayObLGZ 5, 221, 223.

<sup>33</sup> Harder, ZEV 2002, 90, 92. In diesem Aufsatz wird zutreffend ausgeführt, dass für das Aufgebotsverfahren nach §§ 1970 ff. BGB nicht das Amtsgericht als Nachlassgericht, sondern die allgemeine Zivilabteilung des Amtsgerichts zuständig ist.

<sup>34</sup> Richter/Hammel (Fn. 6), § 38 LFGG Rn 1; Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 20) § 79 Rn 1.

<sup>35</sup> BayObLG v. 16.5.1904, BayObLGZ 5, 221, 223.

<sup>36</sup> OLG Karlsruhe v. 14.4.1994, BWNotZ 1995, 47; OLG Karlsruhe v. 27.2.1997 – 11 U 46/95, S. 10; Nieder, ZErB 2004, 60, 65 – jeweils ohne Hinweis auf den Meinungsstreit.

<sup>37</sup> OLG Karlsruhe v. 14.4.1994, BWNotZ 1995, 47, 48. Vgl. auch AG Freiburg v. 14.1.1993, FamRZ 1994, 660, 661: keine Strafbarkeit nach § 156 StGB, weil das Familiengericht nicht als zuständiges Gericht zur Abnahme einer freiwillig im Rahmen einer Stufenklage geleisteten eidesstattlichen Versicherung nach §§ 1580, 259 BGB anzusehen ist; zuständig ist das Amtsgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

<sup>38</sup> BayObLG v. 16.5.1904, BayObLGZ 5, 221, 224.

<sup>39</sup> Keidel/Kuntze/Winkler (Fn. 20), § 163 Rn 4.

bereits ausgeführt, dass das Amtsgericht nicht prüfen muss, ob tatsächlich ein Sorgfaltsverstoß gegeben ist, dafür aber, ob ein (ggf. konkludentes) Verlangen des Berechtigten vorliegt. Gemäß § 79 S. 2 FGG sind zum Termin beide Seiten zu laden; dem Berechtigten wird das Recht zugestanden, dass der Verpflichtete die eidesstattliche Versicherung in seiner Gegenwart abgibt<sup>40</sup>. Eine einseitig abgegebene eidesstattliche Versicherung ohne Einhaltung des Verfahrens nach § 79 FGG genügt den Anforderungen nicht. Es zeigt sich, dass die Abgabe der Versicherung im Rahmen der Aufnahme des notariellen Bestandsverzeichnisses regelmäßig auch an diesem Verfahrensmangel leidet.

#### IV. Zuständigkeit des Notars zur Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung?

Fraglich ist, ob nicht der das Nachlassverzeichnis aufnehmende Notar – der dabei wie oben gezeigt nicht als Nachlassrichter tätig wird – wenn nicht zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung, so doch wenigstens zur Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung zuständig ist. Denn es ist allgemein anerkannt, dass zwischen der Befugnis des Notars zur Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung und zur Aufnahme derselben zu unterscheiden ist<sup>41</sup>: „Abnahme“ bedeutet die amtliche Entgegennahme, „Aufnahme“ ihre Beurkundung gemäß § 38 BeurkG.

Es ist ganz herrschende Meinung, dass der Notar nicht zur Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB zuständig ist<sup>42</sup>; dies ist zutreffend, da hierfür wie eben gezeigt gemäß § 261 BGB nur das Amtsgericht in seiner Funktion als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig ist. Deshalb ist die Erwägung des OLG Karlsruhe<sup>43</sup>, dass selbst wenn man bei Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vor einem Notar daran denken wollte, diese als Erfüllung der Verpflichtung aus § 260 Abs. 2 BGB anzusehen, das zum einen die Anwesenheit des Pflichtteilsberechtigten beim Notartermin und zum anderen die Beachtung von § 38 BeurkG voraussetzen würde, überflüssig und unangebracht, da es selbst bei Einhaltung dieser Vorgaben an der Kompetenz zur Abnahme fehlt.

Strittig ist dagegen, ob der Notar nicht auch – neben dem Amtsgericht – zur Aufnahme (d.h. Beurkundung) einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB befugt ist.

Nach Ansicht von Limmer<sup>44</sup> ist dies zu bejahen, da der Notar gemäß § 22 Abs. 2 BNotO in allen Fällen zur Aufnahme zuständig sei, wenn nicht ausdrücklich Sonderzuständigkeiten des Gerichts bestünden. Auch in den Fällen der freiwilligen eidesstattlichen Versicherung der §§ 260, 261 BGB könne der Notar die eidesstattliche Versicherung aufnehmen und dem zuständigen Gericht gegenüber zur Abgabe weiterleiten. Eine Alleinzuständigkeit des Amtsgerichts ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, das klar zwischen Aufnahme und Abgabe unterscheidet. Einschränkend wendet er allerdings auf das Beurkundungsverfahren neben § 38 BeurkG auch

die §§ 163, 79 FGG entsprechend an: werde die eidesstattliche Versicherung ausnahmsweise beim Notar und nicht beim Gericht aufgenommen, so müsse der Notar das Verfahren entsprechend gestalten und für die Anwesenheit des Berechtigten bei der Beurkundung sorgen oder diesen hierzu in Anlehnung an §§ 79, 163 FGG laden.

Dieser Auffassung ist mit der herrschenden Meinung<sup>45</sup> nicht zu folgen: im Rahmen eines Auskunftsverfahrens nach §§ 260, 261 BGB ist ausschließlich und allein der Rechtspfleger beim Amtsgericht zur Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung zuständig. Die Ansicht von Limmer führt zu einer unnötigen Aufspaltung des Verfahrens in Aufnahme und Abgabe der eidesstattlichen Versicherung; hinzu kommt, dass die Vorgaben der §§ 163, 79 FGG nur dann erfüllt sein werden, wenn der Pflichtteilsberechtigte von seinem Anwesenheitsrecht bei der Verzeichnisaufnahme Gebrauch macht. Und wie soll der Rechtspfleger die aufgenommene eidesstattliche Versicherung unter Wahrung der Verfahrensvorschriften der §§ 163, 79 FGG entgegennehmen? Dann wäre es wohl erforderlich, dass man einen Termin zur Entgegennahme bestimmt, an dem der Erbe teilnehmen muss; in diesem Fall kann der Erbe aber auch gleich beim AG die Aufnahme durchführen. Die genannten Verfahrensvorschriften sind deshalb m.E. Beleg für die gesetzgeberische Absicht, dass das Amtsgericht ausschließlich und umfassend für die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach §§ 260 Abs. 2, 261 Abs. 1 BGB, d.h. für Aufnahme und Abnahme, zuständig sein soll.

#### V. Kosten

Wer trägt nun die nach § 124 Abs. 1 KostO anfallenden Kosten einer überflüssigen und nutzlosen eidesstattlichen Versicherung? Kostenschuldner gegenüber dem Notar ist nach § 2 Nr. 1 KostO der Antragsteller<sup>46</sup>, hier also der Erbe. Fraglich ist allerdings, ob nicht der Notar verpflichtet ist, auf die Nutzlosigkeit hinzuweisen. Dann wäre eine Nichterhebung der Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung angezeigt (§ 16 Kost<sup>47</sup>). Eine unrichtige Sachbehandlung kann vorliegen, soweit die Beurkundung eine Erklärung enthält, durch die das Gewollte rechtlich nicht erreicht werden kann<sup>47</sup>. Dies ist hier der Fall.

Der Erbe hat jedenfalls keinen materiellrechtlichen Kostenersatzanspruch nach § 261 Abs. 3 BGB gegen den Pflichtteilsberechtigten. Denn es fehlt am Tatbestandsmerkmal des „Verlangens“ durch den Pflichtteilsberechtigten.

Für den Anwalt des Pflichtteilsberechtigten ist zu beachten, dass die Kosten für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung anders als diejenigen für das Nachlassbestandsverzeichnis nicht als pflichtteilsmindernde Nachlasspassiva angesetzt werden können. Angemerkt sei, dass dies immer gilt, d.h. selbst dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verlangt hat und sie vor dem zuständigen Amtsgericht abgegeben wurde; denn hier hat der Pflichtteilsberechtigte die Kosten nach § 261 Abs. 3 BGB persönlich zu tragen<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> OLG Zweibrücken v. 12.1.1979, MDR 1979, 492, 493; MüKo-Krüger (Fn. 21), § 261 Rn 3.

<sup>41</sup> OLG Karlsruhe v. 14.4.1994, BWNNotZ 1995, 47; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 3. Aufl. 1996, § 22 Rn 14; Limmer (Fn. 1), § 22 BNotO Rn 2.

<sup>42</sup> OLG Karlsruhe v. 14.4.1994, BWNNotZ 1995, 47; Nieder, ZERB 2004, 60, 65; Limmer (Fn. 1), § 20 BNotO Rn 26.

<sup>43</sup> V. 14.4.1994, BWNNotZ 1995, 47 f.; ähnlich OLG Zweibrücken v. 12.1.1979, MDR 1979, 492, 493.

<sup>44</sup> (Fn. 1), § 20 BNotO Rn 26 und § 22 BNotO Rn 8.

<sup>45</sup> Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 1 Rn 31 und § 38 Rn 8; Jansen, BeurkG, 1971, § 38 Rn 10; Dieterle, BWNNotZ 1987, 11, 12; Nieder, ZERB 2004, 60, 65 mit Fn. 53.

<sup>46</sup> Hansens, JurBüro 1986, Sp. 825; Jansen (Fn. 30), § 163 Rn 17.

<sup>47</sup> Hartmann, Kostengesetze, 32. Aufl. 2003, § 16 KostO Rn 30.

<sup>48</sup> Palandt-Edenhofer (Fn. 1), § 2314 Rn 21; Soergel-Dieckmann (Fn. 3), § 2314 Rn 42.

## V. Ergebnis

Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bereits bei der Aufnahme des notariellen Nachlassbestandsverzeichnisses ist rechtlich unwirksam und ohne Bedeutung und deshalb überflüssig. Zum einen fehlt es zumeist an einem Verlangen des Pflichtteilsberechtigten, der erst das Verzeichnis einsehen und überprüfen will, ehe er eine eides-

stattliche Versicherung der Richtigkeit begehrt, und zum anderen ist der Notar hierfür nicht zuständig – weder als beurkundender Notar noch ggf. als Nachlassrichter. Zur Abnahme und Aufnahme berufen ist vielmehr allein der Rechtspfleger beim zuständigen Amtsgericht des Wohnsitzes des Erben.

# Der Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis

(von Notaranwarter Andreas Kuhn, Hirrlingen)

## Grundgedanke und Zweck

Die unbefriedigende soziale und rechtliche Position der teilweise oder überhaupt nicht berufstätigen Ehefrau im Falle der Scheidung einer Ehe war ebenso wie der Gedanke, dass Versorgungsansprüche für den Fall des Alters und/oder der Invalidität wie anderes Vermögen während der Ehezeit von beiden Ehegatten gemeinsam erarbeitet werden, Anlass für die Einführung des Versorgungsausgleichs durch das 1. Eherechtsreformgesetz vom 14. Juni 1976<sup>1</sup>.

Damals wie auch heute ist noch in der Mehrzahl aller Ehen die Aufgabenteilung dergestalt geregelt, dass der Ehemann erwerbstätig ist, während die gar nicht oder teilweise berufstätige Ehefrau die Haushaltsführung sowie die Kindererziehung übernimmt. Der durch das 1. EheRG eingeführte Versorgungsausgleich sollte dem ausgleichsberechtigten Ehegatten, meist der Ehefrau, eine eigenständige Sicherung schaffen<sup>2</sup> und dessen Alterssicherung und/oder Invalidität von den Vorstellungen über den Unterhaltssatz lösen<sup>3</sup>.

Der Versorgungsausgleich sollte dadurch realisiert werden, dass die während der Ehezeit erworbenen Anwartschaften gleichmäßig auf beide Ehegatten verteilt werden und zwar unabhängig vom jeweiligen Güterstand der Ehegatten – mit Ausnahme des § 1408 Abs. 2 BGB – (§§ 1587 Abs. 1 Satz 1, 1587a Abs. 1 BGB).

## Allgemeines zum Versorgungsausgleich

Der Notar kommt mit dem Recht des Versorgungsausgleiches einerseits mit der Regelung der §§ 1408 Abs. 2, 1414 BGB – Möglichkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleiches durch Ehevertrag in der Form des § 1410 BGB – und andererseits mit der Regelung des § 1587o BGB – Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit der Scheidung in notariell beurkundeter Form – in Berührung. Damit der Notar bei der Beurkundung solcher Vereinbarungen seiner Prüfungs- und Belehrungspflicht gemäß § 17 BeurkG, insbesondere dem neu eingeführten § 17 Abs. 2a BeurkG nachkommen kann, ist es unerlässlich die Grundzüge des Versorgungsausgleiches zu beherrschen.

## 1. Der Anwendungsbereich des Versorgungsausgleichs

§ 1587 BGB beschreibt den Grundsatz des Versorgungsausgleiches zwischen geschiedenen Ehegatten sowohl für den Wertausgleich von Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung – §§ 1587a bis 1587e BGB – wie auch für den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich – §§ 1587f bis 1587n BGB –. Gemäß § 1318 Abs. 3 BGB finden die Vorschriften über den Versorgungsausgleich auch auf durch gerichtliches, rechtskräftiges Urteil aufgehobene Ehen Anwendung.

Dem Versorgungsausgleich unterliegen somit die Anwartschaften und Aussichten auf eine Versorgung für den Fall des Alters oder der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit – nachfolgend nur noch als „Versorgung“ bezeichnet –, egal ob diese im Inland oder im Ausland erworben worden sind. Ausgenommen vom Versorgungsausgleich sind unter anderem Leistungen, die als Entschädigung gewährt werden. Bei der Versorgung aus öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen bleiben unfallbedingte Erhöhungen der Versorgung außer Betracht (§ 1587a Abs. 2 Nr. 1 Satz 4 BGB). Kapitalversicherungen auf Grund eines Versicherungsvertrages<sup>4</sup> fallen nach wie vor unter den Zugewinnausgleich gemäß §§ 1371 ff. BGB.

## 2. Prinzip der Ehezeit

Grundsätzlich sind nur Versicherungsansprüche auszugleichen, soweit diese in der Ehezeit erworben oder aufrechterhalten worden sind. Diese Einschränkung beruht wie beim Zugewinnausgleich auf der Annahme des Gesetzgebers, die von beiden Ehegatten in der Ehe erworbenen Versorgungsansprüche seien als gemeinsame Lebensleistung anzusehen und deshalb bei Auflösung der Ehe zu teilen<sup>5</sup>.

Als Ehezeit gemäß § 1587 Abs. 2 BGB gilt die Zeit vom Beginn des Monats in dem die Ehe geschlossen worden ist, bis zum Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorausgeht<sup>6</sup>.

Beispiel:

Tag der Heirat	10.01.1983
Zustellung des Scheidungsantrags	23.03.2002
Ehezeit:	01.01.1983 – 28.02.2002

<sup>1</sup> vgl. Planken, Die soziale Sicherung der nicht erwerbstätigen Frau, 1961; Beschluss Nr. II 4 der Sozialrechtlichen Arbeitsgemeinschaft des 47. Juristentags 1968; Beschluss Nr. 21 b der Zivilrechtlichen Abteilung des 48. Deutschen Juristentags; Beitzke, RdA 1971, S. 99 (101ff.); Bogs in: Eherechtsreform, hrsg. von Bogs, Deubner, u.a., 1971, S.96 (113ff.); Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des 1. EheRG, BTDr. 7/650, S.61, 71, 154

<sup>2</sup> BT-Drucks 7/650 S.155; BT-Drucks 7/4361 S.18

<sup>3</sup> vgl. Stellungnahme des BMJ BVerfG 53, 257, 2872, FamRZ 1980, 326, 330

<sup>4</sup> § 1587a Abs. 2 Nr. 5 BGB

<sup>5</sup> BT-Drucks 7/650 S.155; BT-Drucks 7/4361 S.18f.

<sup>6</sup> §§ 253 Abs. 1, 261 ZPO

Die für den Versorgungsausgleich maßgebende Ehezeit entspricht nicht der tatsächlichen Dauer der Ehe, die erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils endet. Aus der Fassung des § 1587 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass auch Versorgungsansprüche einzubeziehen sind, die von den Ehegatten während der Zeit des Getrenntlebens erworben wurden.

### 3. Versorgungsausgleich und Güterstand

Für alle Versorgungsrechte, die in den Versorgungsausgleich einzubeziehen sind, gelten nach § 1587 Abs. 3 BGB ausschließlich die Vorschriften der §§ 1587 – 1587p BGB. Diese Versorgungsansprüche können somit unabhängig davon, ob überhaupt ein Versorgungsausgleich stattfindet (§ 1587c BGB), nicht Gegenstand einer güterrechtlichen Auseinandersetzung der Ehegatten sein. Der Versorgungsausgleich verdrängt insoweit das eheliche Güterrecht und ist unabhängig vom Güterstand.

### 4. Verfahren über den Versorgungsausgleich

Das Verfahren über den Versorgungsausgleich (öffentlich-rechtlicher Versorgungsausgleich oder als subsidiärer Auffangtatbestand der schuldrechtliche Versorgungsausgleich) ist ein Amtsverfahren<sup>7</sup> und wird entweder als Folgesache im Verbund mit dem Scheidungsverfahren (§§ 623, 629 ZPO) oder z.B. bei Aufhebung der Ehe oder bei Scheidung im Ausland als selbständige Familiensache durchgeführt<sup>8</sup>. Da der Versorgungsausgleich erst ab 01. Juli 1977 eingeführt wurde, erfasst § 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 GVG – die bei den Amtsgerichten für die Bearbeitung von Familiensachen gebildeten Abteilungen einschließlich der damit verbundenen Berechnungen sind verfassungsgemäß<sup>9</sup> – nur Ansprüche auf einen Versorgungsausgleich, die nach diesem Zeitpunkt begründet worden sind<sup>10</sup>.

Für das Versorgungsausgleichsverfahren als Folgesache gilt für die Ehegatten in allen Rechtszügen gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO Anwaltszwang, selbst wenn der Versorgungsausgleich abgetrennt wird<sup>11</sup>. Weiter gilt für das Versorgungsausgleichsverfahren nicht der Parteibegriff der ZPO sondern der Beteiligtenbegriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>12</sup>.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die (formelle) Rechtskraft im Sinne des § 705 ZPO – das gilt auch für die Entscheidung über den Versorgungsausgleich als echte Streitsache der freiwilligen Gerichtsbarkeit – solange nicht eintreten, bis das Verfahren entweder durch ungenutztes Verstreichen der Rechtsmittelfrist, durch Rechtsmittelverzicht oder eine nicht mehr anfechtbare Entscheidung über ein an sich gegebenes Rechtsmittel zum Abschluss gekommen ist. Auch durch ein an sich nicht zulässiges Rechtsmittel wird die Rechtskraft der Ehescheidung/Versorgungsausgleichsentscheidung bis zur Rechtskraft der Entscheidung über das Rechtsmittel hinausgeschoben.

### 5. Übergangsrecht und Verfassungsmäßigkeit

Die Vorschriften über den Versorgungsausgleich sind gemäß Art. 12 Nr. 13 Buchst. a des 1. EheRG am 01. Juli 1977 in Kraft getreten. Ihre Anwendung auf Ehen, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen aber erst nach dem 30. Juni

1977 unter Geltung des 1. EheRG geschieden wurden, ist verfassungsrechtlich unbedenklich<sup>13</sup>. Dies gilt auch in Verfahren, in denen die Scheidungsklage noch vor dem 01. Juli 1977 erhoben worden ist<sup>14</sup>. Verfassungsgemäß ist auch die Regelung, dass Ehen, die nach dem bis zum 30. Juni 1977 geltenden Recht geschieden wurden, vom neuen Recht unberührt bleiben – Art. 12 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 des 1. EheRG –<sup>15</sup>. Diese nach altem Recht geschiedenen Ehegatten können den Versorgungsausgleich auch nicht wirksam vereinbaren<sup>16</sup>. Ein Versorgungsausgleich findet auch dann nicht statt, wenn die Ehe zwar nach dem 01. Juli 1977 für nichtig erklärt worden ist, einer der Ehegatten aber bereits vor dem Stichtag verstorben war.

Nach Art. 12 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 des 1. EheRG wird der Versorgungsausgleich nicht durchgeführt, wenn der Ehegatte, zu dessen Gunsten er sich auswirken würde, vor dem 01. Juli 1977 durch die Übertragung von Vermögensgegenständen für künftige Unterhaltsansprüche endgültig abgefunden worden ist, oder wenn die an sich auszugleichenden Anwartschaften vor dem 01. Juli 1977 Gegenstand eines Vertrages unter den Ehegatten gewesen sind<sup>17</sup>.

### 6. Deutsch-deutsche Fragen

Im Zusammenhang mit dem Beitritt der DDR ist das Recht des Versorgungsausgleiches im Beitrittsgebiet für Ehescheidungen ab dem 01. Januar 1992 anzuwenden<sup>18</sup>. Besonderheiten bestehen nur noch während einer bis zur Herstellung einheitlicher Einkommensverhältnisse im Gebiet der Bundesrepublik dauernden Übergangszeit für die Wertermittlung und den Ausgleich von Anrechten, die im Beitrittsgebiet erworben worden sind. Diesen Besonderheiten trägt das Gesetz zur Überleitung des Versorgungsausgleiches auf das Beitrittsgebiet – VAÜG – Rechnung. Demgegenüber richtet es sich nach dem gesetzlich nicht geregelten interlokalen Privatrecht der alten Bundesländer<sup>19</sup>, ob bei Ehescheidungen in deutsch-deutschen Fällen bis zum 31. Dezember 1991 ein Versorgungsausgleich durchzuführen ist.

### 7. Der Versorgungsausgleich und das Internationale Privatrecht (IPR)

Das Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts<sup>20</sup> führte mit Wirkung vom 01. September 1986 (Art. 7 § 2 IPRG) unter anderem für Scheidungssachen und den Versorgungsausgleich Vorschriften ein, die in Fällen internationaler Berührung die Zuständigkeit der deutschen Gerichte und das jeweilige anzuwendende Recht bestimmen. Für den Versorgungsausgleich gilt seit dem 01. September 1986 eine Sonderanknüpfung in Art. 17 Abs. 3 Satz 1 EGBGB. Demnach folgt der Versorgungsausgleich grundsätzlich dem Ehwirkungsstatut im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Scheidung. Dies wiederum ist das Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist<sup>21</sup>. Der Versorgungsausgleich soll allerdings nur durchgeführt

<sup>13</sup> BVerfG 47, 85, 93 = NJW 1978, 629

<sup>14</sup> BVerfG 53, 257, 309ff. = NJW 1980, 692

<sup>15</sup> BVerfG 47, 85, 98f. = NJW 1978, 629, 630

<sup>16</sup> BGH NJW 1982, 1814f.

<sup>17</sup> OLG Hamm FamRZ 1995, 1363f.

<sup>18</sup> Art. 234 § 6 EGBGB

<sup>19</sup> BGHZ 124, 270, 273 = NJW 1994, 582

<sup>20</sup> IPRG = BGBl I S. 1142

<sup>21</sup> Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB

<sup>7</sup> §§ 621 Abs. 1 Satz 1, 621a Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 53b – 53g FGG

<sup>8</sup> BGH NJW 83, 2047

<sup>9</sup> BVerfG 64, 175 = NJW 1983, 2812

<sup>10</sup> BGH NJW 1985, 1470; BGH NJW 1979, 2517

<sup>11</sup> BGH NJW 1991, 743f.; BGH FamRZ 1987, 57; BGH FamRZ 1998, 1505

<sup>12</sup> §§ 53b Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 53c Abs. 1 Satz 1 FGG

werden, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat oder wenn die allgemeinen Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist für Ehesachen unabhängig von der örtlichen Zuständigkeit in § 606a Abs. 1 ZPO geregelt.

Nach Dörr<sup>22</sup> ist aus § 621 Abs. 2 ZPO auch die internationale Zuständigkeit der zugleich für den Versorgungsausgleich zuständigen Familiengerichte zu folgern, was ebenso für ein selbständiges Versorgungsausgleichsverfahren in Deutschland nach einer zuvor im Ausland ausgesprochenen und nach Art. 7 § 1 FamRÄndG anerkannten Scheidung gelte.

Die gesetzliche Regelung des Versorgungsausgleichs im EGBGB führt dazu, dass bei fast allen Ehegatten, die einen deutschen Notar zur Beratung oder Beurkundung aufsuchen, ein Versorgungsausgleich nach deutschem Recht in Betracht kommen kann und zwar gleichgültig ob es sich um eine deutsch/ausländische Ehe, eine Ehe von Ausländern mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder eine Ehe von Ausländern gleicher Nationalitäten handelt<sup>23</sup>. Bei der Rechtsgestaltung ist deshalb auch bei ausländischen Beteiligten an die Möglichkeit und gegebenenfalls an die Notwendigkeit einer Regelung hinsichtlich des Versorgungsausgleichs nach deutschem Recht zu denken. Die Einzelheiten dieser Regelung – vollständiger Ausschluss oder Modifizierung – richten sich nach den Vorschriften des deutschen Rechts über den Versorgungsausgleich<sup>24</sup>.

Welche Auswirkungen der Ausschluss des Versorgungsausgleichs auf die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten hat, bestimmt das maßgebliche Güterrechtsstatut<sup>25</sup>. Die in § 1414 BGB normierte Rechtsfolge, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs zur Gütertrennung führt, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt, tritt deshalb nicht bei Ehegatten ein, die in einem Güterstand eines ausländischen Rechts leben. Dennoch empfiehlt sich aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit bei einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach deutschem Recht im Ehevertrag ausdrücklich zu bestimmen, dass diese Vereinbarung keine Auswirkungen auf die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten haben soll.

Schließlich ist es zweckmäßig, bei der Wahl eines ausländischen Rechts als subjektives Ehestatut zusätzlich den Versorgungsausgleich nach deutschem Recht auszuschließen<sup>26</sup>.

### Arten des Versorgungsausgleichs

#### 1. Der Versorgungsausgleich durch Wertausgleich (§§ 1587a – 1587e BGB)

Der Versorgungsausgleich durch Wertausgleich umfasst nach § 1587a Abs. 1 Satz 2 BGB die Hälfte des Wertunterschiedes der einander zu vergleichenden Versorgungsleistungen. Dieser Wertausgleich führt – wie oben bereits dargelegt – also zu einer Bildung von eigenen, selbständigen Versor-

gungsanwartschaften des berechtigten Ehegatten. Dies vollzieht sich in drei Schritten, in welche sich der Wertausgleich noch weiter unterteilen lässt.

Zuerst werden die Versorgungsansprüche, die in den Ausgleich einzubeziehen sind<sup>27</sup>, ermittelt. Danach werden die Versorgungsansprüche bewertet und der auszugleichende Wert festgestellt<sup>28</sup>. Als dritter und letzter Schritt folgt dann die gerichtliche Entscheidung über die Art und Weise des Ausgleichs<sup>29</sup>.

Die zur Bewertung maßgeblichen Bestimmungen ergeben sich aus § 1587a Abs. 2 – 8 BGB.

#### a) § 1587a Abs. 2 BGB

In dieser Bestimmung sind die wesentlichen Versorgungsformen und die Ermittlung der fiktiven Versorgung zum Ehezeitende erfasst:

#### aa) Beamtenrechtliche Versorgung (§ 1587a Abs. 2 Nr. 1)

Der Betrag, der sich als Versorgung ergäbe, wenn bei Ende der Ehezeit der Versorgungsfall eingetreten wäre, wird wie folgt ermittelt:

Die Höhe der ruhegehaltfähigen Dienstbezüge des Berechtigten bei Ende der Ehezeit wird dem Betrag nach festgestellt (Satz 1). Sodann wird die tatsächlich bis zum Stichtag zurückgelegte ruhegehaltfähige Dienstzeit um die Zeit bis zur Altersgrenze erweitert = Gesamtzeit (Satz 2). Die Gesamtzeit bildet die Grundlage für den Prozentsatz, nach dem sich das Ruhegehalt bestimmt. Dieser Prozentsatz, bezogen auf die ruhegehaltfähigen Dienstbezüge am Bewertungsstichtag (Satz 1), ergibt die Höhe der monatlichen Versorgung am Bewertungsstichtag. Sodann wird gemäß Satz 3 der gesuchte Wert nach folgender Formel ermittelt:

$$W = \frac{EZ \times mV}{GZ}$$

W = gesuchter Wert

EZ = Ehezeit

mV = monatlicher Versorgungsbetrag am Ende der Ehezeit

GZ = Gesamtzeit

#### ab) Versorgungsleistungen in einer der gesetzlichen Rentenversicherungen, die den gesetzlichen Rentenanpassungen unterliegen, sog. dynamisierte Renten (§ 1587a Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Der Betrag, der sich als Altersruhegeld ergäbe, wenn bei Ende der Ehezeit der Versicherungsfall eingetreten wäre, ist auf Grund der in die Ehezeit fallenden anrechnungsfähigen Versicherungsjahre (= Zeiten, für die nach rentenrechtlichen Vorschriften Beiträge wirksam entrichtet sind oder als entrichtet gelten<sup>30</sup>) zu berechnen. Da ausschließlich die Rentenversicherungsträger alle für die Ermittlung der Renten erforderlichen Daten gesammelt haben und daher allein zur Rentenberechnung imstande sind, kann in Fällen des § 1587a Abs. 2 Nr. 2 BGB auf die Auskünfte der jeweiligen Rentenversicherungsträger zurückgegriffen werden. Eine Auskunftspflicht der gesetzlichen Rentenversicherungsträger besteht gegenüber dem Versicherten unter den Voraussetzungen des § 15 SGB, gegenüber dem Gericht nach § 53b Abs. 2 Satz 2 und 3 FGG i.d.F. des 1.EheRG.

<sup>22</sup> MüKo - vor § 1587 Rn. 14

<sup>23</sup> Beck'sches Notarhandbuch B2, Rdnr. 124 St.

<sup>24</sup> MüKo Art. 17 EGBGB Rdnr. 214

<sup>25</sup> Palandt/Heinrich Art. 17 EGBGB Rdnr. 19

<sup>26</sup> Schoppen IPR S. 166

<sup>27</sup> § 1587 Abs. 1 BGB

<sup>28</sup> § 1587a Abs. 2 BGB

<sup>29</sup> §§ 1587a Abs. 1, 1587b BGB

<sup>30</sup> vgl. u.a. §§ 54 ff. SGB VI

ac) Unverfallbare Versicherungen aus der betrieblichen Altersversicherung (§ 1587a Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Hier ist die Art der Berechnung des Betrags, der sich als Versorgung ergäbe, wenn bei Ende der Ehezeit der Versorgungsfall (Erreichen der vereinbarten Altersgrenze) eingetreten wäre, unterschiedlich:

Buchstabe a:

Dauert die Betriebszugehörigkeit am Bewertungsstichtag noch an, ist zunächst der in der Versorgungsregelung für die vereinbarte Altergrenze zugesagte volle Jahresbetrag der Altersversorgung zu berechnen. Sodann ist dieser Betrag im Verhältnis der in die Ehezeit fallenden Zeit der Betriebszugehörigkeit zu der Gesamtzeit der Betriebszugehörigkeit (= Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur vereinbarten festen Altersgrenze) zu kürzen:

$$W = \frac{BEZ \times Jvb}{GZ}$$

W = gesuchter Wert

BWZ = in die Ehezeit fallende Zeit der Betriebszugehörigkeit

Jvb = zugesagter Jahresversorgungsbetrag

GZ = Gesamtzeit

Buchstabe b:

Ist die Betriebszugehörigkeit am Bewertungsstichtag beendet, so wird die zugesagte Versorgung in dem Verhältnis gekürzt, in dem die in die Ehezeit fallende Betriebszugehörigkeit zu der gesamten Betriebszugehörigkeit steht:

$$W = \frac{BEZ \times eV}{GZ}$$

W = gesuchter Wert

BEZ = in die Ehezeit fallende Zeit der Betriebszugehörigkeit

eV = Jahresbetrag der erworben. Versorgungsanswartschaften

GZ = Gesamtzeit

Die vorstehende Art der Berechnung gilt nur für Versicherungen, die bis zum Zeitpunkt der Entscheidung unverfallbar geworden sind; verfallbare Versicherungen fallen nach § 1587a Abs. 2 Nr. 3 BGB unter den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich.

ad) Sonstige wiederkehrende Versorgungsleistungen (§ 1587a Abs. 2 Nr. 4 BGB)

Unter § 1587a Abs. 2 Nr. 4 werden alle die Versorgungsformen erfasst, die nicht zu den unter Nr. 1 bis 3 und 5 aufgeführten zählen. Nach welcher der unter Nr. 4 Buchstabe a) – d) genannten Berechnungsarten des Versorgungswertes am Bewertungsstichtag zu berechnen ist, ist aus den Satzungen der Versorgungseinrichtungen im Einzelnen zu ermitteln.

b) § 1587a Abs. 3 BGB

Durch diese Regelung sollen die qualitativen Unterschiede der dort genannten Versicherungen ausgeglichen werden. Der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich ist im Grundsatz ausschließlich in der gesetzlichen Rentenversicherung durchzuführen. Versicherungen, deren Wert nicht in gleicher oder nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert einer beamtenrechtlichen Versorgung oder den Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, müssen deshalb umbewertet werden. Vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass alle in den Versorgungsausgleich einzubeziehenden Versicherungen auf denselben Nenner wie die beamtenrechtlichen Versicherungen bzw. die gesetzliche Rentenversicherung gebracht werden müssen. Der Ausgleich erfolgt

im Grundsatz dadurch, dass aus der Versorgung ein ehezeitbezogenes Kapital gebildet wird. Dieses Kapital wird dann in eine Leistung der gesetzlichen Rentenversicherung umgerechnet. Es muss also errechnet werden, welcher Rentenwert dieses Kapital in der gesetzlichen Rentenversicherung ergäbe. Diese Umbewertungsvorschrift gilt für die in § 1587a Abs. 2 Ziffer 4, 5 BGB genannten Versicherungen.

c) § 1587a Abs. 4 BGB

Diese Bestimmung schreibt die Umbewertung der betrieblichen Altersversicherung über die Barwertverordnung vor.

d) § 1587a Abs. 5 BGB

Abs. 5 ist eine Auffangvorschrift für Versorgungsanswartschaften, die nicht unmittelbar nach den vorstehenden Grundsätzen bewertet werden können.

e) § 1587a Abs. 6 BGB

Abs. 6 geht auf die Besonderheiten der beamtenrechtlichen Versorgung ein. Liegen bei einem Beamten mehrere Versicherungen vor, also z.B. eine weitere beamtenrechtliche Versorgung oder eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung, so sind die beamtenrechtlichen Ruhens- und Anrechnungsbestimmungen zu berücksichtigen<sup>31</sup>. Die Wertberechnung erfolgt erst nach Anwendung dieser Ruhens- und Anrechnungsbestimmungen.

f) § 1587a Abs. 7 BGB

Renten der gesetzlichen Rentenversicherung, die beamtenrechtliche Versorgung und sonstige Versorgungsleistungen hängen häufig von Mindestversicherungszeiten, Wartezeiten und ähnlichen zeitlichen Voraussetzungen ab. Bei der Bewertung der Versorgungsanswartschaften nach Abs. 2 bleibt die Nichterfüllung dieser Leistungsvoraussetzungen außer Betracht. So wird z.B. eine Anwartschaft der gesetzlichen Rentenversicherung selbst dann in die Bewertung einbezogen, wenn der Ehegatte erst 2 Jahre Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet hat. Dies gilt auch für die Bewertung von noch verfallbaren betrieblichen Altersversicherungen. Nach § 1587a Abs. 2 Ziffer 3 Satz 3 BGB ist für diese aber als Form des Ausgleiches der schuldrechtliche Versorgungsausgleich vorgesehen.

g) § 1587a Abs. 8 BGB

Rentenleistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, die beamtenrechtliche Versorgung und sonstige Versicherungen sehen vielfach familienbezogene Bestandteile vor, so z.B. Kinderzuschüsse, erhöhter Ortszuschlag für verheiratete Beamte oder höhere Leistungen für Verheiratete in der Altershilfe für Landwirte.

Für die Wertberechnung der Anwartschaften nach Abs. 2 müssen solche familienbezogene Bestandteile außer Betracht bleiben. Die Herausnahme aus der Wertermittlung erfolgt, weil diese Leistungen nicht dauerhaft sind, d.h. in der späteren Versorgungsleistung nicht mehr enthalten sein können.

Wenn also z.B. aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, ist bei der Bewertung der erworbenen Versorgungsanswartschaften von der Annahme auszugehen, dass beide Ehegatten unverheiratet und kinderlos sind.

h) Übertragung und Begründung von Rentenanwartschaften durch das Familiengericht

Wer ausgleichspflichtiger bzw. ausgleichsberechtigter Ehegatte ist, entscheidet sich nach der Gegenüberstellung der in § 1587a Abs. 2 BGB genannten Versorgungsanwartschaften. In § 1587a Abs. 1 BGB ist der Grundsatz festgelegt, dass der Ehegatte mit den werthöheren Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung ausgleichungspflichtig ist und dem Berechtigten als Ausgleich die Hälfte des Wertunterschiedes zusteht. Die Durchführung des Ausgleiches kann erfolgen durch den öffentlich-rechtlichen Wertausgleich oder den schuldrechtlichen Wertausgleich.

Die Form der Durchführung des Wertausgleiches nach § 1587b BGB hängt von der Art der auszugleichenden Versorgung ab. In § 1587b BGB ist die Form des Ausgleiches der Art der Versorgung jeweils zugeordnet. Unterliegt also eine Versorgung § 1587a Abs. 2 Ziffer 1 BGB, erfolgt der Ausgleich nach § 1587b Abs. 2 BGB in Form des Quasisplittings.

Die Regelung des § 1587b BGB sieht drei Ausgleichsformen vor:

1. nach Abs. 1 durch Übertragung von Rentenanwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung vom Versicherungskonto des Verpflichteten auf ein bei der gesetzlichen Rentenversicherung bestehendes oder noch zu begründendes Versicherungskonto des Berechtigten – Splitting.

2. nach Abs. 2 durch Begründung von Rentenanwartschaften für den Berechtigten auf einem bestehenden oder noch zu begründenden Versicherungskonto in der gesetzlichen Rentenversicherung bei gleichzeitiger Belastung der beamtenrechtlichen Versorgungsanwartschaften des Verpflichteten – Quasisplitting.

3. nach Abs. 3 Satz 1 durch Begründung von Rentenanwartschaften auf ein bestehendes oder noch zu begründendes Versicherungskonto in der gesetzlichen Rentenversicherung im Wege der Entrichtung von Beiträgen durch den Ausgleichspflichtigen.

Durch das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich vom 21. Februar 1983<sup>32</sup> ist die Begründung von Rentenanwartschaften durch Beitragsentrichtung des Verpflichteten abgelöst worden. An deren Stelle treten folgende Ausgleichsformen:

a) Realteilung, d.h. es wird bei dem jeweiligen Versorgungsträger des Verpflichteten ein Anrecht des Berechtigten durch die Entscheidung des Familiengerichts begründet, also außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung, sofern dies vom Versorgungsträger ausdrücklich vorgesehen wird, § 1 Abs. 2 VAHRG. Hauptanwendungsbereich sind die privaten Lebensversicherungen.

b) Quasisplitting entsprechend dem Ausgleich von beamtenrechtlichen Versorgungsanwartschaften, wenn sich das Anrecht gegen einen öffentlich-rechtlich organisierten Versorgungsträger richtet. Anwendungsbereich für das erweiterte Quasisplitting sind vor allem die Anrechte von Angehörigen berufsständischer Versorgungseinrichtungen, von Versicherten bei der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes, der Landwirtschaftlichen Alterskasse, der Höherversicherung, der gesetzlichen Rentenversicherung sowie die Anrechte von Abgeordneten.

c) Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich, soweit die Beitragszahlungspflicht nicht durch die Realteilung oder das Quasisplitting ersetzt wird.

i) Bestimmung einer anderen Form des Ausgleichs § 1587b Abs. 4 BGB

Gemäß § 1587b Abs. 4 BGB ist immer zu prüfen, ob sich der Wertausgleich zu Gunsten des Berechtigten auswirkt oder unwirtschaftlich wäre. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist auf Antrag eines Ehegatten eine andere Form des Ausgleiches anzuordnen. Es ist somit im Falle eines entsprechenden Antrages zu prüfen, ob der Versorgungsausgleich für den Berechtigten tatsächlich zu einer Leistung führen kann bzw. sich zu seinen Gunsten auswirkt.

j) Höchstbetragsregelung des § 1587b Abs. 5 BGB

In § 1587b Abs. 5 BGB wird bestimmt, dass beim öffentlich-rechtlichen Wertausgleich zusammen mit den beim Ausgleichsberechtigten bereits vorhandenen Anwartschaften ein bestimmter Höchstbetrag nicht überschritten werden darf. Diese Begrenzung ergibt sich aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Danach werden Beiträge nur bis zum Doppelten der im Jahre des Versicherungsfalles geltenden allgemeinen Bemessungsgrundlagen berücksichtigt. Dies gilt auch für den Versorgungsausgleich, so dass ein Versicherter im Versorgungsausgleich nicht mehr Rentenanwartschaften erwerben kann als bei einer Beitragsentrichtung.

k) Korrektur des Wertausgleiches

Das Bedürfnis nach einer Korrektur des Wertausgleiches ist immer dann gegeben, wenn nach rechtskräftiger Entscheidung wesentliche Veränderungen derjenigen Verhältnisse eintreten, die für die Entscheidung maßgebend waren. Solche Fälle können vor allem dann eintreten, wenn durch eine Änderung des Gesetzes sich eine andere Bewertung der dem Wertausgleich zugrunde liegenden Anwartschaften ergibt.

Die Bestimmungen zum Versorgungsausgleich sehen eine nachträgliche Abänderbarkeit von Versorgungsausgleichsentscheidungen nicht vor. Die Regelung des § 1587d Abs. 2 BGB bezieht sich auf den Sonderfall der Abänderung von Ratenzahlungsanordnungen, die bei einer Verpflichtung zur Beitragszahlung gemäß § 1587b Abs. 3 Satz 1 BGB bewilligt werden könnten. Wegen des besonderen Regelungsbereichs ist eine Ausdehnung auf andere Fälle ausgeschlossen. Auch die im allgemeinen Schuldrecht entwickelten Rechtsinstitute zur Rückabwicklung oder Ergänzung von dauerhaft wirkenden Schuldverhältnissen wie z.B. der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) und der Regelung zur ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB können im Hinblick auf die rechtskräftige Entscheidung regelmäßig nicht als geeigneter Weg angesehen werden.

l) Erlöschen bei Tod des Berechtigten, § 1587e Abs. 2 BGB

Zweck des Versorgungsausgleichs ist es, dem Berechtigten eine eigene Alters- und Invaliditätsversorgung zu verschaffen. Dieser Zweck entfällt, wenn der Berechtigte stirbt. Eine Ausgleichsverpflichtung besteht somit bei Tod des Berechtigten nicht mehr, soweit diese nicht erfüllt ist. Besteht also z.B. eine Beitragsverpflichtung noch beim Tode des Berechtigten, entfällt diese. Für das Splitting und Quasisplitting hat diese Regelung wegen des Entscheidungsverbundes nach § 623 Abs. 1, 3 ZPO nur in den Fällen Bedeutung, wenn der Verbund gemäß § 628 ZPO aufgelöst und der

<sup>32</sup> BGBl. I S. 102

Berechtigte nach rechtskräftiger Scheidung, aber vor wirksamem Versorgungsausgleich stirbt.

m) Nichterlöschen des Ausgleichsanspruchs bei Tod des Verpflichteten, § 1587e Abs. 4 BGB

In § 1587e Abs. 4 BGB wird klargestellt, dass der Versorgungsausgleich um für den Berechtigten eine eigenständige Versorgung zu schaffen auch dann durchzuführen ist, wenn der Verpflichtete stirbt. Der Versorgungsausgleich ist dann gegenüber den Erben geltend zu machen. Allerdings greift diese Regelung nicht ein, wenn der Verpflichtete vor Rechtskraft der Scheidung stirbt, weil in diesem Falle eine Scheidung nicht ausgesprochen werden kann und somit auch keine Folgesachen zu regeln sind. Der Berechtigte hat in diesem Fall Anspruch auf eine Hinterbliebenenversorgung. Wird der Entscheidungsverbund nach § 623 Abs. 1, 3 ZPO aufgelöst und stirbt der Verpflichtete vor wirksam gewordenem Versorgungsausgleich, werden im Falle des Splittings vom Rentenkonto des Verpflichteten, das durch den Tod nicht weggefallen ist, Rentenanwartschaften übertragen. Entsprechendes gilt beim Quasisplitting.

2. Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich (§§ 1587f – 1587n BGB)

a) Grundlagen

Dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich unterliegen alle noch nicht oder nur teilweise durch den Wertausgleich erfassten Versorgungsanswartschaften, aus denen sich inzwischen eine unverfallbare Versorgung ergibt. Der bereits durchgeführte Wertausgleich wird vom schuldrechtlichen Versorgungsausgleich nicht berührt. Der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ist für die nach § 1587f BGB sowie § 2 VAHRG erfassten Fälle vorzunehmen und erfolgt nur auf Antrag eines Ehegatten. Eine Ausdehnung auf andere Fälle ist unzulässig<sup>33</sup>.

b) Leistungen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs

Nach § 1587g Abs. 1 Satz 1 BGB hat ein Ehegatte, dessen auszugleichende Versorgung die des anderen übersteigt, eine Ausgleichsrente in Höhe der Hälfte des Wertunterschiedes zu zahlen. Der Anspruch besteht, wenn beide Ehegatten eine Versorgung erworben haben oder wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte eine Versorgung erlangt hat und der andere Ehegatte aus gesundheitlichen Gründen auf nicht absehbare Zeit eine ihm nach Ausbildung und Fähigkeit zumutbare Erwerbstätigkeit nicht ausüben kann oder das 65. Lebensjahr vollendet hat, dem Berechtigten also noch keine Versorgung gewährt wird.

Liegen allein beim Ausgleichsberechtigten diese Voraussetzungen vor, kann kein schuldrechtlicher Versorgungsausgleich verlangt werden. Maßgeblich ist also zunächst, dass der Verpflichtete die auszugleichende Versorgung bezieht. Erhält er aus einer anderen Versorgung bereits Leistungen, wird die auszugleichende Versorgung aber zu einem späteren Zeitpunkt erbracht, so ist allein der letztere Zeitpunkt maßgebend. Unerheblich ist auch, wer beim Wertausgleich Berechtigter und Verpflichteter war, weil der schuldrechtliche Versorgungsausgleich auch aufgrund eines Rückausgleichs zur Geltung kommen kann.

Die Ausgleichsrente ist monatlich im voraus zu entrichten, §§ 1587k Abs. 1, 1585 BGB. Nach § 1587i BGB kann der Berechtigte vom Verpflichteten in Höhe der zu leistenden Ausgleichsrente die Abtretung der in den Ausgleich einzubeziehenden Versorgungsansprüche verlangen. Das Abfindungsbegehren nach § 1587l BGB bis § 1587n BGB ist jedoch durch das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich aufgehoben (§ 2 Satz 2 VAHRG), weil ansonsten über diesen Umweg die Verpflichtung zur Beitragsleistung wieder aufleben würde, die durch die Ausgleichsform der VAHGR ersetzt wurde.

### Vereinbarungen beim Versorgungsausgleich

1. Eheverträge nach § 1408 Abs. 2 BGB

a) Grundlagen

Gemäß § 1408 Abs. 2 BGB können die Ehegatten in einem Vertrag (Ehevertrag) durch eine ausdrückliche Vereinbarung auch den Versorgungsausgleich ausschließen. Dass dies nicht nur für Ehegatten gilt, sondern auch schon Verlobte Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich treffen können, ist spätestens seit der Entscheidung des BGH<sup>34</sup> und der Begründung im Urteil im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG des BVerfG<sup>35</sup> klar. Der Ausschluss ist dann unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss von einem Ehegatten ein Antrag auf Scheidung gestellt wird. Nach § 1414 Satz 2 BGB tritt infolge des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt.

Der Ehevertrag ist in der Form des § 1410 BGB zu schließen, also bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Ehegatten zur Niederschrift bei einem Notar. Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich kann durch einen erstmaligen oder durch die Abänderung eines bereits bestehenden Ehevertrages erfolgen. Aufgrund der jederzeitigen Abänderbarkeit eines Ehevertrages kann z.B. der Ausschluss des Versorgungsausgleiches auch wieder rückgängig gemacht werden.

Im Gegensatz zu der Vereinbarung nach § 1587o BGB bedarf der Ehevertrag nicht der Genehmigung durch das Familiengericht; die Voraussetzungen für eine Vereinbarung nach § 1587o BGB sind also insoweit strenger, als neben der notariellen Beurkundung auch noch eine gerichtliche Prüfung erforderlich ist. Wird deshalb ein Ehevertrag während eines bereits anhängigen Ehescheidungsverfahrens geschlossen, so liegt hierin eine Umgehung des Genehmigungserfordernisses. Die Umdeutung einer nach § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksamen Vereinbarung in eine Vereinbarung nach § 1587o BGB ist nicht möglich, auch wenn die Vereinbarung den Kriterien des § 1587o Abs. 2 Satz 4 BGB genügen würde. Ab Stellung des Scheidungsantrags ist auf Grund des zwingenden Wortlauts des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Vereinbarung nach dieser Vorschrift nicht mehr möglich. Ab diesem Zeitpunkt sind nur noch Vereinbarungen nach § 1587o BGB zulässig. Die Jahresfrist beginnt mit der Wirksamkeit des Ehevertrages. Beim Vertrag der Verlobten tritt diese erst mit Eheschließung ein, womit § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB auf Verlobtenverträge nicht anzuwenden ist<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> §§ 54, 55 BeamtVG

<sup>32</sup> BGBl. I S. 102

<sup>33</sup> BGH FamRZ 80, 129

<sup>34</sup> FamRZ 1979, 477/488

<sup>35</sup> FamRZ 1980, 326/334

<sup>36</sup> Langenfeld 4. Aufl. Rdnr. 555, 571

Der Ehevertrag nach § 1408 Abs. 2 BGB kann jedoch auch mit einer hilfsweisen Vereinbarung nach § 1587o BGB für den Fall verbunden werden, dass Scheidungsantrag innerhalb der Jahresfrist gestellt wird. Beide Vereinbarungen sind in ihren Voraussetzungen vollständig voneinander unabhängig, so dass sie ohne weiteres gleichzeitig getroffen werden können<sup>37</sup>.

#### b) Möglichkeit des Teilverzichts

§ 1408 Abs. 2 Satz 1 sieht ausschließlich den vollen Ausschluss des Versorgungsausgleiches vor. Im Schrifttum bestand vor der Entscheidung des BGH vom 28. Mai 1986<sup>38</sup> Streit darüber, inwieweit modifizierte Vereinbarungen zulässig sind. Durch vorgenannten Beschluss des BGH wurde klargestellt, dass der Teilausschluss des Versorgungsausgleiches nicht deshalb unwirksam ist, weil der Versorgungsausgleich nicht vollständig sondern nur teilweise ausgeschlossen wird. Das ergibt sich weder aus dem Wortlaut und Regelungszusammenhang, noch aus Sinn und Zweck der Vorschrift. Auch ihre Entstehungsgeschichte spricht nicht für ein solches Verständnis, das den Vertragsschließenden eine „Alles-oder-Nichts-Lösung“ aufzwingen würde<sup>39</sup>.

Die Vorschrift des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB, die den ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleiches gestattet, lässt sich nach ihrem Wortlaut zwanglos auch als Ermöglichung eines Teilausschlusses verstehen. Ist der vollständige Ausschluss zulässig, so liegt auch der Teilausschluss in der Macht der Parteien. Er beeinträchtigt die Interessen des Ausgleichsberechtigten in geringerem Maße. Den Parteien zur Anpassung des Versorgungsausgleiches an ihre individuellen Verhältnisse und Wünsche auch den Teilausschluss zu gestatten, entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie. Den Parteien steht grundsätzlich auch im Bereich des Versorgungsausgleiches die Dispositionsbefugnis zu, weil diese, auch soweit seine Durchführung in öffentlichrechtliche Verhältnisse eingreift, dem bürgerlichen Recht zugeordnet ist<sup>40</sup>. Die Regelung der Ausschlussmöglichkeit ist auch bereits im Gesetzgebungsverfahren nicht dahin gehend verstanden worden, dass sie allein den Totalausschluss zuließe. In der Begründung des Bundesrates für die Schaffung der Möglichkeit, den Versorgungsausgleich durch Ehevertrag auszuschließen, heißt es vielmehr, dass die Ehegatten den Versorgungsausgleich „ganz oder teilweise“ durch eine Vereinbarung „ersetzen“ können sollen<sup>41</sup>.

#### c) Jahressperrfrist des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB

Nach § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der Ausschluss des Versorgungsausgleiches unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird. Den Eintritt der Rechtsfolge des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB wird von der h.L. auch für reine Modifizierungsverträge bejaht<sup>42</sup>.

Vorausgesetzt wird wirksames Prozesshandeln gemäß § 78 Abs. 2 ZPO<sup>43</sup>, maßgeblicher Zeitpunkt ist die Stellung des Scheidungsantrags. Allerdings ist die Frage, wann ein Scheidungsantrag im Sinne der gesetzlichen Bestimmung

des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB gestellt ist. Teilweise wurde vertreten, erforderlich sei die Stellung des Antrags in der mündlichen Verhandlung gemäß § 137 Abs. 1 ZPO<sup>44</sup>. Andere Autoren hielten die Einreichung beim Gericht für den maßgeblichen Zeitpunkt<sup>45</sup>. Wieder andere stellten auf den Eintritt der Rechtshängigkeit durch Zustellung der Antragschrift an den Antragsgegner ab, ließen allerdings unter Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO die Einreichung beim Gericht genügen, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Nachdem OLG Düsseldorf<sup>46</sup>, OLG Hamm<sup>47</sup> und dem OLG Bamberg<sup>48</sup> hat auch der BGH mit Beschluss vom 17. Oktober 1984 der zuletzt ausgeführten Auffassung zugestimmt.

Für den Fristablauf kann es nach dem genannten Beschluss des BGH nicht entscheidend sein, wann über den Scheidungsantrag erstmals mündlich verhandelt wird. Der Tag der ersten mündlichen Verhandlung über einen Scheidungsantrag hängt von Zufälligkeiten ab. Es kann schon Zeit vergehen, weil zunächst über eine beantragte Prozesskostenhilfe zu entscheiden ist. Abgesehen davon braucht aber die mündliche Verhandlung über einen Scheidungsantrag entgegen der Regel des § 272 Abs. 3 ZPO nicht so früh wie möglich stattzufinden<sup>49</sup>. Weitere Verzögerungen ergeben sich regelmäßig dadurch, dass für die im Verbundverfahren gemäß § 623 Abs. 3 ZPO von Amts wegen durchzuführenden Regelungen Auskünfte oder Berichte eingeholt werden müssen. Nach der Meinung des BGH würden die mit der Jahresfrist verfolgten rechtspolitischen Zielvorstellungen nicht mehr sinnvoll verwirklicht werden können, wenn die Zeit, die jeweils zwischen der Einreichung des Scheidungsantrags bei Gericht und einem ersten Verhandlungstermin vergeht, gleichwohl in die Jahresfrist des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB gerechnet werden würde.

Nach der Begründung des BGH und der Literatur erscheint es also folgerichtig, nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen auf den Zeitpunkt der Erhebung der Klage abzustellen. Diese erfolgt durch die Zustellung einer Klageschrift<sup>50</sup>, an deren Stelle in Scheidungssachen die Antragschrift tritt<sup>51</sup>. Durch die Zustellung der Antragschrift wird im Scheidungsverfahren die Rechtshängigkeit begründet<sup>52</sup>, an die das Gesetz generell die materiell-rechtlichen Wirkungen einer Klageerhebung knüpft<sup>53</sup>. Da der Gesetzgeber an die Stelle der Bezeichnung „Kläger“ im Scheidungsverfahren die Bezeichnung „Antragssteller“ hat treten lassen<sup>54</sup>, liegt im übrigen die Annahme nahe, dass er in dem ebenfalls durch das 1. EheRG eingefügten § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB die Worte „Antrag stellen“ im Sinne von „Klage erheben“ verwendet hat. Auf die Einreichung der Antragschrift, durch die gemäß § 622 Abs. 1 ZPO das Scheidungsverfahren zwar anhängig, aber noch nicht rechtshängig wird, kann es für die Einhaltung der Frist des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht ankommen.

Die Regelung des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB ist eine solche des materiellen Rechts. Treten derartige Rechtsfolgen durch

<sup>37</sup> AG Ettlingen FamRZ 1978, 340, 341

<sup>38</sup> FamRZ 1986, 890

<sup>39</sup> Rolland, 1.EheRG 2.Aufl. § 1408 Rn. 7c

<sup>40</sup> BGHZ 85, 180, 186

<sup>41</sup> BT-Drucks 7/4694 S. 13

<sup>42</sup> Langenfeld 4. Aufl. Rn. 556

<sup>43</sup> BGH FamRZ 1987, 365

<sup>44</sup> Kniebes/Kniebes DNotZ 1977, 269, 288

<sup>45</sup> MüKo § 1408 Rdnr. 20

<sup>46</sup> FamRZ 1980, 798

<sup>47</sup> FamRz 1982, 1215

<sup>48</sup> FamRZ 1984, 483

<sup>49</sup> § 612 Abs. 1 ZPO

<sup>50</sup> § 253 Abs. 1 ZPO

<sup>51</sup> § 622 Abs. 1 ZPO

<sup>52</sup> § 261 Abs. 1 ZPO

<sup>53</sup> § 262 ZPO

<sup>54</sup> § 622 Abs. 3 ZPO

die Rechtshängigkeit einer Klage ein, so entfallen sie im Zweifel rückwirkend wieder, wenn durch die Rücknahme einer Klage der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist<sup>55</sup>. Diese Regelung gilt gemäß §§ 608, 622 ZPO auch für den Scheidungsantrag und für die Folgesachen<sup>56</sup>. Die Anwendung dieses unmittelbar aus dem Gesetz herzuleitenden Grundsatzes auf Fälle des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB dient auch der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

Der Ausschluss des Versorgungsausgleiches bleibt unwirksam, wenn der innerhalb der Frist gestellte Scheidungsantrag unbegründet ist<sup>57</sup>. Wird der Scheidungsantrag dagegen zurückgenommen, bleibt der Ehevertrag wirksam<sup>58</sup>. Wer geltend macht, er sei durch unredliches Verhalten des anderen Ehegatten an der Erhebung des Scheidungsantrags innerhalb der Jahresfrist gehindert worden, kann sich die Rechtswirkungen der Unwirksamkeit des Ehevertrages nur erhalten, wenn er den Scheidungsantrag binnen angemessener Frist nach Wegfall des Hindernisses stellt<sup>59</sup>.

Für den Fall der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleiches gemäß § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB besteht die Möglichkeit der hilfsweisen Vereinbarung nach § 1587o BGB. Um jedoch klar zu stellen, was mit dem restlichen Vertragswerk bei einer Unwirksamkeit nach § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB geschehen soll, ist es ratsam, dies in der Urkunde zu regeln.

#### d) Unwirksamkeit eines vollständigen Ausschlusses?

Der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleiches kann unter den besonderen Voraussetzungen des § 138 BGB nichtig sein, etwa wenn ein Ehegatte die Ahnungslosigkeit des anderen Ehegatten über die versorgungsrechtlichen Verhältnisse oder eine Zwangslage absichtlich zu seinen Gunsten ausgenutzt bzw. diesen zum Verzicht gezwungen hat<sup>60</sup>. Dasselbe ist auch anzunehmen, wenn die Ehegatten gemeinsam zum Nachteil eines Sozialversicherungsträgers zusammengewirkt haben. Weiter sollte man im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wirksamkeit von Eheverträgen die Parteien über die Möglichkeit der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarungen ausführlich belehren.

#### e) Mögliche Vereinbarungen im Einzelnen

##### Vollständiger Ausschluss

Der Versorgungsausgleich kann ohne Bedingung und Gegenleistung insgesamt ausgeschlossen werden.

##### Formulierungsvorschlag

Für den Fall, dass innerhalb eines Jahres nach Abschluss dieses Vertrages Scheidungsantrag von einem von uns gestellt werden sollte und somit der Ausschluss des Versorgungsausgleichs gemäß § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksam ist, vereinbaren wir, dass der gesamte heute geschlossene Vertrag mit seinen sämtlichen Regelungsbereichen unwirksam sein soll.

oder

Für den Fall, dass innerhalb eines Jahres nach Abschluss dieses Vertrages Scheidungsantrag von einem von uns gestellt werden sollte und somit der Ausschluss des Versorgungsausgleichs gemäß § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksam ist, vereinbaren wir hiermit ausdrücklich, dass die restlichen Bestimmungen des heutigen Vertrages von dieser Unwirksamkeit unberührt bleiben und es beim ursprünglichen Vertrag verbleibt.

oder

Für den Fall, dass innerhalb eines Jahres nach Abschluss dieses Vertrages Scheidungsantrag von einem von uns gestellt werden sollte und somit der Ausschluss des Versorgungsausgleichs gemäß § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksam ist, vereinbaren wir hiermit ausdrücklich, dass die restlichen Bestimmungen des heutigen Vertrages von dieser Unwirksamkeit unberührt bleiben und es beim ursprünglichen Vertrag verbleibt.

Weiter bestimmen wir, dass in diesem Fall der Ausschluss des Versorgungsausgleiches als Scheidungsfolgenvereinbarung gemäß § 1587o BGB von uns gewollt ist und beantragen bereits heute die Genehmigung des zuständigen Familiengerichts zu vorstehendem vollständigen Ausschluss des Versorgungsausgleiches.

#### ab) Rücktrittsvorbehalt, Bedingung, Befristung

Einem oder beiden Ehegatten kann ein Rücktrittsrecht unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumt werden, der Ausschluss kann auch an eine aufschiebende oder auflösende Bedingung oder Befristung geknüpft werden. Sie sind in der Praxis die am häufigsten gewünschten Modifizierungen des Versorgungsausgleichs.

Bei der aufschiebenden Bedingung tritt der Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht sofort in Kraft, sondern ist von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig.

##### Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 610)

Der Versorgungsausgleich wird insgesamt, für beide Teile und für die gesamte Ehezeit ausgeschlossen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Ehefrau von Seiten ihrer Mutter die zu erwartende Erbschaft von mindestens ..... Euro nach heutigem Wert anfällt.

Bei der auflösenden Bedingung wird der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sofort wirksam, entfällt aber mit dem Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses.

##### Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 612)

Sollte aus unserer Ehe ein Kind hervorgehen und gibt die Ehefrau zur Betreuung des Kindes ihren Beruf auf, so entfällt der Ausschluss des Versorgungsausgleichs für die gesamte Ehezeit und endgültig, auch wenn die Ehefrau später eine Berufstätigkeit wieder aufnimmt.

#### ad) Einseitiger Ausschluss

Der Ausschluss ist auch in der Weise einseitig möglich, dass er nur dann gelten soll, wenn sich zugunsten eines (des vermögenden) Ehegatten ein Ausgleichsanspruch ergeben würde<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> § 269 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 262 ZPO

<sup>56</sup> § 626 Abs. 1 Satz 1 ZPO

<sup>57</sup> OLG Stuttgart NJW 1983, 458

<sup>58</sup> BGH NJW 1986, 2318

<sup>59</sup> BGH FamRZ 1993, 672

<sup>60</sup> MüKo § 1408 BGB, Rn. 33

<sup>61</sup> Reinartz DNotZ 1978, 277

## Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 606)

Für den Fall, dass bei Durchführung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs im Scheidungsfall der Ehemann Ausgleichsberechtigter sein sollte, verzichtet er hiermit auf die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen und erlässt seiner Ehefrau ihre Erfüllung. Die Ehefrau nimmt den Verzicht und Erlass hiermit an. Der gesetzliche Versorgungsausgleich findet statt, wenn die Ehefrau der Ausgleichsberechtigte ist.

## ae) Schuldrechtlicher Ausgleich

Anstelle des öffentlich-rechtlichen kann der schuldrechtliche Versorgungsausgleich vereinbart werden<sup>62</sup>, wobei die Konsequenzen, insbesondere die möglichen Nachteile für den ausgleichsberechtigten Ehegatten, bedacht werden müssen. Die Abwicklung des schuldrechtlichen Ausgleichs kann gegenüber der gesetzlichen Regelung modifiziert werden.

## Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 623)

Im Falle einer Scheidung der Ehe soll zwischen den Beteiligten lediglich der schuldrechtliche Versorgungsausgleich stattfinden. Der Versorgungsausgleich durch Splitting, Quasisplitting und Realteilung wird ausgeschlossen. Im Rahmen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs wird jedoch weiter die Anwendung von § 1587i Abs. 2 und § 1587II BGB ausgeschlossen.

## af) Teilweiser Ausschluss

Der Versorgungsausgleich kann auch teilweise ausgeschlossen werden<sup>63</sup>, wenn dies den Ehegatten mit Rücksicht auf ihre beiderseitige Versorgungs- und Vermögenslage und ihre Leistungen bei Erwerb der Anwartschaften gerechtfertigt erscheint. Möglich ist die Herabsetzung der Ausgleichsquote<sup>64</sup>. Einzelne Anwartschaften des ausgleichspflichtigen Ehegatten können vom Versorgungsausgleich ausgenommen werden<sup>65</sup>. Es kann vereinbart werden, dass der Versorgungsausgleich nur für einen Teil der Ehezeit durchzuführen ist<sup>66</sup>, dass bestimmte Zeiträume bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs ausgeschlossen werden<sup>67</sup>, z.B. solche eines früheren Getrenntlebens oder Zeiten beidseitiger Berufstätigkeit, allerdings mit der Einschränkung, dass die Herausnahme dieser Zeiten nicht zu einem unzulässigen „Super-Splitting“ führt, weil sich aus dieser Zeit ein Ausgleich zugunsten des insgesamt ausgleichspflichtigen ergeben würde<sup>68</sup> oder sogar der sonst ausgleichspflichtige Ehegatte durch die Herausnahme von Zeiten oder Anwartschaften ausgleichsberechtigt werden würde.

## ag) Super-Splitting, Super-Quasisplitting

Da eine Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften nur möglich ist, soweit es das Gesetz vorsieht, ist im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs sowohl das sog. Super-Splitting<sup>69</sup> als auch das sog. Super-Quasisplitting<sup>70</sup> unzulässig<sup>71</sup>. Deshalb können in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich auch keine Anwartschaften einbezogen werden, die außerhalb der gesetzlichen Ehezeit erworben worden sind<sup>72</sup>. Aus dem gleichen Grund können Anwartschaften des Ausgleichsberechtigten nicht aus dem Versorgungsausgleich herausgenommen werden, wenn dies zu einem unzulässigen Super-Splitting zugunsten dieses Ehegatten führen würde<sup>73</sup>.

## ah) Ausschluss nur bis zum Tod eines Ehegatten

Unzulässig und nichtig gemäß § 134 BGB ist es schließlich auch, den Versorgungsausgleich für die Zeit, zu der beide Ehegatten am Leben sind, auszuschließen, für die Zeit nach dem Tode eines der Ehegatten aber trotz vorher erfolgter Scheidung aufrechtzuerhalten, weil dies gegen die Prinzipien des Versorgungsausgleiches verstieße und der Grundsatz umgangen wird, dass mit rechtskräftiger Scheidung der Versorgungsausgleich endgültig erledigt ist<sup>74</sup>.

## f) Wirkungen des Ausschlusses durch Ehevertrag gemäß § 1414 BGB

Schließen die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand aus oder heben sie ihn auf, so tritt Gütertrennung ein, falls sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt. Das gleiche gilt, wenn der Ausgleich des Zugewinns oder der Versorgungsausgleich ausgeschlossen oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird. Diese Regelung hat zur Folge, dass die Ehegatten bei Ausschluss des Versorgungsausgleichs gleichzeitig Gütertrennung vereinbart haben. Insoweit handelt es sich um eine Auslegungsregelung wie beim Ausschluss des Zugewinns. Im Hinblick auf die möglichen wirtschaftlichen Folgen sind deshalb die Ehegatten bei Beurkundung auf diese Regelung hinzuweisen, um ihnen eine anderweitige Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse zu ermöglichen<sup>75</sup>.

Die Verknüpfung des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs mit dem Eintritt der Gütertrennung erscheint wenig sinnvoll, zumal der Versorgungsausgleich unabhängig von der Güterstandsregelung durchgeführt wird.

Deshalb sollte laut Langenfeld (4. Aufl. Rn. 551) bei Ausschluss oder Modifikation des Versorgungsausgleichs eine ausdrückliche Vereinbarung bzw. Feststellung darüber in der Urkunde aufgenommen werden, welcher Güterstand gelten soll.

<sup>62</sup> § 1587f Nr. 5 BGB iV.m. § 1587o BGB – gilt nach h.M. auch für eine Vereinbarung nach § 1462 § 1587f Nr. 5 BGB iV.m. § 1587o BGB – gilt nach h.M. auch für eine Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 BGB

<sup>63</sup> BGH NJW 1986, 2316

<sup>64</sup> BGH NJW 1986, 2316

<sup>65</sup> AG Lörrach NJW 1980, 58

<sup>66</sup> AG Berlin-Charlottenburg FamRZ 1983, 76

<sup>67</sup> BGH NJW 1990, 1363

<sup>68</sup> BGH FamRZ 1990, 273

<sup>69</sup> Übertragung von mehr Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung, als der gesetzlichen Ausgleichsquote entspricht

<sup>70</sup> Begründung von Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung über die Hälfte der Differenz der auszugleichenden Anwartschaften hinaus

<sup>71</sup> BGH FamRZ 1981, 1051; BGH NJW 1990, 1363; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 405; OLG Stuttgart FamRZ 1978, 837; u.a.

<sup>72</sup> OLG Koblenz FamRZ 1986, 273

<sup>73</sup> AG Mosbach FamRZ 1977, 810

<sup>74</sup> Diederichsen NJW 1977, 217, 223

<sup>75</sup> Hillermeier FamRZ 1976, 577, 580

## Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 551)

Unabhängig von obigen Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich soll es für den ehelichen Güterstand der Beteiligten beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft verbleiben.

## Einiger Formulierungsvorschlag

Nach Belehrung über die Folgen des Ausschlusses bzw. der Modifikation des Versorgungsausgleichs im Hinblick auf die gesetzliche Folge des § 1414 Satz 2 BGB (Eintritt des Güterstandes der Gütertrennung) erklären die Beteiligten ausdrücklich, dass es unabhängig von den vorstehenden Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich für ihre Ehezeit beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gemäß §§ 1363 ff. BGB verbleiben soll.

## 2. Scheidungsvereinbarung nach § 1587o BGB

## a) Grundlagen

Gemäß § 1587o Abs. 1 Satz 1 BGB können die Ehegatten im Zusammenhang mit der Scheidung eine Vereinbarung über den Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- und Erwerbsunfähigkeit schließen. Aus § 1587o Abs. 2 Satz 4 BGB geht hervor, dass solche Vereinbarungen im Rahmen einer gesamten wirtschaftlichen Auseinandersetzung der Ehegatten erfolgen könne, d.h. insbesondere im Verbund mit einer Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung. Im Gegensatz zu Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt<sup>76</sup> sowie der Zugewinnausgleich<sup>77</sup> unterliegen Vereinbarungen im Versorgungsausgleich nicht der vollen Verfügungs- und Gestaltungsbefugnis der Ehegatten. Nach § 1587o Abs. 2 Satz 3 BGB bedürfen Vereinbarungen der Genehmigung des Familiengerichts. Eine Vereinbarung darf nicht genehmigt werden, wenn unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zur Sicherung des Berechtigten für den Fall der Erwerbsunfähigkeit und des Alters geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt. Durch diesen Genehmigungsvorbehalt wird deutlich, dass Vereinbarungen unter versorgungsrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen sind, also dieselbe Funktion wie der Ausgleich nach § 1587b BGB und das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich zu erfüllen haben. Das Genehmigungsverfahren soll somit sicherstellen, dass auch im Falle einer Vereinbarung für den Berechtigten (regelmäßig die Ehefrau) ebenfalls eine eigenständige Alters- und Invaliditätsversorgung gewährleistet wird. Der Berechtigte soll nicht übervorteilt werden<sup>78</sup>.

Im Hinblick auf die außergewöhnliche Regelung des Genehmigungserfordernisses, die an sich dem Privatrecht fremd ist, wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, hierin liege eine Bevormundung einer geschäftsfähigen Person, sie verstoße deshalb gegen das Grundgesetz<sup>79</sup>. Sowohl der Bundesgerichtshof<sup>80</sup> als auch das Bundesverfassungsgericht<sup>81</sup> haben jedoch die Vereinbarkeit dieser Regelung

mit dem Grundgesetz bejaht. Beide Gerichte haben übereinstimmend den Genehmigungsvorbehalt mit dem Übervorteilungsschutz des sozial schwächeren Ehegatten gerechtfertigt und dementsprechend die Notwendigkeit einer gerichtlichen Prüfung der Vereinbarung bejaht. Darüber hinaus verweist der BGH (a.a.O.) auf die Gefahr, dass im Falle eines Verzichts auf zustehende Versorgungsanwartschaften der Berechtigte im Falle des Alters und der Erwerbsunfähigkeit öffentliche Leistungen in Anspruch nehmen müsse. Es sei deshalb im Hinblick auf die Verfolgung sozialpolitischer Belange als eine vertretbare Maßnahme anzusehen, wenn der Gesetzgeber die Wirksamkeit von Scheidungsvereinbarungen von der Genehmigung des sachkundigen Familiengerichtes abhängig mache, zumal eine Genehmigung nur verweigert werden solle, wenn eine anderweitige angemessene Absicherung des Ausgleichsberechtigten offensichtlich nicht gewährleistet sei. Auch das Bundesverfassungsgericht versteht die Regelung des § 1587o Abs. 2 Satz 4 BGB als eng auszulegenden Ausnahmebestimmung.

Eine Einschränkung der Vereinbarungsmöglichkeiten ergibt sich auch aus § 1587o Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach können Ehegatten im Wege der Vereinbarung Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587b Abs. 1 + 2 BGB weder begründen noch übertragen. Diese Regelung dient dem Zweck, Manipulationen zu Lasten der Rentenversicherungsträger und damit der Solidargemeinschaft sowie den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn zu verhindern. Aus dieser Regelung ist auch der Grundsatz zu entnehmen, dass eine höhere Quote als 50% des Ausgleichswertes einer Versorgung nicht übertragen bzw. begründet werden darf. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus der Tatsache, dass ein Versorgungsausgleich meist zugunsten der Ehefrauen stattfindet, die regelmäßig eine höhere Lebenserwartung haben und zudem der Versicherungsfall bei Frauen zu einem früheren Zeitpunkt eintritt. Im Übrigen können weder der Versicherte der gesetzlichen Rentenversicherung noch der Beamte über ihre Versorgungsanwartschaften frei verfügen. Eine Übertragung bzw. Begründung von Rentenanwartschaften kann somit unmittelbar nur durch eine gerichtliche Entscheidung angeordnet werden. Im Wege einer Vereinbarung können jedoch Rentenanwartschaften durch Beitragszahlung entsprechend § 1587b Abs. 3 BGB begründet werden.

## b) Verhältnis zu § 1408 Abs. 2 BGB

Da die Rechtswirkungen des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann eingreifen, wenn in dem Zeitpunkt, in dem der Ehevertrag abgeschlossen wird, ein Scheidungsantrag rechtshängig ist, können nach Rechtshängigkeit eines Scheidungsantrags vertragliche Regelungen über den Versorgungsausgleich nur nach § 1587o Abs. 1 Satz 1 BGB durch eine Scheidungsfolgenvereinbarung getroffen werden<sup>82</sup>. Eine ehevertragliche Regelung des Versorgungsausgleichs, die nach § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB unwirksam wird, kann nicht in eine Vereinbarung i.S.d. § 1587o BGB umgedeutet werden, weil dies dem Schutzgedanken des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB widerspräche<sup>83</sup>.

Die Ehegatten können jedoch im Ehevertrag bestimmen, dass die ehevertragliche Regelung für den Fall, dass innerhalb der Jahresfrist Scheidungsantrag gestellt wird, als Scheidungsfolgenvereinbarung nach § 1587o BGB gelten soll.

<sup>76</sup> § 1585c BGB

<sup>77</sup> § 1278 Abs. 3 Satz 2 BGB

<sup>78</sup> BT-Drucks 7/4301, S.49

<sup>79</sup> AG Gelsenkirchen FamRZ 78, 598, AG Königstein NJW 78, 2216

<sup>80</sup> FamRZ 82, 471f.

<sup>81</sup> FamRZ 82, 769f.

<sup>82</sup> BGH NJW 1987, 1768

<sup>83</sup> OLG Koblenz FamRZ 1987, 901

## c) Zeitliche Begrenzung von Vereinbarungen

Voraussetzung ist zunächst, dass die Vereinbarung im Zusammenhang mit der Scheidung geschlossen wurde. Der Wortlaut besagt, dass ein Scheidungsverfahren noch nicht anhängig sein muss. Es genügt, dass sich einer der Ehegatten erkennbar für den anderen mit der Scheidung der Ehe befasst. Dies dürfte regelmäßig anzunehmen sein, wenn ein Ehegatte einen Rechtsanwalt mit der Vertretung seines Scheidungsbegehrens beauftragt. Eine zeitliche Eingrenzung, wie dies bei § 1408 Abs. 2 BGB geregelt ist, besteht nicht. Maßgeblich ist ausschließlich die Zwecksetzung der Vereinbarung, also dass diese für den Fall der rechtskräftigen Scheidung der Ehe geschlossen wurde.

Ist eine Vereinbarung zeitlich aber allzu lange vor dem Ende der Ehezeit geschlossen worden, können sich bei der Ermittlung des Ehezeitanteils nicht unbedeutende Abweichungen ergeben. Da die Höhe der Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung vor deren Feststellung durch das Familiengericht häufig unbekannt ist, kann zur Vorbereitung von Vereinbarungen eine Auskunft über die Höhe der Anwartschaften entsprechend § 109 SGB VI eingeholt werden.

Vereinbarungen sind auch über die Rechtskraft des Scheidungsurteils hinaus möglich, wenn z.B. das Versorgungsausgleichsverfahren gemäß § 628 Abs. 1 ZPO abgetrennt wurde, nicht jedoch mehr nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung zum Versorgungsausgleich. Denn in diesem Fall ist der Versorgungsausgleich wirksam vollzogen und kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Liegt jedoch die Anordnung einer Beitragszahlung gemäß § 1587b Abs. 3 BGB zur Begründung von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung vor, kann über die Erfüllung dieses Anspruchs eine Vereinbarung geschlossen werden. Möglich ist etwa eine Stundung der Beiträge oder eine Festsetzung von Ratenzahlungen gemäß § 1587d BGB, ferner die Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs<sup>84</sup>. Dies folgt aus der Tatsache, dass der Berechtigte es selbst in der Hand hat, eine nicht erfüllte Beitragszahlung nach § 1587b Abs. 3 BGB beizutreiben oder sich mit dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich nach § 1587f Ziffer 3 BGB zu begnügen.

## d) Vereinbarungen vor der Scheidung

Nach Abs. 1 Satz 1 sind Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich nur im Zusammenhang mit der Scheidung zulässig; der Scheidung steht die Aufhebung der Ehe gleich (§§ 1313 ff. BGB). Im Zusammenhang mit der Scheidung bedeutet dies, dass eine vertragliche Regelung i.S.d. § 1587o BGB frühestens dann getroffen werden kann, wenn bei einem Ehegatten eine konkrete Scheidungsabsicht besteht, die diesem bekannt sein muss. Nicht erforderlich ist, dass der Antrag auf Scheidung bereits anhängig ist, § 622 Abs. 1 ZPO<sup>85</sup>. Vereinbarungen nach Abs. 1 Satz 1 sind auch zulässig, wenn sie länger als ein Jahr vor Stellung des Scheidungsantrags geschlossen wurden<sup>86</sup>.

Nicht notwendig ist, dass die Ehegatten getrennt leben. Ist ein Verfahren über den Versorgungsausgleich anhängig, so kann eine Vereinbarung nach Abs. 1 Satz 1 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, die der Rechtskraft der Entscheidung vorausgeht, in das Verfahren eingeführt werden<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> § 1587f Ziffer 3 BGB

<sup>85</sup> OLG Frankfurt/M FamRZ 1983, 610

<sup>86</sup> Langenfeld DNotZ 1983, 142

<sup>87</sup> BGH FamRZ 1982, 688

## e) Form der Vereinbarung

Die Vereinbarung muss gemäß § 1587o Abs. 2 Satz 1 BGB notariell beurkundet werden (§§ 8 ff. BeurkG). Zweck dieser Regelung ist es, eine sachgerechte Beratung der Ehegatten gemäß § 17 Abs. 1 + 2 + 2a BeurkG zu gewährleisten. Nach § 109 Abs. 3 SGB VI kann der Notar im Auftrag eines Versicherten die Erteilung einer Auskunft über die Höhe der in die Ehezeit fallenden Anwartschaften auf Altersruhegeld beim Träger der gesetzlichen Rentenversicherung beantragen, wenn er mit der Beurkundung einer Vereinbarung nach § 1587o BGB beauftragt ist. Konkrete Einzelberechnungen für die in den Versorgungsausgleich einzubeziehenden Versorgungsansprüche gehören jedoch nicht zur Aufgabe des Notars<sup>88</sup>. Erforderlichenfalls hat er die Beteiligten an einen Rentenberater zu verweisen. Da § 1410 BGB nicht anwendbar ist, kann die Vereinbarung nach § 1587o BGB durch Angebot und Annahme geschlossen werden. Möglich ist auch die Aufnahme der Vereinbarung in eine nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung errichtete Sitzungsniederschrift, §§ 1587o Abs. 2 Satz 2, 127a BGB; § 53b Abs. 4 FGG verweist insoweit auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung. Soll ein Vollstreckungstitel geschaffen werden, ist die Form gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO erforderlich.

Wird die beschriebene Form nicht eingehalten, ist die Vereinbarung nach § 125 BGB nichtig und darf vom Familiengericht nicht genehmigt werden. Eine dennoch erteilte Genehmigung heilt den Formmangel nicht<sup>89</sup>.

## f) Eignung der vereinbarten Leistung zur Sicherung des Berechtigten

Die vereinbarte Leistung muss geeignet sein, den Berechtigten für den Fall seines Alters und der Erwerbsunfähigkeit (nicht auch Berufsunfähigkeit) hinreichend zu sichern. Dies bedeutet, dass etwa der Abschluss einer privaten Lebensversicherung nur dann als geeignete Sicherung angesehen werden kann, wenn neben der Altersversorgung auch der Fall der Erwerbsunfähigkeit abgesichert wird, z.B. durch eine Zusatzversicherung. Die Anforderungen an die Eignetheit der Vereinbarungen hängen also davon ab, in welcher Weise der Berechtigte bereits eine eigene Versorgung besitzt und ausreichend gesichert ist. Im Einzelfall ist aber jeweils zu prüfen, ob nicht durch einen Ausgleich in der gesetzlichen Rentenversicherung die bereits bestehende Versorgung durch den Versorgungsausgleich verbessert werden kann, d.h. die Versorgung bei einem Träger der Versorgung konzentriert werden kann.

## g) Mögliche Vereinbarungen im Einzelnen

## aa) Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich

An Stelle des Wertausgleichs nach § 1587b Abs. 1, 2 BGB oder als Ersatz für die Ausgleichsformen der §§ 1 Abs. 2, 3 VAHRG kann der schuldrechtliche Versorgungsausgleich gemäß § 1587f Nr. 5 BGB vereinbart werden. Dabei ist zu beachten, dass ein Anspruch auf die Ausgleichsrente des § 1587g BGB nur entsteht, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte selbst eine Versorgung bezieht und das Recht auf Leistung der Ausgleichsrente mit dem Tod des ausgleichspflichtigen erlischt<sup>90</sup>, wenn nicht die Voraussetzungen für den verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich erfüllt sind, § 3a VAHRG. Die Regelung über die Ver-

<sup>88</sup> BVerfG NJW 1982, 2365

<sup>89</sup> OLG Köln FamRZ 1998, 373

<sup>90</sup> BGH NJW-RR 1989, 963

längerung des schuldrechtlichen Ausgleichs nach dem Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten gilt bei Vereinbarungen nur dann, wenn die vereinbarte Ausgleichsrente die nach dem Gesetz geschuldete Rente nicht übersteigt, die Vereinbarung also an die Stelle der gesetzlichen Regelung tritt, oder wenn der Versorgungsträger der Vereinbarung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs zugestimmt hat, § 3a Abs. 3 VAHRG.

Die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs kann erwägenswert sein, wenn ein Beamter ausgleichsberechtigt ist, der Ausgleich als Splitting oder Quasi-splitting<sup>91</sup> vorzunehmen wäre und dadurch die allgemeine Wartezeit von fünf Jahren<sup>92</sup> nicht erfüllt würde, denn der Beamte kann sich freiwillig nur dann weiter versichern, wenn er die allgemeine Wartezeit erfüllt hat<sup>93</sup>.

Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 788)

Wir schließen gemäß § 1587o BGB den Wertausgleich nach § 1587b BGB aus. Als Abfindung für diesen Abschluss wird zugunsten der ausgleichsberechtigten Ehefrau vereinbart, dass der schuldrechtliche Versorgungsausgleich nach § 1587g BGB stattfinden soll. Der Abfindungsanspruch des § 1587e BGB wird ausgeschlossen.

ab) Vereinbarung über die Höhe des Versorgungsausgleichs

Der gesetzliche Ausgleichsanspruch von einer Hälfte kann bei gleich bleibender Form des Ausgleichs reduziert<sup>94</sup>, im Grundsatz aber nicht erhöht werden, jedenfalls nicht, sowie die Vereinbarung einer höheren Ausgleichsquote den Erwerb von mehr Anrechten bewirkt als bei Durchführung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs – Verbot des Supersplitting<sup>95</sup>. Nicht abänderbar ist auch der Endstichtag, nach dem die Anwartschaften bewertet werden<sup>96</sup>. Der Versorgungsausgleich kann nicht über den gesetzlichen Rahmen hinaus durch Vereinbarung erweitert werden. Deshalb darf die Ehezeit verkürzt, aber nicht verlängert werden<sup>97</sup>. Die Verkürzung der Ehezeit darf jedoch nicht bewirken, dass die Person die eigentlich ausgleichspflichtig wäre, durch Verkürzung der Ehezeit plötzlich der ausgleichsberechtigten Ehegatte ist. Möglich ist auch die Vereinbarung eines geringeren als des gesetzlichen Ausgleichs. Zulässig ist auch die Beschränkung auf einen Höchstbetrag<sup>98</sup>. Dagegen unterliegt die Regelung des § 1587b Abs. 5 BGB nicht der Parteidisposition.

ac) Super-Splitting

Hier kann auf das oben beim Super-Splitting und Quasi Super-Splitting beschriebene in vollem Umfang Bezug genommen werden.

ad) Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung

Die Ehegatten können vereinbaren, dass für den ausgleichsberechtigten Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung durch Entrichtung von Beiträgen begründet werden. Dies sieht § 187 Abs. 1 Nr. 2 SBG VI

ausdrücklich vor. Dadurch ist für den Fall der Scheidung eine Art Einkauf in die gesetzliche Rentenversicherung möglich (im Unterschied zur freiwilligen Versicherung nach § 7 SGB VI - die grundsätzlich nur für die Zukunft möglich ist).

Das Einkufen in die gesetzliche Rentenversicherung ist in der Praxis selten und wohl nur dann erwägenswert, wenn der berechtigte Ehegatte seine so erworbenen Anwartschaften durch eigene sozialversicherungspflichtige Berufstätigkeit weiter aufstocken will. Sie kann außerdem erwogen werden, wenn eine Rente mit einem höheren Betrag begründet werden soll als durch die Ausgleichsformen nach § 1587b Abs. 1, 2 und § 1 Abs. 3 VAHRG zu erreichen ist<sup>99</sup>. Zu beachten ist, dass eine Begründung von Rentenanwartschaften nur bis zum Höchstbetrag des § 1587b Abs. 5 BGB möglich ist.

Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 780)

Wir vereinbaren, dass der Ehemann zugunsten der Ehefrau zur Begründung einer Anwartschaft auf eine monatliche Rente von ..... Euro bezogen auf den der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorangehenden Monat Beiträge in entsprechender Höhe auf das Rentenkonto der Ehefrau bei der ..... zu entrichten hat. Damit sind die Versorgungsausgleichsansprüche der Ehefrau vollständig abgegolten.

ae) Abschluss eines privaten Versicherungsvertrags

Ein privater Versicherungsvertrag, der an die Stelle des Wertausgleichs treten soll, muss der Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung etwa gleichwertig sein. Entsprechende Modelle sind von der Versicherungswirtschaft entwickelt worden<sup>100</sup>.

Der Versicherungsvertrag sollte entsprechend § 1587i Abs. 3 Satz 2 BGB vom Berechtigten auf seine Person, für den Fall des Todes und des Erlebens des 62. oder spätestens 65. Lebensjahres abgeschlossen werden. Maßstab für die Mindestanforderungen an eine den gesetzlichen Versorgungsausgleich ersetzende Lebensversicherung sind § 1581 Abs. 3 Satz 2 BGB und die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze<sup>101</sup>. Die Einrichtung eines Beitragsdepots für die Versicherung aus einer Einmalleistung des Verpflichteten oder von ihm auf seine Kosten zu beschaffenden Kredits gibt dem Berechtigten Sicherheit. Die Verwendung von Zinsen aus dem Depot und der Gewinnanteile zur Erhöhung der Versicherungsleistung führt zu einer nicht ganz unerheblichen Dynamik der Anwartschaft. Zweckmäßig wird die Versicherung als Kapitallebensversicherung abgeschlossen.

Hat der Berechtigte das Rentenalter schon erreicht, kann durch Einmalzahlung an den Lebensversicherer eine sofort beginnende Altersrente erworben werden. Die Verwendung der Überschussbeteiligung für eine jährliche Rentenerhöhung kann auch hier zu einer mit der Dynamik der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbaren, wenn auch wohl weniger gesicherten Steigerung, führen.

Zu beachten ist jeweils, dass mit der Altersversorgung auch die Aufbringung der Krankenversicherungsbeiträge jedenfalls im Leistungsumfang der Rentnerkrankenversicherung gesichert sein sollte.

<sup>91</sup> § 1587b Abs. 1, 2 BGB; § 1 Abs. 3 VAHRG

<sup>92</sup> § 50 SGB VI

<sup>93</sup> § 7 Abs. 2 SGB VI

<sup>94</sup> BGH NJW 1986, 2316

<sup>95</sup> § 1587b Abs. 1, 2; § 1 Abs. 2 VAHRG

<sup>96</sup> BGH NJW 1990, 1363

<sup>97</sup> OLG Koblenz FamRZ 1986, 273

<sup>98</sup> Soergel/Vorwerk Rn 16

<sup>99</sup> Langenfeld DNotZ 1983, 151

<sup>100</sup> BGH NJW 1982, 1463

<sup>101</sup> NJW 1980, 692

Zur Vermeidung von Härten kann für den Fall des Todes des Ausgleichsberechtigten, bevor er z.B. das 55. Lebensjahr erreicht, die Berechtigung des Ausgleichspflichtigen (oder auch etwa gemeinsamer Kinder) vereinbart werden. Ein Abtretungsverbot erhöht die Sicherheit gegen eine vorzeitige Verwertung durch den Berechtigten.

#### Formulierungsvorschlag von Langenfeld (4. Aufl. Rn. 783)

Die Beteiligten vereinbaren gemäß § 1587o BGB, dass an die Stelle der Durchführung des Versorgungsausgleichs durch das Familiengericht im Falle der Scheidung die folgende Regelung treten soll:

Auf das Ableben des Ehemanns ist für die Ehefrau als Versicherungsnehmer und Begünstigte eine Lebensversicherung mit festem Auszahlungszeitpunkt mit einer Beitragssumme von Euro ..... abzuschließen. Die Versicherung läuft mit Erreichung des 60. Lebensjahres des Ehemannes ab und wird bei seinem vorzeitigen Tod beitragsfrei.

Das bei Fälligkeit zur Verfügung stehende Kapital (Versicherungssumme und Gewinnanteil) steht unwiderruflich der Ehefrau zu und wird zwingend umgewandelt in eine mit dem 60. Lebensjahr der Ehefrau beginnende lebenslängliche Leibrente zu deren Gunsten. Der Ehemann verpflichtet sich, während der gesamten Laufzeit des Versicherungsvertrags seine versicherungsrechtlichen Gestaltungsrechte nach §§ 165 und 174 VVG (Kündigung oder Beitragsfreistellung) nur im Falle des vorzeitigen Todes der Ehefrau auszuüben.

Durch eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung auf Beitragsfreiheit ist sicherzustellen, dass die Lebensversicherung bei Berufsunfähigkeit des Ehemannes beitragsfrei wird.

Für den Fall vorzeitiger Invalidität der Ehefrau ist für diese eine selbständige Berufsunfähigkeits-Versicherung mit Laufdauer bis zu ihrem 60. Lebensjahr abzuschließen. Damit die Beitragszahlung für diese letztere Versicherung auch bei vorzeitiger Berufsunfähigkeit oder vorzeitigem Tod des Ehemannes als Beitragszahler gesichert ist, ist in die Lebensversicherung eine Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung auf eine dem Beitrag zur Berufsunfähigkeits-Versicherung der Ehefrau entsprechende Rente sowie ein Rückkaufsrecht für diesen zu vereinbaren. Ebenso ist für den Tod der Ehefrau nach Rentenbeginn die Rückgewähr der gezahlten Beiträge abzüglich der gezahlten Rente zu vereinbaren. Ist der Ehemann vorverstorben, stehen diese Rechte seinen Erben zu.

Die Gewinnanteile sind zur Erhöhung der Versicherungsleistung zu verwenden. Das Bezugsrecht der Ehefrau ist unwiderruflich und nicht abtretbar.

Wegen der Zahlung der laufenden Beiträge zu obigen Versicherungen in Höhe von zunächst Euro ..... und der Erhöhungsbeträge unterwirft sich der Ehemann der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

#### h) Genehmigung von Vereinbarungen

Sämtliche Vereinbarungen i.S.d. § 1587o BGB bedürfen der Genehmigung des Familiengerichts. Dagegen unterliegen Vereinbarungen nach § 1408 Abs. 2 BGB nicht dem Genehmigungsvorbehalt. Das Genehmigungsverfahren richtet sich nach den Regeln des FGG, §§ 621 Abs. 1 Nr. 6, 621a Abs. 1 ZPO. Sieht eine Vereinbarung die Begründung

von Rentenanwartschaften durch Beitragszahlung vor, bedarf es nicht der Beteiligung des Rentenversicherungsträgers, bei dem die Rentenanwartschaften begründet werden sollen. Die Genehmigung ist deshalb dem Rentenversicherungsträger auch nicht zuzustellen.

#### i) Zeitliche Eingrenzung und Zuständigkeit hinsichtlich der Genehmigung

Über die Genehmigung kann nur innerhalb eines anhängigen Scheidungsverfahrens entschieden werden. Gegen eine Genehmigung vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens sprechen vor allem praktische Schwierigkeiten. Denn vor Eintritt der Rechtshängigkeit steht das Ehezeitende noch nicht fest, ferner kann das Familiengericht gegebenenfalls nicht die erforderlichen Auskünfte des § 53b Abs. 2 FGG einholen. Da regelmäßig auch die sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten bei der Prüfung einzubeziehen sind, kann eine zuverlässige Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit nicht erfolgen, zumal nachträgliche Änderungen möglich sind. Über den Antrag zur Genehmigung der Vereinbarung kann in einem isolierten Beschluss oder im Verbund nach §§ 623 Abs. 1, 3 ZPO entschieden werden<sup>102</sup>. Auch wenn die Genehmigung durch einen isolierten Beschluss erfolgt, tritt die Wirksamkeit erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils ein, entsprechend dem sich aus § 629d ZPO ergebenden Grundsatzes.

Für die Genehmigung einer Vereinbarung ist das Familiengericht zuständig, bei dem das Versorgungsausgleichsverfahren anhängig ist. Dies kann somit das Oberlandesgericht (Familiensenat) sein, wenn gegen eine Versorgungsausgleichsentscheidung des Familiengerichts Rechtsmittel eingelegt wurde. Hat das Familiengericht die Genehmigung versagt und deshalb den Versorgungsausgleich von Amts wegen durchgeführt, so hat das OLG erneut zu prüfen, ob die Vereinbarung genehmigungsfähig ist<sup>103</sup>.

Wird ein Scheidungsantrag vor Eintritt der Rechtskraft zurückgenommen (gegeben also auch im Rechtsmittelverfahren), werden gemäß § 626 ZPO auch alle Folgesachen als gegenstandslos betrachtet, somit auch eine genehmigte Vereinbarung. Dasselbe gilt, wenn ein Scheidungsantrag rechtskräftig abgewiesen wird.

#### j) Folgen und Anfechtbarkeit der Genehmigung

Soweit die Ehegatten eine Vereinbarung zum Versorgungsausgleich gemäß § 1587o BGB geschlossen haben und diese Vereinbarung genehmigt wurde, findet eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich nach § 1587b BGB sowie dem VARHG nicht statt, § 53d Satz 1 FGG. Dies gilt auch bei einer Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 BGB. Die Genehmigung wird mit Eintritt der Rechtskraft wirksam, § 53g Abs. 1 FGG; § 16 Abs. 1 FGG ist nicht anzuwenden.

Zulässig ist es, die Genehmigung einer Vereinbarung mit der befristeten Beschwerde nach § 621e ZPO anzufechten oder gegen das Scheidungsurteil mit der Begründung der Berufung einzulegen, das Familiengericht hätte über den Scheidungsantrag nicht ohne Durchführung des Versorgungsausgleichs von Amts wegen entscheiden dürfen<sup>104</sup>, falls die Vereinbarung unwirksam sei.

Wird die Genehmigung verweigert, können die Ehegatten erneut eine Vereinbarung zur Genehmigung vorlegen, in

<sup>102</sup> BGH FamRZ 82, 471

<sup>103</sup> BGH FamRZ 82, 471f.

<sup>104</sup> OLG Stuttgart FamRZ 82, 1079; OLG Düsseldorf FamRZ 81, 804

der die Ablehnungsgründe behoben wurden. Wird die Genehmigung nicht erteilt und führt das Familiengericht den Versorgungsausgleich von Amts wegen durch, können die Parteien diese Entscheidung mit Begründung anfechten, die Genehmigung sei zu Unrecht verweigert worden – § 621e ZPO<sup>105</sup>. Eine isolierte Anfechtung der Nichterteilung der Genehmigung ist nach § 53d Satz 2 FGG jedoch nicht zulässig.

<sup>105</sup> BGH FamRZ 82, 471ff.

Die Versagung der Genehmigung ist aber dann selbständig anfechtbar, wenn das Familiengericht von Amts wegen keinen Versorgungsausgleich einleitet, etwa mit der Begründung, es sei ausländisches Recht anzuwenden, das den Versorgungsausgleich nicht kenne. In diesem Fall geht die Beschwer über die reine Versagung der Genehmigung hinaus, so dass der § 53d Satz 2 FGG zugrunde liegende Gedanke nicht mehr gegeben ist, wegen eines Zwischenstreites den Verfahrenslauf nicht zu hemmen<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 7/4361, S. 270

## Rechtsprechung

### BGB § 1906

**1. Das Vormundschaftsgericht muss dem Antrag eines Betreuers, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, auf Unterbringungsgenehmigung entsprechen, solange sie zum Wohle des Betreuten jedenfalls deshalb erforderlich ist, weil auf Grund der psychischen Krankheit des Betreuten die konkrete Gefahr besteht, dass er sich erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt (§ 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Eine solche Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge psychischer Erkrankung setzt voraus, dass der Betreute krankheitsbedingt seinen Willen nicht frei bestimmen kann. Dieses Erfordernis ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes.**

**2. Alkoholismus (Trunksucht) für sich allein betrachtet ist keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung im Sinne von § 1906 Abs. 1 BGB ist, so dass allein darauf in der Regel die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden kann. Etwas anderes gilt nur, wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen, insbesondere einer psychischen Erkrankung, steht oder ein auf den Alkoholmissbrauch zurückzuführender Zustand eingetreten ist, der das Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht hat.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 29.04.2003 -8 W 135/03-

Aus den Gründen:

#### I.

1. Der Betroffene ist marokkanischer Staatsangehöriger, der etwa seit 1986 in Heilbronn lebt, seit 1988 als anerkannter Asylbewerber. Ausweislich der Angaben im nervenfachärztlichen Gutachten vom Nov. 1996 wurde er 1992 erstmals wegen einer manifesten paranoiden Schizophrenie im Zentrum für Psychiatrie (ZfP) W. behandelt. Außerdem leidet der Betroffene seit jener Zeit zunehmend an sekundärem Alkoholismus. Neben wiederholten Suizidversuchen war es zu mehrfachen Zwangseinweisungen nach UBG gekommen.

Anlässlich des 10. stationären Aufenthalts im ZfP W. im November 1996 hat das Notariat – Vormundschaftsgericht – H. unter Einholung des genannten Gutachtens durch Beschluss vom 8.11.1996 im Einverständnis des Betrof-

fenen eine Betreuerin mit umfassenden Aufgabenbereichen bestellt, darunter auch die Ausübung der Gesundheitsfürsorge und des Aufenthaltsbestimmungsrechts einschließlich freiheitsentziehender Maßnahmen.

Ergänzend hat das Amtsgericht H. einen weitreichenden Einwilligungsvorbehalt angeordnet.

Nachdem der Betroffene sich wiederholt freiwillig im ZfP hatte behandeln lassen, hat das Amtsgericht auf Antrag der (damaligen) Betreuerin nach Einholung eines mündlichen Gutachtens durch Beschluss vom 8.8.2001 die Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 BGB für ca. 6 Wochen genehmigt.

2. Am 16.9.2002 ist der Betroffene von der Polizei wegen Belästigung einer Minderjährigen erneut in das ZfP W. verbracht worden. Nach Widerruf seiner anfänglichen Bereitschaft zur freiwilligen Behandlung (und wiederholtem kurzfristigem Entweichen) hat die Richterin des Amtsgerichts auf Betreuerantrag nach Einholung eines mündlichen Gutachten von Dr. S. durch Beschluss vom 11.11.2002 die geschlossene Unterbringung des Betroffenen für 3 Monate genehmigt.

Unter dem 16./17.1.2003 beantragte der Betreuer, eine Verlängerung der geschlossenen Unterbringung zu genehmigen. Nach persönlicher Anhörung des Betroffenen und Einholung einer ärztlichen Stellungnahme genehmigte der Amtsrichter die Verlängerung der geschlossenen Unterbringung bis zum 6.2.2004. Auf die vom Verfahrenspfleger eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht – nach Anhörung des Betroffenen durch die Kammer und Einholung eines mündlichen Gutachtens des Stationsarztes Dr. S. dahin entschieden, dass das Rechtsmittel des Betroffenen zurückzuweisen sei mit der Maßgabe, dass die Unterbringung auch in einer anderen gleichgeeigneten Einrichtung zulässig sei.

Gegen diesen landgerichtlichen Beschluss wendet sich der Betroffene mit der vom Verfahrenspfleger eingelegten sofortigen weiteren Beschwerde mit der er rügt, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine geschlossene Unterbringung lägen derzeit nicht vor; angesichts des derzeitigen Zustands der Psychose sei eine geschlossene Unterbringung als Maßnahme gegen den Alkoholismus nicht zulässig, zumal der Betroffene seit 1 Monat „trocken“ sei.

Der Betreuer hat sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr geäußert.

## II.

Das im Namen des Betroffenen eingelegte weitere Rechtsmittel des Verfahrenspflegers ist als Rechtsbeschwerde statthaft und auch im übrigen zulässig.

Es hat insoweit Erfolg, als die landgerichtliche Beschwerdeentscheidung der rechtlichen Überprüfung nicht standhält, weshalb sie aufzuheben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Erstbeschwerdegericht zurückzuverweisen war.

1. Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Angaben des medizinischen Sachverständigen im Anhörungstermin ausgeführt, dass die beim Betroffenen vorliegende psychische Erkrankung derzeit „zufriedenstellend“ sei und für sich genommen keine Unterbringung rechtfertige; ein Unterbringungsgrund sei jedoch deshalb zu bejahen, weil die Gefahr bestehe, dass der Betroffene sich aufgrund dieser Krankheit einen erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügen werde, indem der Betroffene nach Entlassung alsbald wieder unkontrolliert Alkohol zu sich nehmen und daraufhin verwahrlosen werde. Die Kammer hat weiter ausgeführt, man könne zwar durchaus die Ansicht vertreten, dass diese drohende Gefährdung noch nicht die Schwelle des nach § 1906 BGB erforderlichen „erheblichen“ Gesundheitsschadens überschreite mit der Folge, dass man die für den Fall einer sofortigen Entlassung beim Betroffenen prognostizierte Situationsveränderung eigentlich bis zum Eindruck eines klaren gesundheitlichen Schadens hinnehmen müsse. Weiter heißt es: „Anders ausgedrückt, könnte die Meinung vertreten werden, man müsse es zulassen, dass sich der Betroffene durch seinen Alkoholismus bis an die Grenze der Lebensgefahr ruiniere, um eingreifen zu können. Die Kammer ist anderer Meinung und hält eine Unterbringung im vorliegenden Fall für zulässig, weil nach ihrer Ansicht eine längerfristige Unterbringung des Betroffenen die einzige Chance darstellt, Krankheits- und Behandlungseinsicht bei ihm zu wecken und durch den Versuch einer Heimunterbringung ihm die Vorteile eines nicht mehr selbst zu bestimmenden Lebens in seiner Situation vor Augen zu führen. Erst wenn er bewiesen hat, unter solchen Bedingungen längerfristig abstinenzfähig zu sein, könnte sich für ihn wieder die Chance einer Eingliederung in den Arbeitsprozess und eines weitgehend selbst bestimmten Lebens eröffnen. Die Chance sollte dem Betroffenen zu seinem Wohl dadurch gegeben werden, dass er gezwungen wird, ein weiteres Jahr im Klinikum, besser noch in einer gleichgeeigneten Einrichtung unter Behandlung und Betreuung zu verbleiben. Seine Verlegung in ein geschlossenes Heim ist daher vordringlich zu betreiben, zumal für den Betroffenen zur Zeit keine Wohnung zur Verfügung steht.“

2. Diese Ausführungen der Kammer tragen die ausgesprochene Genehmigung einer Unterbringung in einer geschlossenen Station für ein (weiteres) Jahr nicht. Das Landgericht hat die rechtlichen Voraussetzungen des § 1906 Abs. 1 BGB, wie sie für die vorliegende Fallgestaltung durch obergerichtliche Rechtsprechung präzisiert worden sind, nicht ausreichend geprüft und ist dadurch auch seiner Pflicht zur Ermittlung der Tatsachen (§ 12 FGG) – trotz Anhörung des Beschwerdeführers in voller Kammerbesetzung – nicht im erforderlichen Maße nachgekommen. Die Entscheidung spricht zudem durchweg nur von „§ 1906 BGB“ und lässt eine Differenzierung danach, ob die Unterbringung wegen Selbstgefährdung (Abs. 1 Nr. 1) oder zur Heilbehandlung (Abs. 1 Nr. 2) erfolgen soll, vermissen. Auch das Sach-

verständigengutachten, das Stationsarzt Dr. S. ausweislich des Protokolls anlässlich der Anhörung des Betroffenen erstattet hat, rechtfertigt – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend geltend macht – für sich allein die Unterbringungs-genehmigung noch nicht.

Andererseits ist es auch nicht zu rechtfertigen, die vom Amtsgericht ausgesprochene Unterbringungs-genehmigung aufzuheben, weil es nach Aktenlage nicht fern liegt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die Genehmigung einer Unterbringung wegen Selbstgefährdung doch gegeben sind. Das Gleiche gilt für die Voraussetzungen der Alternative einer Unterbringung zur Heilbehandlung, die von der Kammer möglicherweise bejaht wird, ohne dass die letzte Äußerung des Sachverständigen dafür eine tragfähige Basis bildet.

a) Das Problem der Behandlung von Alkoholkranken und ihrer zwangsweisen Unterbringung hat zu einer langen Reihe von höchstrichterlichen und obergerichtlichen Entscheidungen geführt, durch die Maßstäbe entwickelt worden sind, an denen die – im Einzelfall immer schwierige – Abwägung zwischen Selbstbestimmung und Zwang vorzunehmen ist. Die Ausführungen der Kammer genügen diesen Maßstäben nicht im erforderlichen Umfang.

aa) Das Vormundschaftsgericht muss dem Antrag eines Betreuers, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht, auf Unterbringungs-genehmigung entsprechen, solange sie zum Wohle des Betreuten jedenfalls deshalb erforderlich ist, weil auf Grund der psychischen Krankheit des Betreuten die konkrete Gefahr besteht, dass er sich erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt (§ 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Eine solche Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge psychischer Erkrankung setzt voraus, dass der Betreute krankheitsbedingt seinen Willen nicht frei bestimmen kann (BayObLGZ 1993,18 = FamRZ 1993, 600; BayObLG FamRZ 1998,1327 = NJW-RR 1998,1014; BayObLGR 1999,52 = FamRZ 1999,1306; OLG Hamm DAVorm 1997,55; BtPrax 2001,40). Dieses Erfordernis ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern beruht auf dessen verfassungskonformer Auslegung (BayObLG NJWE-FER 2001,150).

Denn der Staat hat von Verfassungen wegen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst gesundheitlich zu schädigen; die grundgesetzlich garantierte Freiheit der Person stellt ein so hohes Rechtsgut dar, dass sie nur aus besonders wichtigem Grund angetastet werden darf (vgl. BVerfGE 22,180,219; 58,208,224 = NJW 1982,691,692; NJW 1998, 1774, 1775; vgl. auch BGHZ 145,297 bzgl. ambulanter Zwangsmedikation, OLG Hamm BtPrax 2003, 42 bzgl. Zwangseinweisung in ein Altersheim). Dies steht im Einklang mit der ständigen (in jüngerer Zeit nicht veröffentlichten) Senatsrechtsprechung (vgl. Senat NJW 1974,2059; Die Justiz 1974,474).

Zu einer freien Willensbestimmung nicht fähig ist, wer außerstande ist, seine Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen (OLG Hamm DAVorm 1997,55). Dabei reicht es aus, dass der Ausschluss der freien Willensbestimmung partiell die Umstände betrifft, aus denen sich die Unterbringungsnotwendigkeit ergibt; bei einem Alkoholkranken kann dies angenommen werden, wenn er gegenüber seiner Erkrankung völlig unkritisch und deshalb nicht in der Lage ist, seinen Alkoholgenuß in freier

Willensbestimmung zu steuern und so einen Rückfall in den Alkoholmissbrauch, der zu weiteren Schädigungen führen müsste, zu vermeiden (BayObLGZ 1993, 18; BayObLG NJWE-FER 2001, 150)

bb) In der Rechtsprechung ist weiterhin anerkannt, dass Alkoholismus (Trunksucht) für sich allein betrachtet keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung im Sinne von § 1906 Abs. 1 BGB ist, so dass allein darauf in der Regel die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden kann (BayObLG FamRZ 1994, 1617 = BtPrax 1994, 211; FamRZ 1998, 1327; FamRZ 1999, 1306; OLG Hamm BtPrax 2001, 40; OLG Schleswig BtPrax 1998, 185 = NJW 1999, 874; vgl. auch Alperstedt BtPrax 2000, 95ff, 150 f; G.Schmidt BtPrax 2001, 188, 191). Etwas anderes gilt nur, wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen, insbesondere einer psychischen Erkrankung, steht oder ein auf den Alkoholmissbrauch zurückzuführender Zustand eingetreten ist, der das Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht hat (BayObLG aaO; OLG Naumburg OLGRep 2002, 468).

b) Hier ergibt sich das Vorliegen einer geistigen Erkrankung in Gestalt einer langjährigen manifesten Psychose in der geforderten Eindeutigkeit aus den Akten, insbesondere aus den früheren ärztlichen Gutachten. Nach den Angaben des Sachverständigen Dr. S. ist diese Erkrankung jedoch durch die – vom Betroffenen akzeptierte – Einnahme von Medikamenten soweit unter Kontrolle, dass sie eine Unterbringung nicht (mehr) rechtfertigt, weshalb der Schwerpunkt der erheblichen Gesundheitsgefährdung auf dem Alkoholismus und der davon möglicherweise ausgehenden Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung liegt.

aa) Verleugnet der Betreute etwa seine Alkoholabhängigkeit und ignoriert oder vergisst selbst Rückfälle in jüngerer Zeit, so dass er die aus dem Alkoholkonsum folgende Gefahr nicht erkennen kann, fehlt ihm also insoweit jegliche Krankheitseinsicht, dann fehlt ihm die Fähigkeit, seinen Alkoholgenuß selbstverantwortlich zu steuern und einen alsbaldigen Rückfall in lebensbedrohliche Zustände zu vermeiden (BayObLG NJWE-FER 2001, 150). Dabei kann auch die Gefahr einer akut drohenden Verwahrlosung beachtlich sein (OLG Naumburg aaO), wobei deren Erheblichkeit mit konkret festgestellten Tatsachen belegt sein muss (OLG Hamm BtPrax 2001, 40). Ob der Betreute hinsichtlich des Alkoholismus therapiefähig ist, ist für eine Unterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB – anders als nach Nr. 2 – keine notwendige Voraussetzung; es genügt die Verhinderung der erheblichen Gesundheits- bzw. Lebensgefährdung. Unter diesen engen Voraussetzungen kann – unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit – letztlich auch ein „Wegsperrn“ des Betroffenen zu seinem Wohle zulässig sein (vgl. BayObLGZ 1993, 18; NJW-FER 2001, 150, 151).

bb) Auch wenn die Würdigung von Sachverständigengutachten grundsätzlich zur Aufgabe der Tatsacheninstanz gehört, ist im Rechtsbeschwerdeverfahren zu prüfen, ob das vorliegende Gutachten sich zu den Tatsachen in ausreichendem Maße äußert, die rechtliche Voraussetzung einer Unterbringungsgenehmigung sind. Insbesondere bedarf es einer eindeutigen Stellungnahme des Sachverständigen zur Frage, ob und inwieweit der Betroffene krankheitsbedingt gehindert ist, seinen Willen frei zu bestimmen (vgl. BayObLGRep 1995, 31 = FamRZ 1995, 695; FamRZ 1998, 1327, 1328).

Die Äußerung des Sachverständigen, er erwarte als sicher, dass der Betroffene „in Freiheit sofort wieder zur Flasche greift und dann alsbald wieder hier eingeliefert werden muss“, gibt zwar einen Hinweis auf die Möglichkeit, es fehle an der erforderlichen Fähigkeit zur freien Willensbestimmung, lässt aber die gebotene Eindeutigkeit ebenso wie konkrete Angaben über das Maß der Gefährdung vermissen. Auch wenn Bezugnahmen auf frühere Gutachten (wie die beiden dem Amtsgericht erstatteten Gutachten) nicht ausgeschlossen sind, hält es der Senat angesichts der hohen rechtlichen Anforderungen an eine – zumal längerfristige – Freiheitsentziehung hier nach § 12 FGG für notwendig, ein ausführliches (schriftliches) nervenfachärztliches Gutachten einzuholen, das eine hinreichende tatsächliche Grundlage hinsichtlich des aktuellen Stands der Psychose und des Alkoholismus mit seinen konkreten Gefährdungen für die Gesundheit des Betroffenen abgibt, die der Kammer eine tragfähige Entscheidung in der einen oder anderen Richtung ermöglicht. Auch für eine – von der Kammer offenbar erwogene – Unterbringung zur Heilbehandlung (Abs. 1 Nr. 2) bedürfte es konkreter Aussagen des Sachverständigen über die Aussichten einer solchen Behandlung.

c) Bei der – unverzichtbaren – Prüfung, ob es zur Freiheitsentziehung weniger einschneidende Alternativen gibt, gehört auch die Frage, ob der Betreuer im Rahmen der Aufgabenkreise „Aufenthaltsbestimmung“ und „Gesundheitsfürsorge“ nicht auch die Voraussetzungen einer Rückkehr des Betroffenen in seine Heimat zu klären hat. Nachdem der Betroffene zumindest in seiner richterlichen Anhörung vom 7.8.2001 angesichts einer drohenden Unterbringung geäußert hat, er wolle jetzt zurück nach Marokko, könnte die Rückkehr in eine moslemisch geprägte Gesellschaft, in der kein ungehinderter Zugang zum Alkohol besteht, angesichts langfristiger Freiheitsentziehungen eine echte Alternative zum Wohle des Betroffenen sein, zumal sich nach Kenntnis des Senats die politischen Verhältnisse in Marokko seit der Flucht des Betroffenen gebessert haben und auch die Tendenz zur sozialen Isolierung geringer sein dürfte.

Mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

### BGB §§ 311 b (= 313 a. F.), 167 Abs. 2

**Wird ein Grundstückskaufvertrag mit Auflassung von einem vollmachtlosen Vertreter beurkundet, bedarf die Genehmigung zu diesem Vertrag nicht der notariellen Beurkundung. Dies gilt auch dann, wenn im Vorspann der Urkunde der mit der Genehmigung befasste Notar ersucht worden ist, die Genehmigung zu beurkunden, wenn nicht die genehmigende Partei nach Belehrung hierauf verzichtet.**

LG Heilbronn, Beschluss vom 15.05.2002 – 1 bT 123/02 Ba

Aus den Gründen:

Der beschwerdeführende Notar übersandte dem Grundbuchamt eine Ausfertigung des notariellen Kaufvertrages des beschwerdeführenden Notars sowie die Unbedenklich-

keitsbescheinigung des Finanzamts mit dem Antrag nach § 15 GBO, die Eigentumsumschreibung auf den Käufer vorzunehmen und die Löschung der jeweils in Abt. II eingetragenen Vormerkung im Grundbuch zu veranlassen, sofern keine Zwischenanträge vorliegen, denen der Käufer nicht ausdrücklich zugestimmt hat.

Das Grundbuchamt wies diesen Antrag durch Beschluss zurück mit der Begründung, der Vertrag sei nicht in der Form des § 313 BGB a.F. beurkundet worden und daher nichtig. Die beurkundeten Vertragserklärungen habe nämlich die vollmachtlose Vertreterin P. L. abgegeben. Im Vorspann der Urkunde sei der mit der Genehmigung befasste Notar ersucht worden, die Genehmigung zu diesem Vertrag in Urkundensform zu fassen, mit dem Inhalt, dass diese Urkunde als Bezugsurkunde vorgelesen wurde bei entsprechender Belehrung, es sei denn, die genehmigende Partei verzichte nach Belehrung hierauf. Die Genehmigungen beider Vertragsteile seien jedoch lediglich in beglaubigter Form eingegangen.

Das Grundbuchamt weist weiter darauf hin, dass die Genehmigung für die Verkäuferseite nicht direkt von dieser stammt, sondern von einer weiteren Angestellten des beurkundenden Notars, die ihre Vollmacht zur Genehmigung aus einer beurkundeten Vollmachtserklärung herleitet, die wiederum die Rechtsanwaltsfachangestellte P. L. als vollmachtlose Vertreterin abgegeben hat, was durch wiederum nur beglaubigte Genehmigung des Geschäftsführers der Verkäuferin gedeckt ist. Das Grundbuchamt ist der Meinung, dass bei derart außergewöhnlichen Beurkundungsverfahren die Genehmigung beurkundungspflichtig sein müsse.

Der beschwerdeführende Notar hat darauf verwiesen, dass eine Genehmigung nicht der für das Hauptgeschäft vorgesehenen Urkundensform bedürfe und das Ersuchen an den mit der Genehmigung befassten Notar nicht im beurkundeten Vertragstext stehe und damit nur eine einseitige Erklärung ohne verbindlichen Charakter darstelle. Die Vertragsparteien hätten die mögliche Form der Genehmigung durch nur notariell beglaubigte Erklärung zulässigerweise gewählt.

Die nach §§ 71 ff, 15 GBO zulässige Beschwerde ist begründet.

Die erforderliche Urkundensform für die erklärte Auflassung nach § 925 BGB ist eingehalten. Da die Auflassung durch vollmachtlose Vertreterin erfolgte, bedarf sie der beiderseitigen Genehmigung unter Verzicht auf die Beschränkungen des § 181 BGB. Diese Genehmigung kann grundsätzlich formfrei erteilt werden, es reicht für die beantragten Eintragungen daher die Form der notariell beglaubigten Genehmigung. Diese Form ist eingehalten, wenn auch auf Seiten des Verkäufers in mehrstufiger Weise.

Nach Ansicht der Kammer bedingt auch der Schutzzweck der Form keiner weiteren Voraussetzung. Wer bei der Genehmigung angibt, die zu genehmigenden Erklärungen in allen Teilen zu kennen, muss nicht gegen seinen Willen vor den Folgen dieser Erklärung geschützt werden. Es spielt deshalb vorliegend auch keine Rolle, dass der zugrunde liegende Vertrag so gefasst ist, dass er für einen Laien kaum verständlich ist und dass er auch schlecht redigiert ist. Außerdem spielt keine Rolle, dass mit der Praxis der unbeurkundeten, nur beglaubigten Genehmigungen selbstverständlich notarielle Aufklärungen umgangen werden können.

Die Parteien haben in der Kaufvertrags- und Auflassungsurkunde auch nicht, wie das Grundbuchamt gemeint hat, die Beurkundungsform für die erforderlichen Genehmigungen verbindlich vereinbart. Der beschwerdeführende Notar weist zu Recht darauf hin, dass die entsprechende Klausel im Vorspann steht und nicht zu den abgegebenen und beurkundeten Erklärungen der vollmachtlosen Vertreterin zählt. Das Ersuchen an den mit der Genehmigung befassten Notar ist deshalb nicht vertraglich bindend vereinbart worden, die Parteien können also bei der Erklärung ihrer Genehmigung von dieser Form absehen.

Bei dieser Rechtslage sind Kaufvertrag und Auflassung durch die formgerechten Genehmigungen wirksam geworden, der Antrag des Beschwerdeführers ist zu vollziehen.

Mitgeteilt von Herrn Notar Sülzle, Schwäbisch Hall

## Buchbesprechungen

Heidelberger Kommentar zum **Handelsgesetzbuch**. Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht. Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit den Rechnungslegungsvorschriften nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz und den Steuern der kaufmännischen Personenunternehmen von Glanegger, Güroff, Kirnberger, Kusterer, Peuker, Ruß, Selder und Stuhlfelner. 6. neu bearbeitete Aufl. 2002. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. XXI. 1.450 Seiten. Gebunden. ISBN 3-8114-0803-8, € 106,00.

Das Grundkonzept des in 6. Auflage erscheinenden Kommentars beruht auf der aus der täglichen Praxis gewonnenen Erkenntnis, dass kaum eine Rechtsfrage ohne Bezug zum Steuerrecht bleibt. Deshalb hebt sich der Kommentar durch eine Verknüpfung des Handelsrechts mit dem Steuerrecht von anderen Kommentierungen des HGB deutlich ab. So finden sich neben steuerrechtlichen Anmerkungen zu einer Reihe von Einzelvorschriften (z. B. Erbfall und Steuerverfahren bei § 27 HGB oder Steuer und Insolvenz bei § 32 HGB) auch geschlossene Abhandlungen über Betriebsgründungen und Besteuerung des laufenden Betriebs (S. 12–84), Betriebsbeendigung (S. 85–121), Besteuerung der Personengesellschaften (S. 337–365) jeweils vor den Büchern des HGB und Erläuterungen zum Umwandlungssteuergesetz im Anhang sowie kürzere steuerliche Einführungen wie Einkommensteuerrechtlicher Gewinnanteil, Gewinnverteilungsabreden, Gewerbesteuer (S. 442–444) und die Besteuerung der KG (S. 561–566). Der Zugang zu diesen Darstellungen wird durch eine gesonderte Übersicht zum Steuerrecht erleichtert (XII).

Rechtsprechung und Literatur fanden bis Februar 2002 Berücksichtigung. Die seit der Voraufgabe fast ununterbrochen arbeitende Gesetzgebungsmaschinerie fand in der Kommentierung ihre Berücksichtigung, so vor allem das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das Eurobilanzgesetz, das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten in der Telekommunikation, das Steuerentlastungsgesetz 2001, Heidelberger Kommentar zum **Handelsgesetzbuch**. Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht. Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit den Rechnungslegungsvorschriften nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz und den Steuern der kaufmännischen Personenunternehmen von Glanegger, Güroff, Kirnberger, Kusterer, Peuker, Ruß, Selder und Stuhlfelner. 6. neu bearbeitete Aufl. 2002. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. XXI. 1.450 Seiten. Gebunden. ISBN 3-8114-0803-8, € 106,00.

Das Grundkonzept des in 6. Auflage erscheinenden Kommentars beruht auf der aus der täglichen Praxis gewonnenen Erkenntnis, dass kaum eine Rechtsfrage ohne Bezug zum Steuerrecht bleibt. Deshalb hebt sich der Kommentar durch eine Verknüpfung des Handelsrechts mit dem Steuerrecht von anderen Kommentierungen des HGB deutlich ab. So finden sich neben steuerrechtlichen Anmerkungen zu einer Reihe von Einzelvorschriften (z. B. Erbfall und Steuerverfahren bei § 27 HGB oder Steuer und Insolvenz bei § 32 HGB) auch geschlossene Abhandlungen über Betriebsgründungen und Besteuerung des laufenden Betriebs (S. 12–84), Betriebsbeendigung (S. 85–121), Besteuerung der Personengesellschaften (S. 337–365) jeweils vor den Büchern des HGB und Erläuterungen zum Umwandlungssteuergesetz im Anhang sowie kürzere steuerliche Einführungen wie Einkommensteuerrechtlicher Gewinnanteil, Gewinnverteilungsabreden, Gewerbesteuer (S. 442–444) und die Besteuerung der KG (S. 561–566).

Der Zugang zu diesen Darstellungen wird durch eine gesonderte Übersicht zum Steuerrecht erleichtert (XII).

Rechtsprechung und Literatur fanden bis Februar 2002 Berücksichtigung. Die seit der Voraufgabe fast ununterbrochen arbeitende Gesetzgebungsmaschinerie fand in der Kommentierung ihre Berücksichtigung, so vor allem das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das Eurobilanzgesetz, das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten in der Telekommunikation, das Steuerentlastungsgesetz 2001, Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz und das Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz. Vertieft wurden die Problemkreise Unternehmenskauf, Abfindung und Ausscheiden von Gesellschaftern. Erhebliche Erweiterungen gab es im Bilanzrecht: unter anderem die neuen §§ 264 a–c HGB, neue Entwicklungen als Folge des KonTraG bei den §§ 316 ff HGB. Ausführlicher wurde die Kommentierung von Stock Options bei § 272 HGB und die Änderung der Rechtsprechung bei der phasengleichen Vereinnahmung (Rdn. 28 zu § 275 HGB). Hinweise zu den international anerkannten Rechnungslegungsvorschriften IAS und US-GAAP sind in der Einführung vor § 238 Rdn. 30–32 dargestellt. Wichtige Abweichungen zum HGB sind bei den entsprechenden Vorschriften angemerkt.

Der Anhang enthält u.a. den Gesetzestext des UmwG und UmwStG, Erläuterungen zum UmwStG, Vorschriften zum Transportrecht, die neuen Incoterms 2000, das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, das EWIV-Ausführungsgesetz, die EG-Richtlinien über die Offenlegung von Zweigniederlassungen und zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter.

Der Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetz ist gerade wegen der in dieser Form einzigartigen Darstellung der Bezüge des Steuerrechts zum Handelsrecht ein Buch, das den steuerlich interessierten Handelsrechtler gleichermaßen wie den handelsrechtlich Orientierung suchenden Steuerfachmann faszinieren wird.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg.

**WEG** – Handbuch und Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz von Werner Niedenführ und Hans-Jürgen Schulze, 6. neubearbeitete Auflage mit Diskette 2002. XXVI, 1.163 Seiten. Gebunden C. F. Müller, Hüthig Fachverlage Heidelberg, ISBN 3-8114-0875-5, € 88,00.

Die Neuauflage bringt das Handbuch auf den Stand der Veröffentlichungen bis März 2002 und berücksichtigt eine Fülle von Rechtsprechung und Literatur, namentlich die weit über die Fachpresse hinaus Aufmerksamkeit erregende Entscheidung des BGH vom 20.09.2002 (BGHZ 145,158) zur Begrenzung der Zulässigkeit von sog. „Zitterbeschlüssen“. Danach sind vereinbarungs- und gesetzesändernde Mehrheitsbeschlüsse nichtig, falls nicht ausnahmsweise die Gemeinschaftsordnung eine Mehrheitsentscheidung eröffnet. Die Kommentierung dieser Entscheidung (§ 10 Anm. 30 a, § 21 Anm. 26 a und § 22 Anm. 26) leuchtet den verbleibenden Spielraum für die Praxis des Wohnungseigentums aus. Nach der neuen Rechtsprechung sind gesetzes- oder vereinbarungsändernde Beschlüsse nichtig, da die Eigentümerversammlung für derartige Beschlüsse keine gesetzliche Ermächtigung besitzt (sog. fehlende Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung). Dies gilt vor

allem für die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, die Eventualeinberufung einer Ersatzversammlung am gleichen Tag sowie für Stimmrechtsänderungen und andere Regelungen, durch die vom Gesetz oder der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung abgewichen werden soll. Nach wie vor lediglich „anfechtbar“ sind hingegen:

- vereinbarungswidrige Beschlüsse, in denen die Teilungserklärung oder Vereinbarung nicht abgeändert, sondern nur fehlerhaft angewandt wird. Bsp: Genehmigung von Wirtschaftsplänen oder Jahresabrechnungen, in denen gesetzes- oder vereinbarungswidrige Verteilerschlüssel verwendet werden.

- vereinbarungsersetzende Beschlüsse. Hier besteht eine grundsätzliche Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Werden z. B. in einem Mehrheitsbeschluss die Grenzen des ordnungsmäßigen Gebrauchs nach § 15 Abs. 2 WEG oder der ordnungsmäßigen Instandhaltung und Instandsetzung gem. § 22 Abs. 1 i. V. m. § 21 Abs. 3 und 4 WEG überschritten, ist der unangefochtene Mehrheitsbeschluss nach wie vor gültig.

Die sicherlich reizvolle Frage, inwieweit durch Öffnungsklauseln in der Teilungserklärung der Rechtsgestalter der durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof verstärkten „Immobilität“ des Wohnungseigentums begegnen kann, wird freilich nicht thematisiert.

Darüber hinaus wurden in die Kommentierung aufgenommen:

- das ZPO-ReformG (Änderung des § 46 a WEG)
- das SchuldrechtsmodernisierungG, dessen Änderung des Leistungsstörungs- und Verjährungsrechts sich insbesondere auf Wohngeldansprüche (§ 28 WEG), Baumängelansprüche und Ansprüche aus dem Verwaltervertrag (§ 26 WEG) auswirkt.
- Umstellung der Kostengesetze auf den EURO
- die Einführung der Textform für die Einladung zur Eigentümerversammlung (§ 24 Abs. 4 WEG)
- die Energiesparverordnung, die ab 01.02.2002 die Heizungsanlagen- und Wärmeschutzverordnung ersetzt. Das Handbuch ist auch in seiner 6. Auflage ein übersichtliches, gut zu lesendes und zuverlässiges Hilfsmittel, das sich stets an der höchstrichterlichen Rechtsprechung

orientiert und in hohem Maße auf die Belange der Praxis eingeht. Es ist deshalb für Juristen wie auch für Nichtjuristen ein ausgezeichnete Ratgeber. Die Ausgestaltung der Muster in der beiliegenden Diskette als Formularvorlagen verbessert darüber hinaus die Benutzerfreundlichkeit deutlich.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Gebührenrecht.** Tipps und Taktik von Peter Mock, 2. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage Heidelberg, neu bearbeitete Auflage 2002. XXIX 507 Seiten. Kartoniert. ISBN 3-8114-5053-0, € 54,00.

Die Neuauflage behandelt anhand neuester Rechtsprechung die Anwaltsgebührenabrechnung im außergerichtlichen Bereich, im bürgerlichen Recht, in Familien- und Lebenspartnerschaftssachen (insbesondere bei Prozesskostenhilfe-Bewilligung), in Arbeitssachen, in Strafsachen sowie Zwangsvollstreckungs-, Zwangsversteigerungs-, Insolvenzsachen, bei Honorarvereinbarungen und Beratungsverträgen. Eingearbeitet sind das Gesetz zur Einführung des Euro im Sozial- und Arbeitsrecht, das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften und Lebenspartnerschaften, das Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts und der Steuerberatergebührenverordnung auf Euro und das Zivilprozessreformgesetz. Rechtsprechung und Literatur sind bis November 2001 berücksichtigt. Hauptziel des in zweiter Auflage erschienenen Werkes ist es, die vollständige Leistungserfassung und Honorierung in der Rechtsanwaltskanzlei sicherzustellen. Im Unterschied zur Fachliteratur im üblichen Sinn vermittelt das Werk den Lesern deshalb die notwendigen Informationen anhand von praxisgerechten Abrechnungsbeispielen, Tipps und Übersichten. Treten allerdings im Einzelfall schwierige Rechtsprobleme auf, wird man nach wie vor einen Kommentar der BRAGO zur Hand nehmen müssen. Wie der Verf. im Vorwort selbst konzediert, kann und will das vorliegende Werk die gängige Kommentierung nicht ersetzen. Trotz oder gerade wegen dieser eigenwilligen Konzeption ist das Buch für den Anwalt und seine mit dem Kostenrecht befassten Mitarbeiter eine Bereicherung.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

## Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61-63, 71404 Korb (Tel. 07151-303-0, Fax 07151-35968).